

**RECONHECIMENTO FACIAL POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E
PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA:
INVESTIGAÇÕES EM TORNO DOS PROCESSOS PENAIS
BRASILEIRO E COMPARADO**

***FACIAL RECOGNITION THROUGH ARTIFICIAL INTELLIGENCE
AND THE PRESUMPTION OF INNOCENCE PRINCIPLE:
INVESTIGATIONS INTO BRAZILIAN AND COMPARATIVE
CRIMINAL PROCEEDINGS***

Gabriela Mendes Machado^{*}

Vinícius Diniz Monteiro de Barros^{**}

RESUMO

No presente artigo, intenta-se estabelecer pontos comuns entre o reconhecimento facial feito por inteligência artificial para fins de policiamento preditivo e o reconhecimento de pessoas utilizado como meio de prova no Código de Processo Penal. O reconhecimento facial por inteligência artificial, apesar de uma pretensa imparcialidade científica, acaba por reproduzir os vícios do reconhecimento realizado por pessoas, porque necessita de um padrão para ser reproduzido, indutivamente. Então, são trabalhados os problemas do reconhecimento facial por inteligência artificial de ordem normativa e epistemológica. Trabalham-se, ainda, outras implicações do reconhecimento facial algorítmico, como a privacidade e o princípio da inocência constitucionalmente projetado e ainda não implantado. Por fim, o

^{*} Doutoranda em Ciências Criminais pela PUC/RS, mestra e especialista em Direito Processual pela PUC Minas, assessora judiciária no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *E-mail:* gabriela.machado@tjmg.jus.br.

^{**} Pós-Doutorado em Filosofia e Psicanálise na Faculdade Jesuíta, doutor e mestre em Direito Processual pela PUC Minas, professor de Direito na PUC Minas, doutorando em Filosofia na Universidade Federal de Minas Gerais. *E-mail:* vinicius_dmb@hotmail.com.

presente estudo apresenta a forma como o reconhecimento facial algorítmico vem sendo tratado no Brasil e em outros países do mundo.

Palavras-chaves: processo penal; reconhecimento de pessoas; reconhecimento facial; inteligência artificial; princípio da inocência.

ABSTRACT

In this article, we attempt to establish shared aspects between facial recognition carried out by artificial intelligence for the purposes of predictive policing and recognition of people used as evidence in the Criminal Procedure Code. Although facial recognition through artificial intelligence is presumably scientifically impartial, it ends up reproducing the weaknesses of recognition carried out by people because it requires a pattern to be reproduced, inductively. Thus, this article aims at discussing the problems of facial recognition through artificial intelligence of a normative and epistemological nature. Other implications of algorithmic facial recognition are also worked on, such as privacy and the presumption of innocence principle, constitutionally designed and not yet implemented. Lastly, the present study presents how algorithmic facial recognition has been dealt with in Brazil and other countries around the world.

Keywords: criminal procedure; people recognition; facial recognition; artificial intelligence; presumption of innocence principle.

1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento de pessoas é procedimento realizado no Brasil como forma de identificação de autores de crimes, especialmente em se tratando de delitos patrimoniais e sexuais. Há muito, estudiosos do tema vêm apontando a falibilidade desse meio de prova, por ser extremamente suscetível à reprodução de preconceitos arraigados no país, principalmente o racismo estrutural que reforça a seletividade penal. Na lei processual brasileira, o

procedimento encontra-se disciplinado nos arts. 226 e seguintes do Código de Processo Penal. A norma em questão prevê requisitos mínimos para que o procedimento possa ter valor probatório, destacando-se, entre eles, a necessidade de serem apresentados alguns indivíduos com características similares para reconhecimento pela testemunha ou pela vítima e a necessidade de se formular um relatório detalhado do ato. Da simples leitura do artigo, percebe-se que não se trata de procedimento complexo. Ainda assim, a jurisprudência no Brasil trata a formalidade como mera recomendação,¹ sendo valorados como prova reconhecimentos duvidosos e passíveis de influências por uma série de fatores externos, além de vieses implícitos (Davidson, 2001; Kahneman, 2012; Holroyd; Kelly, 2016; Zheng, 2016) que afetam aquele que é chamado a reconhecer.

Não há, ainda, pesquisa empírica com levantamento dos índices de condenações equivocadas por reconhecimento de pessoas no Brasil. É possível, contudo, tomar de empréstimo os dados levantados pelo Projeto Inocência (*Innocence Project*) norte-americano (How [...], 2020) — cerca de 70% das condenações equivocadas que foram apuradas partiram de reconhecimento de pessoas. A estatística é alarmante e, considerando que, no Brasil, o cumprimento do procedimento previsto em lei é exceção e não regra, nossos dados não devem ser menos dramáticos.

2 RECONHECIMENTO FACIAL POR IA NO BRASIL PARA FINS DE SEGURANÇA PÚBLICA: NOSSO CAVALO DE TROIA

No contexto de procedimentos realizados confortavelmente em dissonância com a lei, a adoção irrestrita de reconhecimento facial por inteligência artificial (IA) mostra-se problemática, por ser potencial reprodutora de vícios e opressões comuns e de senso comum do reconhecimento de pessoas previsto na legislação processual.

No que diz respeito ao reconhecimento entre humanos, dois vícios tornam absolutamente afetada a tarefa de reconhecer: a) a apresentação de somente um potencial suspeito (reconhecimento *show-up*); e b) a apresentação

¹ Representando jurisprudência dominante sobre o tema: AgRg no AREsp 1665453/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 02.06.2020, DJe de 15.06.2020.

de um catálogo de potenciais suspeitos (“*book de suspeitos*” ou “*mug-book*”) à testemunha ou vítima chamada a participar do procedimento. No primeiro caso, a entrega de uma única opção à vítima equipara a tarefa a um teste de verdadeiro ou falso (Stein *et al.*, 2015), com altíssimas chances de indução. No último caso, a apresentação de uma série de indivíduos pode favorecer o reconhecimento por um viés de conforto, já que se sabe que todos os apresentados foram ou são suspeitos da prática de algum delito. Além disso, gera-se sobrecarga cognitiva na testemunha ou na vítima responsável por apontar o autor do crime em apuração, o que aumenta a chance de erro (Ceconello; Stein, 2020). Cabe destacar que a forma como se obtêm e se armazenam os arquivos que compõem esse catálogo de suspeitos não é declarada nem passível de fiscalização, o que traz sérias questões acerca da constitucionalidade da formação desse banco de dados clandestino (esse ponto será aprofundado mais adiante).

O reconhecimento facial utilizado para fins de policiamento preditivo, que é o objeto deste artigo, equipara-se ao “*book de suspeitos*”, acrescido da perversidade da atribuição de legitimidade e fiabilidade *a priori* ao ato por tratar-se de procedimento (em tese) intocado pela falibilidade humana. Nesse ponto, a opressão analógica encontra a opressão tecnológica, ante a patente influência de vieses implícitos no reconhecimento realizado por meio de algoritmos. Os mecanismos adotados pela IA dependem de padrão para reproduzir, indutivamente, alguma situação do mundo real — um banco de dados, tal como o “*book de suspeitos*”. Os programadores selecionam as informações fornecidas ao sistema para que, a partir delas, sejam realizadas previsões. A questão é que essas escolhas não contornam os pontos cegos dos algoritmos, os quais refletirão prioridades e concepções do criador, ou seja, a subjetividade do desenvolvedor (O’Neil, 2020). Se o sistema parte da realidade não como contraponto, mas como paradigma, é evidente que a novidade não constitui nada além de repetição do idêntico, porém, dessa vez, de forma ainda mais dramática, porque com um verniz de neutralidade tecnológica. Já se tem estudado os problemas dos vieses algorítmicos, em

razão, sobretudo, de uma série de denúncias de *softwares* norte-americanos de predição delitiva.²

No que diz respeito ao reconhecimento facial para auxílio na atividade investigativa policial, além dos vieses algorítmicos, soma-se o problema da baixa acurácia dos *softwares* dados a reconhecer, porque a identificação biométrica demanda condições específicas, como posicionamento do agente, iluminação e outros (Duarte *et al.*, 2021), que não podem ser esperados de câmeras instaladas em via pública. Há, ainda, a questão racial: estudos apontam que a acurácia de *softwares* de reconhecimento facial é consideravelmente reduzida quando se trata de faces miscigenadas e negras (Cavazos *et al.*, 2021). Cumpre-nos identificar a natureza desse presente se nos entregue com a promessa milagreira de vencer a luta contra a criminalidade. Até o momento, todas as tentativas tiveram como consequência a perpetuação do massacre dos desvalidos como mero efeito colateral de uma guerra perdida.

3 PROBLEMAS A SEREM ENFRENTADOS COM O RECONHECIMENTO FACIAL POR IA

O procedimento dos arts. 226 a 228 do Código de Processo Penal (CPP) para reconhecimento de pessoas e coisas data de 1941, ano de promulgação do CPP, em meio à ditadura do Estado Novo. Desde então, não sofreu qualquer reforma. Como apontado por De Luca-Noronha, Monteiro de Barros e Machado (2023), são três os graves entraves epistêmicos à legitimidade democrática do procedimento de reconhecimento de pessoas no atual quadro normativo do processo penal brasileiro: (1) a ausência de critérios procedimentais e legais suficientes a balizar o reconhecimento, somada ao descumprimento corriqueiro dos poucos existentes pelo agir inquisitório dos sujeitos processuais; (2) a incontrolabilidade subjetiva dos vieses implícitos, que não raramente comandam o ato de reconhecimento pela vítima ou por testemunhas; (3) a opacidade sistêmica dos algoritmos, nos quais

² Exemplo disso é o *Northpointe*, *software* acusado de rotular duas vezes mais negros do que brancos como potenciais reincidentes criminosos, ainda que seus crimes fossem menos graves (Angwin *et al.*, 2016), em evidente reprodução de racismo estrutural verificado naquela sociedade (assim como o que ocorre nesta sociedade).

ingenuamente se apostam como fatores de correção dos erros comumente praticados por humanos e como elementos cibernéticos (“IA”) dotados de maior acurácia para o reconhecimento de pessoas. Chamamos o entrave 1 de problema legal, o entrave 2 de problema cognitivo e o entrave 3 de problema tecnológico. Todos eles precisam ser enfrentados por uma filtragem epistemológica para que se promova compatibilidade do instituto em questão com a lógica da processualidade democrática (Leal, 2010, p. 251-270; Gresta, 2014).

Antes de se propor um novo procedimento legal de reconhecimento de pessoas (problema 1), é necessário indagar como se dá o processo cognitivo no reconhecimento de pessoas (problema 2). E, se se pretende incluir o apoio da IA no procedimento legal, também é indispensável suscitar preliminarmente o problema de como os sistemas algorítmicos operam (problema 3). Quanto ao problema cognitivo, assoma a importância do estudo dos vieses implícitos, como elementos da mente situados aquém do nível da consciência, que resultam de associações estereotipadas. Frequentemente, vieses implícitos determinam comportamentos sem que os próprios agentes se deem conta disso, portanto, nem sempre podem ser controlados. Ainda que o sujeito — a vítima ou a testemunha que fará o reconhecimento — esforce-se e concentre-se, consciente e honestamente, para controlar os vieses implícitos, nenhuma segurança há de que consiga fazê-lo (Kahneman, 2012, p. 38-39). Muitas são as razões pelas quais as tentativas de autocontrole sobre vieses fracassam. Sabe-se, por certo, que não é possível apostar num autocontrole do reconhecedor para evitar os próprios juízos enviesados.

Em primeiro lugar, não é certo que os conteúdos do pensamento estejam direta e imediatamente disponíveis à consciência do agente (Carruthers, 2017, p. 228-252). Temos acesso consciente aos conteúdos de nossos pensamentos da mesma maneira como temos acesso aos conteúdos dos pensamentos alheios, por meio da linguagem — simbólica ou não — carregada de sentidos não interrogados, isto é, parcialmente opacos. Assim, toda sorte de estímulos para reconhecimento de pessoas (fotos, tentativas prévias de descrição das pessoas, “retratos falados”, sugestões, preconceitos raciais, socioeconômicos e políticos, entre outros) tem o potencial de formatar

juízos espúrios e estereotipados na mente do reconhecedor (vítima ou testemunha), aquém de sua consciência, portanto, sem que ele se dê conta.

Em segundo lugar, mesmo que essa formatação de juízos estereotipados e espúrios estivesse disponível à consciência do reconhecedor, não é certo que essa disponibilidade possa inibir o efeito de vieses sobre o comportamento, exigindo-se do reconhecedor uma enorme força de vontade para efetivar o controle de vieses (Frankish, 2016, p. 23-46). Essa enorme força de vontade para controle dos próprios vieses é algo não propriamente exigível de testemunhas, menos ainda de vítimas diretamente impactadas por um delito.

Em terceiro lugar, mesmo que os conteúdos da mente estivessem imediatamente disponíveis à consciência do reconhecedor e ele se empenhasse em controlá-los com enorme força de vontade, o esgotamento do ego (*ego depletion*),² descrito por Baumeister e outros (1998), constituiria um óbice epistêmico mais uma vez frustrante da expectativa de autocontrole de vieses. Toda essa dificuldade presente no problema cognitivo pode parecer solucionável ou ao menos reduzível pelo suporte da tecnologia de IA. Mas ocorre o oposto (problema 3). Esclarece O’Neil (2020, p. 84) que algoritmo é “uma opinião formalizada em código de programação”. Se o algoritmo é uma opinião (*doxa ou endoxa*), ainda que formalizada, rege-se pela lógica tópico-retórica, e não epistêmica, portanto, não tem compromisso com a busca da verdade pelo afastamento das falsidades inerentes ao saber teórico-científico (Miller, 2006, p. 67-68).³ Em explicação didática sobre *machine learning*, O’Neil (2020, p. 120-123) informa que, “em certo sentido, ele, o algoritmo, aprende” (O’Neil, 2020, p. 121), mas o faz de forma indutivista, na crença pré-implantada

² Por *ego depletion* se entende o fenômeno segundo o qual o engajamento, mesmo prerreflexivo, em uma atividade de autocontrole tende a esgotar as capacidades internas, de tal modo que os agentes tendem a se dispersar ao longo do tempo. Assim, embora existam casos de sucesso de autorregulação prática, não é certo que essa atividade possa persistir em um dado curso temporal, porque a força de vontade implica alto custo cognitivo.

³ Cf. Miller (2006, p. 67-68): “The story of rhetoric [...] is valuable just on this account, in the same way as is the study of disease. We need to be able to recognize it when it arises, and to be on our guard against it. Arguments can be used to persuade and kitchen knives can be used to kill”. Sobre a influência da tópica e da retórica no direito dogmático, cujo sentido normativo é entregue ao monopólio inquisitorial da autoridade decisória, algo incompatível com o Estado Democrático de Direito, cf. também Atienza (2014, p. 21-29, 40-54 e 93-98) e Viehweg (2008, p. 23-31 e 54-57).

ou pré-programada em padrões pela coletânea de repetições. E, ainda assim, o algoritmo possui enorme dificuldade com a linguagem natural.⁴

Como a indução, base do *machine learning*, não pode transferir verdades da premissa à conclusão (Popper, 1999, p. 13-41),⁵ a crítica como método (Popper, 1999, p. 72-85), compatível com o crescimento do conhecimento científico e a democratização do sentido normativo, não está sequer no horizonte da “IA”. O que a adoção de algoritmos tem gerado no âmbito do processo penal estadunidense, por exemplo, é o reforço de estereótipos, concepções enviesadas e preconceitos espúrios, que são inoculados pelos programadores nos algoritmos. Um dos resultados concretos consta também, por exemplo, da política “parar-e-revisitar”, baseada em algoritmos e adotada em Nova Iorque, sob o prefeito Michael Bloomberg. Policiais estavam autorizados a parar quem lhes parecesse suspeito. A maioria expressiva dos parados era inocente; 85% dos parados eram jovens afro-americanos ou latinos. Apenas 0,1% dos parados, ou um em cada mil, tinha ligação anterior com crime violento. No processo penal, a opção algorítmica é sempre por sacrificar o princípio da inocência e outros direitos fundamentais do processo, imprescindíveis na democracia, em nome de uma promessa de eficiência punitiva e sensação de segurança (O’Neil, 2020, p. 145-150).

O problema jurídico da falta de democraticidade no reconhecimento de pessoas, segundo o CPP brasileiro, é grave, porque se coloca para o direito a necessidade de criar um procedimento legal que auxilie os sujeitos processuais a controlarem vieses implícitos. Mas os arts. 226 e 228 do CPP, hoje em vigor, fazem exatamente o contrário: criam espaços vários para a realização de reconhecimentos enviesados. Além disso, a solução do problema legal em torno dos reconhecimentos enviesados de pessoas não pode contar com o auxílio dos algoritmos, pois, “mesmo que um modelo não enxergue a cor da pele, o resultado o faz” (O’Neil, 2020, p. 137-138). Os algoritmos agravam o enviesamento de seus programadores, “aprendendo” a repetir e reforçar seus

⁴ Cf. O’Neil, (2020, p. 121-122): “[...] a complexidade de uma língua é o pesadelo de um programador. No fim das contas, a programação é inútil”.

⁵ Cf. igualmente Albert (1976, p. 39-40): “Observação, cálculo e experimentação são, sem dúvida, componentes importantes do procedimento científico, mas não como meios de alcançar um fundamento seguro para obtenção indutiva e a fundamentação de teorias, ou seja, como fonte de verdades garantidas, e sim para a crítica e, portanto, para o controle de concepções teóricas.”

estereótipos, com ares de cientificidade. Logo, o problema tecnológico (3) piora o problema cognitivo (2).

Mesmo que se anuncie uma máquina (ou algoritmo) que “aprenda por si só”, o erro lógico do indutivismo na base algorítmica não apenas permanece, como tem ainda maior potencial de agravamento. É o que noticia O’Neil sobre um recente programa da Google, que processou imagens de um trio de jovens afro-americanos felizes e, na marcação de fotos, os identificou como gorilas. Apesar do pedido de desculpas da empresa e do esclarecimento de que o *software* se concentrara em tudo (incluindo tonalidades de cor, distância entre os olhos e formato da orelha), tais erros são inevitáveis (O’Neil, 2020, p. 240). Trata-se de erro inerente ao suposto aprendizado algorítmico por repetição e indução, mediante criação e recriação de modelos matemáticos “pseudocientíficos, arbitrários, que não respondem a ninguém, desregulados e muitas vezes injustos” (O’Neil, 2020, p. 222). E a regra de ouro da aprendizagem algorítmica é um erro descortinado por Hume no século XVIII: presumir que o futuro seja igual ao passado, extraindo uma proposição nomológica do somatório de ocorrências monológicas.⁶

Apesar de a mente humana estar repleta de vieses, preconceitos e associações espúrias, é pior e mais antidemocrático entregar a decidibilidade, incluindo o reconhecimento pessoal, para algoritmos, sobretudo na lógica de “mercado, que prioriza eficácia, crescimento e fluxo de caixa (enquanto tolera um certo grau de erros)” (O’Neil, 2020, p. 242). Resta, então, na seara jurídica, a hipótese de recriar por completo o procedimento legal de reconhecimento de pessoas do CPP, para que se torne, enfim, compatível com o Estado Democrático de Direito, constitucionalmente instituído desde 1988 (art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB). Para tanto, novos procedimentos legais precisam ser estruturados, de forma a colaborar, na

⁶ “Quando sistemas automáticos analisam nossos dados para nos medir e dar um *e-score*, eles naturalmente projetam o passado no futuro. Como vimos nos modelos de sentenças por reincidência e nos algoritmos de empréstimos predatórios, é esperado que os pobres permaneçam pobres para sempre e são tratados de acordo com isso – são-lhes negadas oportunidades, são detidos com maior frequência e extorquidos por serviços e empréstimos. É inexorável, muitas vezes oculto, para além de contestação e injusto. [...] Mesmo com seu poder surpreendente, as máquinas não conseguem ainda se ajustar por mais justiça, ao menos não sozinhas. Analisar dados e julgar o que é justo é absolutamente estranho e enormemente complicado para elas. Apenas seres humanos podem impor essa restrição” (O’Neil, 2020, p. 241).

perspectiva externista (Perini-Santos, 2021; Abath, 2014), com a tentativa de controle de vieses implícitos, e sem a participação de algoritmos. Como regente dos novos procedimentos, deve-se estabelecer o processo, uma metalinguagem autocrítica e objetiva, que opere como interpretante da lei democrática (Leal, 2010), desde fora do sujeito (re)conhecedor, a partir dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia (art. 5º, *caput*, LIV e LV, da CRFB).

3.1 O problema legal em foco: inexistência de regulação

Apesar dos notáveis problemas envolvendo o uso de reconhecimento facial por IA para fins policiais, tal prática tem se tornado corriqueira no Brasil. Algumas capitais estão fazendo uso de reconhecimento facial algorítmico como grande promessa de auxílio à atividade investigativa da polícia, como em Salvador (Nunes, 2019). Até o momento, já foram realizadas mais de 200 prisões em flagrante decorrentes do reconhecimento facial algorítmico, conforme dados da própria Secretaria de Segurança Pública (Traficante [...], 2021) e, apesar disso, foram pouquíssimas as abordagens consideradas relevantes para fins criminais. O que mais chama atenção é que, conforme se verifica de Pesquisa da Rede de Observatórios da Segurança, 90,5% das pessoas reconhecidas com utilização de reconhecimento facial em cinco capitais do Brasil eram negras (Nunes, 2019). E tudo isso ocorre sem disposições legais que regulamentem o uso de reconhecimento facial algorítmico para fins de policiamento preditivo no Brasil, uma vez que a Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados) (Brasil, 2018)⁸ não tem aplicabilidade quanto a questões de segurança pública.

A falta de regulamentação do uso de reconhecimento facial algorítmico é passível de críticas, porque não há qualquer fiscalização sobre o banco de dados utilizado como parâmetro para o confronto biométrico. Também não se sabe por quanto tempo os dados dos indivíduos podem permanecer disponíveis para uso das instituições responsáveis pela persecução penal, bem

⁸ “Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: [...] III - realizado para fins exclusivos de:
a) segurança pública; [...]”

como se é possível obter acesso a esses dados. Aqui, tem-se o problema da privacidade e, além disso, a autorizada e incentivada inobservância do princípio constitucional da inocência (art. 5º, LVII, da CRFB). Iniciativas tímidas como o Projeto de Lei nº 824/2021, da Câmara de Vereadores do Rio de Janeiro, são propostas incipientes e irrisórias perto do avanço desmedido do uso de reconhecimento facial algorítmico para fins de persecução penal. Por outro lado, na contramão das críticas formuladas por especialistas, o Ministério da Justiça editou portaria regulamentando o incentivo financeiro, por meio do uso de dinheiro do Fundo Nacional de Segurança Pública, para fomento de soluções tecnológicas para o “Enfrentamento à criminalidade”, dentre elas o reconhecimento facial (Portaria nº 793/2019) (Brasil, 2019). Não só não se enfrentam os problemas decorrentes da adoção acrítica de novos mecanismos de vigilância e punição, como se incentiva o uso de tais recursos, por meio de ações paulatinas do Executivo.

Enquanto isso, todos permanecem vigiados, sob o sedutor argumento de garantia da segurança. Foucault (2014), em *Vigiar e punir*, demonstra a importância do cárcere e das disciplinas para a manutenção do controle do campo social. Faz-se a gestão das ilegalidades, com auxílio do cárcere, para a implantação de um panoptismo que permite a gestão dos comportamentos de toda uma sociedade, fruto de um pacto social apócrifo que implica a todos, selecionando quem deve fazer parte dela e quem deve ser extirpado. O reforço da tecnologia, nesse domínio, parece aperfeiçoar a técnica penitenciária que, quanto à vigilância e à disciplina, dilui-se por todo o corpo social, formando (e, nesse caso, aprimorando) um arquipélago carcerário (Foucault, 2014, p. 294). A diferença é que agora as paredes desse complexo carcerário não se restringem aos muros que cercam os estabelecimentos em que se enjaulam pessoas — o novo panoptismo permite, com maior sucesso, vigilância incessante e controle das ilegalidades de forma ainda mais silenciosa e eficaz.

3.2 Procedimentos punitivos modernos e o princípio da inocência

Com Benjamin (2013), Foucault (2014), Agamben (2008; 2010) e Derrida (2010), aprende-se que os modernos ofertaram ao conhecimento criminológico e penológico uma mera reengenharia do poder de punir estatal e

de procedimentos penais e condutas penalizadoras que não implantam humanidade, tampouco democraticidade, como oposição à violência ou ao poder. A Modernidade limitou-se a redefinir ou retraçar as fronteiras à violência ou ao poder inevitáveis na organização jurídica da sociedade civil. Para esses autores, os iluministas reformistas aderiram à escatologia da violência e do poder. Foucault afirma que os reis encontravam problemas com o Judiciário durante o século XVIII, porque vendiam os cargos de juiz. Por conseguinte, os juízes proprietários dos cargos eram indóceis, ignorantes, interesseiros e prontos ao compromisso. Aquinhoados os juízes pelo rei com um poder quase discricionário para o exercício das funções próprias do cargo, multiplicavam-se os conflitos na magistratura. “Não são tanto [...] ou só os privilégios da justiça, suas arbitrariedades, sua arrogância arcaica, seus direitos sem controle que são criticados; mas antes a mistura entre suas fraquezas e seus excessos, exageros e lacunas”, decorrentes todos do superpoder monárquico (Foucault, 2014, p. 76-80).

Segue atual a crítica de Foucault se se tem em conta que o “superpoder monárquico” nada mais é do que a forma de época (século XVIII) do poder soberano, instituinte do estado de exceção permanente (Agamben, 2008), que se perpetua no século XXI, apesar das vestes do liberalismo ou republicanismo e sob a bandeira da democracia. Trata-se de uma economia do poder de punir, preparada e desenvolvida de dentro da estrutura judiciária, que estrategicamente insere no corpo social, de maneira profunda, o horror e a admiração (sacralização) pela pena, qualificando-a como mal necessário e inevitável. A diferença está, hoje, em que a leitura da jurisdição como manifestação do poder soberano (violento) do Estado não aponta um monarca ou déspota específico. Se jurisdição é, em concepções arcaicas (Bülow, 2005), a atividade monopolizadora de resolver os conflitos interpessoais mediante decisões soberanas, ou protegidas por um manto dogmático de soberania (coisa julgada no sentido dogmático), qualquer bacharel em direito pode aspirar a ser um soberano, mediante aprovação em concurso público. A violência estruturante desse direito, apoiado em poder, violência e disciplinas, mas certamente não democrático, persiste.

Não se trata aqui de focalizar a crítica na figura do juiz, mas sim no chamado sistema jurídico-penal, tal qual compreendido e operado em matrizes

não processualizadas, como sucede precisamente com o instituto do reconhecimento de pessoas no CPP brasileiro. O campo político-econômico em que mergulhado o corpo do investigado ou acusado (assujeitado), para ser tornado útil e produtivo, desde que submisso, constrói-se sobre uma tecnologia (conjunto de dispositivos legais e institucionais) “difusa, raramente formulada em discursos contínuos e sistemáticos”, que pode ser sutil, não ostensiva do terror, mas ainda assim física e psiquicamente violenta. Instituições não defendem, em aberto, essa tecnologia, muitas vezes por próprio desconhecimento de seus operadores, porém “recorrem a ela; utilizam-na, valorizam-na ou impõem algumas de suas maneiras de agir”, como microfísica do poder (Foucault, 2014, p. 29-30). Dentre essas instituições guardiãs da disciplina por dispositivos jurídicos, destacam-se as judiciariformes (Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia, Polícia Judiciária), e não é surpreendente que as críticas ao procedimento de reconhecimento de pessoas no Brasil sejam recentes.

A respeito dos procedimentos penais, em *Vigiar e punir*, Foucault reconstrói a relação antagônica entre o “mais poder” do rei (Estado soberano) e o “menos poder” do acusado ou condenado (Foucault, 2014, p. 31-32). Esse confronto entre rei (Estado) e acusado ou culpado é supostamente mediado pela lei (princípio da legalidade), mas a lei, no caso, não passa de alegoria, porque oriunda, à míngua de crítica epistemológica, de uma violência estrutural na construção de seus conteúdos (Benjamin, 2013). Qualquer semelhança com o formal procedimento de reconhecimento de pessoas no CPP brasileiro não é mera coincidência. Em consequência, os conteúdos da estrutura normativa ficam entregues à fala nua de autoridades presumidamente capazes de legislar, administrar e judicar (Leal, 2010, p. 123-130). “Na execução da pena mais regular, no respeito mais exato das formas jurídicas, reinam as forças ativas da vindita”; “o suplício não restabelece a justiça, reativa o poder”; “a cerimônia do suplício coloca em plena luz a relação de força que dá poder à lei” (Foucault, 2014, p. 50-52). No caso do Brasil, o procedimento de reconhecimento de pessoas dos arts. 226 e seguintes do CPP, destacadamente, reafirma a dissimetria entre o soberano e os súditos, reproduzindo as estruturas racistas, aporofóbicas, homofóbicas e misóginas secularmente implantadas nas relações sociais quotidianas.

Para contrapor-se a esse cenário legal, cognitivo, tecnológico, político e social excludente e secularmente implantado, é preciso veicular, em ampla defesa e contraditório, mediante o devido processo, a interrogação crítica sobre a interpretação dogmática e autoritária (ciência dogmática) da lei, do direito e dos procedimentos penais, a serviço de que todos eles estão, antes de se indagar sobre a delinquência de determinado sujeito e, sobretudo, antes de se atirar o sujeito no cárcere. Enfim, a que serve o procedimento de reconhecimento de pessoas num país estruturalmente racista, aporofóbico e sexista?

Semelhante interrogação, oportunizada pelo princípio da *inocência* (art. 5º, LVII, da Constituição), não só se contrapõe a um procedimento de reconhecimento facial que reproduz a exclusão perpétua dos já marginalizados e indesejados — pobres, negros, indivíduos em situação de rua, minorias étnicas, mulheres — a partir de juízos ideológicos dos juízes, como pode abrir espaço epistemológico à discussão de contribuições da Filosofia da Mente, da Psicologia Cognitiva (estudo de vieses) e da Tecnologia da Informação (“IA”) aos procedimentos penais, sobretudo o de reconhecimento facial. A **proposição teórico-processual à instituição de um direito democrático**, ou teoria processual neoinstitucionalista do direito (Leal, 2013) não pode dispensar o princípio da **isonomia**, que, quanto à procedimentalidade penal, é integrada pelo princípio da *inocência*. São, precisamente, o princípio da inocência (artigo 5.º, LVII, da CRFB) e seu conteúdo lógico (Monteiro de Barros, 2020) que impedem a continuidade do procedimento de reconhecimento de pessoas, tal como delineado nos arts. 226 e seguintes do CPP brasileiro e, pior ainda, tal como praticado nos tribunais brasileiros, a reduzir o sujeito de direitos fundamentais a mero objeto de investigação ou acusação, sem dignidade isotópica, isomênica e isocrítica (Wolff, 1996).

4 RECONHECIMENTO FACIAL POR IA EM OUTROS PAÍSES

As estatísticas apontam para uma baixa acurácia do reconhecimento facial, mesmo em países com população menos miscigenada que o Brasil.⁷ O uso da tecnologia, contudo, é uma realidade em todos os continentes, especialmente o europeu e o norte-americano, como se verifica em “O mapa da tecnologia de reconhecimento facial no mundo” (Cortizo, 2020). Algumas cidades e estados têm se posicionado contrariamente ao uso da tecnologia, como Minneapolis, em Minnesota, local que protagonizou o bárbaro homicídio de George Floyd por um policial no ano de 2020 e que decidiu por banir o uso de IA pela polícia, ante a opressão praticada contra negros (Code [...], 2021). O parlamento europeu também se posicionou contrariamente ao uso de reconhecimento facial para fins de policiamento preditivo (European Parliament, 2021). Contudo, das pesquisas realizadas a respeito do tema, o que se extrai é que a empolgação do uso dessa tecnologia supera consideravelmente a crítica. Resta saber se, mesmo com toda a crítica, cidades em todo o mundo seguirão adotando de forma desmedida o reconhecimento facial algorítmico, considerando as prisões ilegais e abusivas mero efeito inerente a um fim maior, seja ele o declarado, combate à criminalidade, ou o inconfesso, vigilância irrestrita do corpo social, com menosprezo a direitos humanos e fundamentais do processo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, a conclusão provisória que se obtém é a de que o reconhecimento facial realizado por meio de “IA” não só não se presta a resolver problemas estruturais de criminalidade na sociedade, como rebusca formas de exclusão secularmente praticadas contra a parcela mais vulnerabilizada da população — o *potus*, (sempre) alvo da seletividade penal (e de todo tipo de experimento social). A impressão que se tem é que o homem desistiu de se melhorar e resolveu se substituir pela máquina, para que esta exerça o controle social de forma mais pulverizada e blindada à crítica. Ao substituir os humanos em tarefas que requerem um intelecto que a máquina

⁷ “Na Europa, alguns números comprovam o que disse acima. A taxa de erro de um sistema inglês foi de 96% dos casos, o que mostra que o Big Brother monitora muito mais quem nunca cometeu um crime, do que quem de fato é um criminoso procurado” (Cortizo, 2020).

jamais será capaz de reproduzir, porque opera a partir de uma lógica indutiva e, portanto, imprestável ao crescimento científico, o único comprometimento que se tem é com a repetição do mundo e jamais com a redução das cargas de sofrimento humano. Contudo, ainda que se insista em uma lógica dogmática que opera por meio de atalhos, dando soluções simplórias a questões complexas, ou, em outras palavras, ainda que nesse caso se abra mão da correção de ordem constitucional e epistemológica, *ao menos* a questão legal deveria ser enfrentada com algum cuidado. Nesse caso, seria imperativo que o reconhecimento fosse previsto em lei, sendo ofertado aos afetados o acesso aos seus dados (que não poderiam permanecer armazenados indefinidamente) como forma do exercício de um mínimo de controle e fiscalidade.

REFERÊNCIAS

- ABATH, André. *Nem tão racional assim: externismo, psicologia e razões para agir*. SKÉPSIS, [s. l.], ano VII, n.10, p. 214-224, 2014.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2008. (Coleção Estado de Sítio).
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- ANGWIN, J. *et al.* There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks. *ProPublica*, [s. l.], 23 maio 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em: 06 maio 2024.
- ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Trad. Idalina Azevedo da Silva *et al.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- BAUMEISTER, Roy; BRATLAVSKY, Ellen; MURAVEN, Mark. *Ego depletion: Is the active self a limited resource?* *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 74. p. 1.252-1.265.
- BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)*. Jeanne Marie Gagnebin (org.), Trad. Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Editora 34, 2013.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 ago. 2018 e republicado parcialmente em 15 ago. 2018 - Edição extra. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública/Gabinete do Ministro. Portaria nº 793, de 24 de outubro de 2019. Regulamenta o incentivo financeiro das ações do Eixo Enfrentamento à Criminalidade Violenta, no âmbito da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social e do Sistema Único de Segurança Pública, com os recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública, previstos no inciso I do art. 7º da Lei nº 13.756, de 12 de dezembro de 2018. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, ed. 208, seção 1, p. 55, 25 out. 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-793-de-24-de-outubro-de-2019-223853575>. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no AREsp 1665453/SP. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 02 jun. 2020, *DJe* 15 jun. 2020.

BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005.

CARRUTHERS, Peter. The illusion of conscious thought. *Journal of Consciousness Studies*, [s. l.], v.24, n. 9-10, p. 228-252, 2017.

CAVAZOS, J. *et al.* Accuracy comparison across face recognition algorithms: Where are we on measuring race bias? *IEE Trans Biom. Behavior Identity Science*, [s. l.], v.3, n.1, p. 101-11, 2021.

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*, [s. l.], v. 38, n. 1, p. 172-188, 2020.

CODE of ordinances city of Minneapolis, Minnesota. Codified through Ordinance n. 2021-048, adopted October 22, 2021. Disponível em: https://library.municode.com/mn/minneapolis/codes/code_of_ordinances?nodeId=COORD_TIT2AD_CH41INGO_ARTIIFARETE_41.130EX. Acesso em: 02 nov. 2021.

CORTIZO, Lucas. O mapa da tecnologia de reconhecimento facial no mundo. *Direito Digital Cast*, [s. l.], 23 jun. 2020. Disponível em: <https://direitodigitalcast.com/o-mapa-da-tecnologia-de-reconhecimento-facial-no-mundo/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

DAVIDSON, Donald. *Three varieties of knowledge: subjective, intersubjective, objective*. Trad. Herivelto de Souza para o Centro de Estudos em Filosofia Americana (CEFA). Oxford: Clarendon Press, 2001.

DE LUCA-NORONHA, Daniel; MACHADO, G. M.; BARROS, V. D. M. Problemas do reconhecimento facial algorítmico para o processo penal. *Revista de Estudos Criminais*, [s. l.], v. 88, p. 178, 2023.

DERRIDA, Jacques. *Força-de-lei: o “fundamento místico da autoridade”*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DUARTE, Renata *et al.* Application of biometric facial recognition systems in public security. *Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics*, [s. l.], v.11, n.1, p. 1-21, 2021.

EUROPEAN PARLIAMENT. On artificial intelligence in criminal law and its use by the police and judicial authorities in criminal matters. [S. l.], 13 jul. 2021. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0232_EN.html?. Acesso em: 20 nov. 2021.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRANKISH, Keith. Playing double: implicit bias, dual levels, and self-control. In: BROWNSTEIN, Michael; SAUL, Jennifer. *Implicit Bias and Philosophy*, [s. l.], v. 1, p. 23-46, 2016.

GRESTA, Roberta. *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

HOLROYD, Jules; KELLY, Daniel. Implicit bias, character, and control. In: MASSALA, Alberto; WEBBER, Jonathan. *From personality to virtue: essays on the philosophy of character*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 106-133.

HOW eyewitness misidentification can send innocent people to prison. *Innocence Project*, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://innocenceproject.org/how-eyewitness-misidentification-can-send-innocent-people-to-prison/>. Acesso em: 14 set. 2021.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

MILLER, David. *Out of error: further essays on critical rationalism*. Aldershot (UK): Ashgate, 2006.

MONTEIRO DE BARROS, Vinicius Diniz. *O conteúdo lógico-objetivo do princípio da inocência: uma proposição segundo a teoria neoinstitucionalista do processo e o racionalismo crítico*. 2016. 201 f.+ 1 DVD. Tese (Doutorado) -

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BarrosVDM_1.pdf. Acesso em: 21 maio 2024.

NUNES, Pablo. Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil. *In: CENTRO DE ESTUDOS DE SEGURANÇA E CIDADANIA; REDE DE OBSERVATÓRIO DA SEGURANÇA. Relatos da violência: cinco meses de monitoramento, análises e descobertas*. São Paulo: Universidade Candido Mendes, 2019, p. 67-70.

O MAPA da tecnologia de reconhecimento facial no mundo. *Direito Digital Cast*, [s. l.], 2020. Disponível em <https://direitodigitalcast.com/o-mapa-da-tecnologia-de-reconhecimento-facial-no-mundo/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Trad. Rafael Abraham. Santo André, SP: Editora Rua do Sabão, 2020.

PERINI-SANTOS, Ernesto. Externalizando a reflexão. *Trans/Form/Ação*, Marília: Dossier "Ernest Sosa", [s. l.], v. 44, p. 127-150, 2021.

POPPER, Karl. *Conhecimento Objetivo*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

RIO DE JANEIRO. Câmara Municipal. *Projeto de Lei nº 824/2021*. Dispõe sobre a proibição do uso de tecnologias de reconhecimento facial pelo poder público municipal. Rio de Janeiro: Câmara Municipal. Disponível em: <https://aplicnt.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro2124.nsf/ab87ae0e15e7d ddd0325863200569395/33b9222f266e43710325872700723005?OpenDocument>. Acesso em: 21 maio 2024.

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, 2015. (Série Pensando Direito, n. 59).

TRAFICANTE é o 220º criminoso flagrado por tecnologia. Governo da Bahia. [S. l.], 2021. Disponível em: <http://www.ssp.ba.gov.br/2021/10/10960/Traficante-e-o-220o-criminoso-flagrado-por-tecnologia.html>. Acesso em: 02 nov. 2021.

VIHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Trad. Kelly Susane Afllen da Silva. 5. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

WOLFF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. *In: NOVAES, Adauto (org.). A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 67-82.

ZHENG, Robin. *Attributability, accountability, and implicit bias*: implicit bias and philosophy – moral responsibility, structural injustice, and ethics. Oxford: Oxford University Press, 2016. v. 2, p. 62-89.