

E-ISSN: 2358-4351

V.2, N.1, 2023

REVISTA
Ratio Iuris

SAPIENTIA EST POTENTIA





Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Bibliotecário Lucimário Dias dos Santos – CRB 15/645

Revista Ratio Iuris (UFPB): Revista dos Estudantes da Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. –v. 2, n.1, (2023-), João Pessoa – PB: Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2023.
1 recurso online: I

Publicação semestral
E-ISSN: 2358- 4351
Disponível apenas online

1. Direito – periódico. 2. Psicologia jurídica. 3. Direito de Família. 4. Violência contra a mulher. 5. Violência contra pessoas LGBTQIAPN+. 6. Acesso à Justiça. 7. Democracia. 8. Direito do Trabalho. 9. Migração. 10. Insegurança alimentar. 11. Direito à Educação. 12. Teoria da Atividade. 13. Princípio da presunção de inocência. 14. Racismo estrutural. I. Universidade Federal da Paraíba. II. Centro de Ciências Jurídicas.

CDU 34(05)

EDITORAS-CHEFES

Bruna Garcia dos Santos
Thaís Eduarda Lima da Silva

SECRETARIA

Danyel Anderson Rodrigues de Aguiar
Maria Rita Caldas de Miranda Henriques
Vitória Costa Pereira

COMISSÃO DE FLUXO EDITORIAL

Állef Rayff Bezerra da Nóbrega
Cícero Teles Albuquerque Júnior
Gisélia Marques dos Santos
Jonathan Renauro Guedes Lucas
Natálie Cosme de Araújo

COMISSÃO DE COMUNICAÇÃO

Ana Beatriz Marques Leitão do Nascimento
Cecília Maria de Lima Ramos
Renata Araújo Maia Silva

PARECERISTAS

Anayara Fantinel Pedroso	Ícaro Gustavo Melo
André de Abreu Costa	Jonabio Barbosa dos Santos
Caio José Arruda Amarante de Oliveira	Júlio Aguiar de Oliveira
Cláudia Luiz Lourenço	Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles
Claudio Ribeiro Lopes	Leticia Blank Netto
Cynthia Lays Feitosa de Brito	Luiz Renato Telles Otaviano
David Augusto Fernandes	Marcos Vinicius Torres
Evandro Carlos Garcia	Nycole Maia Pereira
Francisco Quintanilha Vêras Neto	Paulla Christianne da Costa Newton
Gerson Luiz Branco	Raquel Moraes de Lima
Geziela Iensue	Sebastião Casimiro de Sousa Neto
Guilherme Christen Möller	Sérgio Cabral dos Reis
Hioman Imperiano de Souza	Sérgio Rafael Nascimento e Bouças

SUMÁRIO

EDITORIAL - 06

Bruna Garcia dos Santos
Thaís Eduarda Lima da Silva

O PAPEL DAS CIÊNCIAS DO DIREITO E DA PSICOLOGIA NA EFETIVAÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO JUDICIAL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA: UM PANORAMA DA CRISE JUDICIÁRIA BRASILEIRA - 07

Clara Rafaela Quintans Campos

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA CONTRA A MULHER TRANS: UM OLHAR METAFÍSICO SOBRE A LEI MARIA DA PENHA - 24

Nieissa dos Santos Pereira
Bacildes Azevedo Moraes Terceiro
Vanessa Brasil Campos Rodríguez

ACESSO À JUSTIÇA: DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS E DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA - 47

Maria Fernanda Soares Melo
Giovanna Luiza Santos Costa
Maria Clara Carvalho Sá
Mariana Marques dos Santos
Itamar Pereira de Aguiar

JUDICIÁRIO COMO TERMÔMETRO DA DEMOCRACIA: ENTRE A VONTADE POPULAR E O PODER - 63

Cesar Augusto Queiroz Feitoza Alves
José Iivaldo Alves Oliveira Silva

OS MOTORISTAS DE APLICATIVO COMO TRABALHADORES INTERMITENTES - 76

Lincoln Simões Fontenele

A MIGRAÇÃO NO MUNDO GLOBAL SOB O OLHAR DO PROJETO EXTENSIONISTA: MIGRAÇÃO, IDENTIDADE E CIDADANIA (MIC) - 86

Alessandra Figueiró Thornton

(IN)SEGURANÇA ALIMENTAR NO ÂMBITO ESCOLAR E A PROBLEMÁTICA DO DESVIO DE VERBAS - 97

Lara Rufino Pinheiro
Maria Cecília Macena Gama

EDUCAÇÃO ESPECIALIZADA E EDUCAÇÃO INCLUSIVA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E DOS ASPECTOS PEDAGÓGICOS ENVOLVIDOS - 108

Emily Catarina Andrade dos Santos

Natália Cândida Silva Andrade

A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A SÚMULA 711 DO STF EM RELAÇÃO À TEORIA DA ATIVIDADE E DA POSSIBILIDADE DE ULTRATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA AO RÉU - 124

Jonathan Renauro Guedes Lucas

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: VICISSITUDES, CONTRASSENSOS E SOLIPSISMO JUDICIAL - 133

Josenilson Rodrigues

Francisco Leonardo Silva Neto

Levi da Silva Costa

Geovane dos Santos Sousa

Consuêla Félix de Vasconcelos Neta

RACISMO ESTRUTURAL E O USO DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO POTENCIALIZADOR DA SELETIVIDADE PENAL NA JUSTIÇA BRASILEIRA - 148

Lara Raquel de Lima Leite

EDITORIAL

Bruna Garcia dos Santos
Thaís Eduarda Lima da Silva
Editoras-chefes da Revista Ratio Iuris

A produção científica representa, inquestionavelmente, a via mais eficaz para a disseminação do conhecimento. Neste contexto, a Revista Ratio Iuris emerge como um instrumento singular, cuja finalidade precípua consiste em viabilizar e fortalecer o progresso de uma educação sustentada pelo tripé fundamental: Ensino, Pesquisa e Extensão. Em decorrência dessa premissa, temos a honra de anunciar, com grande entusiasmo, a publicação de nossa segunda edição.

Desejamos expressar nossa profunda gratidão a todos aqueles que continuam a contribuir, de forma incansável, impulsionando nosso crescimento e elevando nosso projeto a patamares ainda mais altos. Aos nossos pareceristas, nossa enorme gratidão pelo compromisso em garantir que cada artigo atenda aos mais altos padrões acadêmicos e de pesquisa, seu tempo e expertise são fundamentais para o sucesso de nossa revista estudantil. Para os nossos autores, nossa admiração por sua dedicação à pesquisa de alta qualidade, é através de seu trabalho árduo e paixão pela expansão do conhecimento jurídico que nossa revista continua a prosperar.

Aprovada como Projeto de Extensão no Edital PROEX nº 12/2023 - PROBEX - 2023/2024, em julho do corrente ano, a Revista Ratio Iuris busca criar um ambiente mais propício de discussões acerca da produção científica e, assim, fortalecer os demais pilares que compõem a graduação através da educação de qualidade; ampliando o alcance do periódico acadêmico dentro e fora do âmbito universitário e possibilitando a disseminação do conhecimento jurídico-científico com a consequente formação de indivíduos ativos e conscientes.

Publicamos esta segunda edição confiantes de que as contribuições apresentadas serão valiosas para a comunidade acadêmica e profissional, bem como para aqueles interessados no Direito e áreas correlatas. Reafirmamos nosso compromisso com a produção científica de qualidade. Estamos ansiosos para as futuras edições e contamos com vocês para darmos continuidade a este trabalho.

O PAPEL DAS CIÊNCIAS DO DIREITO E DA PSICOLOGIA NA EFETIVAÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO JUDICIAL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA: UM PANORAMA DA CRISE JUDICIÁRIA BRASILEIRA

THE ROLE OF THE SCIENCES OF LAW AND PSYCHOLOGY IN THE EFFECTIVENESS OF JUDICIAL SELF-COMPOSITION WITHIN THE SCOPE OF FAMILY LAW: AN OVERVIEW OF THE BRAZILIAN JUDICIAL CRISIS

Clara Rafaela Quintans Campos

Bacharelanda pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Resumo: O presente estudo traz considerações acerca da interdisciplinarização das ciências do Direito e da Psicologia no que diz respeito aos meios autocompositivos de solução de conflitos, sobretudo no âmbito do Direito de Família. Pautando-se na crise que o sistema judiciário vem enfrentando nos últimos anos, o objetivo desse artigo é analisar sob um prisma histórico, social, jurídico e psicológico, a significativa relevância dos métodos consensuais de justiça e como melhor efetivá-los. Através de uma pesquisa bibliográfica de método dedutivo, o ensaio pauta-se em uma metodologia argumentativa e exploratória de cunho qualitativo, uma vez que tal abordagem preocupa-se com a imersão total na complexidade do fenômeno explorado. Com isso, a premissa da pesquisa se fundamenta na “cultura da sentença” como um dos condicionantes para a eclosão da crise judiciária do país. Diante do exposto, buscou-se inicialmente fazer um panorama dos mecanismos de resolução de litígios e, em seguida, com base no ordenamento jurídico brasileiro, apontar as semelhanças e diferenças entre eles. Por fim, conclui-se a importância da autocomposição como mecanismo garantidor de acesso à justiça no âmbito do Direito de Família e como as técnicas de mediação, advindas da Psicologia, podem atuar como um *modus operandi* de excelência para todos os envolvidos na tríade processual: autor, réu e Estado.

Palavras-chave: Autocomposição. Mediação. Psicologia. Direito de Família.

Abstract: *The present study presents considerations about the interdisciplinarity of the sciences of Law and Psychology with regard to self-compositional means of conflict resolution, especially in the scope of Family Law. Based on the crisis that the judicial system has been facing in recent years, the objective of this article is to analyze from a historical, social, legal and psychological perspective, the significant relevance of consensual methods of justice and how best to implement them. Through a bibliographic research using a deductive method, the essay is based on an argumentative and exploratory methodology of a qualitative nature, since such an approach is concerned with the total immersion in the complexity of the explored phenomenon. With this, the premise of the research is based on the “culture of the sentence” as one of the conditions for the outbreak of the judiciary crisis in the country. In view of the above, an attempt was initially made to make an overview of dispute resolution mechanisms and then, based on the Brazilian legal system, to point out the similarities and differences between them. Finally, the importance of self-composition is concluded as a guaranteeing mechanism of access to justice in the scope of Family Law and how mediation techniques, arising from Psychology, can act as a *modus operandi* of excellence for all those involved in the procedural triad: plaintiff, defendant, and state.*

Keywords: *Self-Composition. Mediation. Psychology. Family Law.*

Sumário: 1 Introdução – 2 A cultura da sentença no Direito Brasileiro: Da autotutela a auto-composição – 3 Técnicas de autocomposição sob a perspectiva do novo CPC: 3.1. Mediação e Conciliação – 4 Importância da mediação para o acesso à justiça no âmbito do Direito De Família – 5 Como a Psicologia pode ajudar o mediador na autocomposição dos conflitos familiares? 5.1 Técnicas advindas da Psicologia e os princípios norteadores da mediação – 6 Considerações Finais – Referências.

1 INTRODUÇÃO

É premissa básica que com a origem humana também se desenvolveram os mais variados tipos de conflitos, por inúmeras causas distintas. A presente pesquisa objetiva discutir como a Psicologia pode influenciar e beneficiar o Direito, a fim de efetivar plenamente as técnicas autocompositivas de solução de conflitos, sobretudo no âmbito do Direito de Família.

A pesquisa bibliográfica adotou o método dedutivo, com foco na observação, indagação, interpretação, reflexão e análise da temática principal e suas ramificações. Ademais, pauta-se em uma metodologia argumentativa e exploratória de cunho qualitativo, uma vez que tal abordagem preocupa-se com o processo de investigação em si, tornando o investigador o próprio instrumento de pesquisa e propiciando a imersão na complexidade do fenômeno.

Ao longo da discussão, pode-se notar a preocupação em esclarecer as problemáticas propostas sob um viés histórico, político, jurídico e psicológico. A interdisciplinaridade é foco da pesquisa e visa contribuir positivamente na solução de impasses sociais persistentes. Nesse sentido, para adentrar na discussão central deste artigo é de salutar importância ressaltar os paradigmas históricos que nos levaram a fomentar por tantas décadas a “cultura da sentença” no país, visto que só recentemente a “justiça consensual” vem ganhando destaque no âmbito prático do processo civil, haja vista que a legitimidade de pretensão para resolução de conflitos se renovou ao passo que a sociedade progrediu.

O conflito, em termos gerais, segundo Souto Maior (2020), significa um choque de forças contrárias de feição intersubjetiva (entre sujeitos), e uma vez diante da lide há de existir uma solução para ela. Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro contempla alguns modos de solução de conflitos, a saber: a autotutela, a heterocomposição e a autocomposição. O primeiro, atualmente, é tratado como exceção à regra, como espécie de “*ultima ratio*”. Historicamente, a autotutela foi um método hegemônico, pois prevalecia o “direito do mais forte”. Nesses casos, um polo da relação, mesmo ausente a legitimidade de sua pretensão, poderia impor sua vontade sobre o outro.

Posteriormente, com a consolidação do Estado como sistema politicamente organizado e soberano, a mentalidade no que diz respeito à resolução de conflitos mudou. Nesse contexto, a função de solucionar a lide passou a ser “terceirizada”, isto é, um terceiro, inerte, imparcial e superior - o juiz - recebe a função de decretar quem é possuidor do direito no caso concreto. A importância conferida ao Judiciário faz prevalecer o que se conhece como heterocomposição, dado seu amparo legal no princípio do acesso à justiça, consolidado pelo inciso XXXV, art 5º, da Constituição Federal: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2019, p. 17).

Mediante essa perspectiva, surge o que chamamos de “cultura da sentença”, justificativa do ensaio em questão. Esse termo ganha vida em paralelo com a crise judiciária vivenciada no país atualmente. Em consonância com o pensamento de Gonçalves e Segala (2016), a sociedade brasileira está propensa a recorrer ao Judiciário, entendendo que a única e eficaz maneira de resolver o litígio é a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado.

Esse tipo de mentalidade, hoje é refletida negativamente pelo afogamento do poder ju-

diciário, a demanda de casos é exorbitante e o aparato estatal não consegue por si só resolver com celeridade e eficiência os casos de todos os jurisdicionados. Tal problemática faz com que o próprio judiciário busque novos métodos para solucionar tamanha crise. Com isso, é preciso evidenciar e estimular os sistemas de autocomposição da justiça, em especial a mediação voltada para o Direito de Família. Tais métodos não surgiram para descredibilizar a jurisdição, pelo contrário, são apenas uma das muitas engrenagens do Poder Judiciário que operam para garantir o acesso a uma justiça igualitária e efetiva.

Para poder estimular os procedimentos autocompositivos dentro do sistema judicial, é preciso compreendê-los a fundo, e isso só é possível através de uma análise detalhada que tome por base o ordenamento jurídico brasileiro. Existem quatro meios adequados de solução de conflitos, mas apenas três deles se apresentam como autocompositivos: a mediação, a conciliação e a negociação. Todas pautam-se na autonomia da vontade das partes e buscam que os próprios jurisdicionados resolvam seus conflitos por meio do diálogo e da concessão mútua.

Ao tratar das nuances do Direito de Família ficará evidente a importância da mediação como mecanismo garantidor de acesso a uma justiça plena, eficaz e muitas vezes restauradora. Com isso, o objetivo é apontar a complexidade do termo família, o papel do operador do direito nesse tipo de litígio, e claro, como a mediação pode ser uma eficaz alternativa à via judicial, a fim de desafogar o sistema judiciário brasileiro. Por essa razão, faz-se tão importantes estudos interdisciplinares como esse, no intuito de evidenciar mecanismos que efetivem o que a letra da lei positiva.

A última matéria abordada traz justamente a psicologia como foco de iluminação para muitos problemas pontuados ao decorrer da discussão. De acordo com o pensamento de Gonçalves e Brandão (2004), é de basilar importância a inserção de matérias que colocam em foco o subjetivo do comportamento humano, atrelando-se a disciplinas mais pragmáticas, abrindo então, janelas ainda maiores para a produção do saber. A psicologia jurídica é exemplo prático dessa reflexão.

Nessa perspectiva, a pesquisa buscou alinhar algumas técnicas específicas da psicologia, em especial do processo psicoterapêutico (escuta ativa, mediação terapêutica, sumarização positiva, rapport e psicoadaptação) com os princípios norteadores da autocomposição judicial.

Em suma, o objetivo principal desse ensaio é apontar a necessidade de uma capacitação continuada e multidisciplinar, focada na teoria da comunicação, para que assim os mediadores judiciais possam exercer um trabalho de excelência. Portanto, a autocomposição pode e deve ser uma das soluções para a crise judiciária enfrentada em todo país, sendo benéfica para todos os envolvidos no processo: juízes, advogados, defensores, e sem dúvida, os próprios jurisdicionados.

2 A CULTURA DA SENTENÇA NO DIREITO BRASILEIRO: DA AUTOTUTELA A AUTOCOMPOSIÇÃO

De acordo com Ferreira (1999), a etimologia da palavra “conflito” deriva do latim “*conflictus*”, que significa combate, isto é, profunda falta de entendimento entre duas ou mais partes; discussão acalorada. Desde os primórdios da civilização, as relações humanas são marcadas por descontentamentos mútuos. Nesse contexto, é preciso entender que o direito e a justiça se fundamentavam em uma espécie de “lei do mais forte” ou mesmo na “vingança privada”, haja vista que o sujeito tinha o dever moral de resolver o problema com suas próprias mãos. Segundo Coulanges (2006), os antigos códigos das primeiras cidades eram constituídos por um conjunto de ritos e prescrições litúrgicas, assim como, disposições legislativas, com isso, o que resta das mais antigas leis das cidades-estados se resumem a um compilado de escritos que se aplicam

tanto ao culto como às relações da vida civil.

Sob tal ótica, podemos constatar que a figura do Estado não era reconhecida como uma entidade capaz de solucionar litígios privados, pelo contrário, a inércia do Estado nunca foi tão respeitada. Consoante Lima (2021), a autotutela é uma modalidade de solução dos conflitos na qual a vontade individual do litigante mais forte ou mais astuto sobressai a do mais fraco. Nesses casos, um polo da relação, mesmo ausente a legitimidade de sua pretensão, pode impor sua vontade sobre o outro. Por milênios, esse foi o método prevalente em todos os lugares do mundo para resolução dos mais variados tipos de conflitos.

Ferraresi e Moreira (2013) apontam a evolução histórica e civilizatória que incidiu sobre as sociedades primitivas, que as fizeram abandonar a autotutela como único mecanismo para resolução de impasses. Hodiernamente, no ordenamento jurídico brasileiro, e graças principalmente a Carta Magna de 1988, a autotutela é tratada como uma espécie de “*ultima ratio*”, visto que sua utilização deve se dar em casos extremamente excepcionais, a exemplo do estado de necessidade (artigo 188 do Código Civil); prisão em flagrante delito (artigo 301 do Código de Processo Penal); legítima defesa como excludente de ilicitude (artigo 23, II, do Código Penal); dentre outros dispositivos pontuais que legitimam o direito do indivíduo de agir em defesa própria ou em defesa de seu patrimônio, contra outrem.

Ao deixar de lado a autotutela, os sujeitos passaram a adotar o modelo clássico de resolução de conflitos, a heterocomposição, a fim de harmonizar as relações intersubjetivas. Nessa vereda, os litigantes passam a “terceirizar” a função de solucionar a lide, isto é, ao invés das partes decidirem entre si a questão, um terceiro, inerte, imparcial e superior - o juiz - na figura do próprio Estado, recebe a função de decretar quem possui o direito no caso concreto, através de mecanismos processuais e de uma verdadeira sentença coercitiva. Ao clamar por tutela jurisdicional, os envolvidos na relação litigiosa passam a ser atendidos por um processo heterocompositivo de garantias mínimas, no qual, o Estado irá apreciar suas pretensões, e conseqüentemente, emitir uma resposta, seja ela positiva ou não (FERRARESI; MOREIRA, 2013).

Impende notar que o Direito Processual Civil estuda a própria atuação do Estado, ou seja, o exercício da sua função jurisdicional. Por essa razão, é correto afirmar que a função do processo civil se pauta justamente em prestar tutela jurisdicional no que confere o conflito de interesse existente entre duas ou mais pessoas, conflito esse, advindo do direito material. Destarte, através das mais variadas formas de resolução de conflito, o processo civil surge para assegurar, e porque não, criar soluções concretas para o cumprimento da decisão judicial, em favor do “possuidor do direito”. A sociedade brasileira está acostumada com o julgamento tradicional e acomodada ao pressuposto de que a justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado (GONÇALVES; SEGALA, 2016).

Sob tal ótica, dentre as mais variadas formas de resolução de conflito, a jurisdição é a mais procurada e aceita pelos cidadãos. A sentença proferida pelo magistrado terá o intuito de encerrar uma fase do processo, seja de conhecimento ou de execução, tendo em vista que declara, constitui ou modifica determinada pretensão. Tais características conferem ao jurisdicionado maior aparência de confiabilidade e segurança jurídica, pois no seu inconsciente é necessário que exista a lógica do “vencedor x perdedor”. Isto, faz com que o brasileiro, em sua grande maioria, perpetue a “cultura da sentença”, como sendo o único método judicial e eficaz para resolução dos conflitos.

Diante do exposto, é imprescindível destacar que o acesso à justiça, ou inafastabilidade da jurisdição, é um dos princípios basilares do nosso Sistema Democrático de Direito, assim como preleciona o inciso XXXV, do art 5º, da Constituição Federal: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2019, p. 17). Sendo assim, qualquer indivíduo pode “bater às portas” do Judiciário a fim de resguardar seus direitos,

ou seja, com o intuito de receber a devida tutela jurisdicional.

A compreensão de que nenhuma lei excluirá ameaça ou lesão a direito da apreciação do Poder Judiciário deve ser entendida no sentido de que qualquer forma de “pretensão”, isto é, “afirmação de direito” pode ser levada ao Poder Judiciário para solução. Uma vez provocado, o Estado-juiz tem o dever de fornecer àquele que bateu às suas portas uma resposta, mesmo que seja negativa, no sentido de que não há direito nenhum a ser tutelado ou, bem menos do que isso, uma resposta que diga ao interessado que não há condições mínimas de saber se existe, ou não, direito a ser tutelado, isto é, que não há condições mínimas de exercício da própria função jurisdicional, o que poderá ocorrer por diversas razões, inclusive por faltar o mínimo indispensável para o que a própria CF exige como devido processo legal (BUENO, 2015, p. 45).

Nesse sentido, em meio a uma situação antijurídica, seja pela concreta lesão a um bem jurídico tutelado, ou apenas ameaça a esse bem, vindo ou não a concretizar-se, é poder-dever do juiz apreciar a demanda.

O ponto crucial nessa discussão é o seguinte: mesmo sendo vedada a instauração de qualquer norma que proíba o acesso pleno e eficaz à justiça, isso não impede que o legislador positive normas que incentivem o acesso a outros métodos de solução de conflitos, isto é, meios alternativos ao processo judicial. Ademais, de acordo com Bueno (2015), é absolutamente incorreto afirmar que somente o Judiciário pode resolver conflitos, ele não é totalizante nesse sentido.

De forma mais específica, o Código de Processo Civil de 2015 foi um grande propulsor para que o microsistema de normas, dentro da grande ciência do Direito, colocasse em evidência a participação efetiva dos sujeitos na construção e, ainda mais importante, na solução da lide.

A jurisdição brasileira nas últimas décadas se encontra em um verdadeiro Titanic, que ao contrário da ficção, afoga-se de maneira extremamente morosa em um tsunami de processos decorrentes das rápidas mudanças sociais. Na opinião abalizada de Lima (2021), exige-se cada vez mais dos serviços judiciários presteza e urgência nas demandas propostas, frente a uma crescente busca por tutela.

Existe uma relação indissociável entre “tempo, processo e tutela jurisdicional”, haja vista que o fator “tempo” é um dos condicionantes decisivos para assegurar o andamento processual e conseqüentemente a tutela de determinados direitos. Devemos ter em mente que a sociedade não permanece estática ao longo dos anos, pois os seus valores são temporais, e isso, sem dúvidas, reflete no processo de produção jurídica. Mesmo que o campo processual seja marcado por um caminho solene e formal, as relações culturais, bem como as pressões por modificações devem e são recepcionadas pelo ordenamento jurídico. De acordo com Reis (2019), a tecnicidade de fato é importante para conferir segurança jurídica ao processo e efetivar a tutela jurisdicional, contudo, esse fator não deve estar desconectado dos valores culturais vigentes.

“A celeridade e a segurança são forças aparentemente antagônicas que têm de conviver, sejam tuteláveis todas as crises de direito material as quais resultam da complexidade e do dinamismo da sociedade moderna” (REIS, 2019, p. 210). Diante de tal problemática, os sistemas de autocomposição da justiça - vale ressaltar que antigos, mas infelizmente pouco estimulados - não surgiram para descredibilizar a jurisdição, pelo contrário, são apenas uma das muitas engrenagens do Poder Judiciário que operam para garantir o acesso a uma justiça igualitária e efetiva.

3 TÉCNICAS DE AUTOCOMPOSIÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO NOVO CPC

A crise judiciária no país é um reflexo da “cultura da sentença”, abordada no título anterior, pois cada vez mais as pessoas procuram judicializar os problemas do dia a dia. De acordo

com o Conselho Nacional de Justiça - CNJ (2022, p. 104), o “Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com 77,3 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 30,5 milhões, ou seja, 39,4%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura.” Com o intuito de reverter esse paradigma antigo e persistente, algumas legislações no âmbito do direito processual foram criadas e/ou reformadas a fim de dar visibilidade para o que conhecemos hoje como “Justiça Consensual”.

Corroborando com o pensamento do psicólogo Vezzulla (2004), “de grande importância é a introdução desse método que procura substituir a imposição, o uso da força e a tentativa de tirar vantagens dentro do conceito ganha-perde de exclusão, substituindo-o pelo respeito, a responsabilidade e a cooperação, baseado no ganha-ganha.”

Numa perspectiva histórica, o antigo Código de Processo Civil de 1973 preconizava a aplicação do princípio do inquisitivo, isto é, uma estrutura pautada em uma ínfima participação das partes na definição de questões procedimentais. Esse modelo, sem dúvidas, não abria espaço para um efetivo diálogo democrático entre o Estado-juiz e os sujeitos da ação. Essa proatividade exacerbada, no que tange a atividade judicial, inspira-se no compromisso com o publicismo processual, pautado na máxima de que o juiz decide acerca de tudo, pois ele é o protagonista da ação.

O marco de diferenciação entre os dois modelos surge com o novo Código de Processo Civil, em seu art. 6º, este consagra o modelo cooperativo de processo. Essa nova visão abre espaço para práticas de democracia participativa, em especial, quando as partes estão assistidas por advogados. Trata-se de uma verdadeira transformação pragmática, uma comunidade de diálogo, pautada no processo do Estado Constitucional. “Marcado [...] não pela isonomia ou pela assimetria, mas sim pela cultura procedimental cooperativa, equilibrada e democrática” (REIS, 2020, p. 323).

Em síntese, podemos apontar, de um lado, um sistema inquisitivo, pautado na concepção da “informação-reação”, ou seja, um direito apenas declaratório frente às manifestações feitas nos autos. Por outro lado, observa-se que o atual Código de Processo Civil assume a bandeira do contraditório participativo, baseado em igualdade de condições, a fim de construir uma estrutura ética e colaborativa a respeito da resolução de litígios.

No Código de Processo Civil de 2015, nota-se a verdadeira vontade do legislador em incentivar a prática dos métodos autocompositivos, mesmo com o processo em curso. Tal postura é reflexo da ascensão do modelo cooperativo de processo. Prova concreta da afirmação está na obrigatoriedade de audiência de conciliação ou mediação como um dos atos introdutórios a serem praticados no procedimento comum (art. 334, caput e § 4º, I). Consoante Gonçalves e Segala (2016, p. 2), na autocomposição, “[...] pretende-se chamar atenção para a responsabilidade das próprias partes na solução das suas controvérsias continuadas, empoderando-as, para que encontrem um desfecho equânime ao caso concreto.”

É preciso compreender que existem quatro meios adequados de solução de conflito, mas apenas três dessas técnicas se apresentam como autocomposição, são elas: a mediação, a conciliação e a negociação. Por hora, o enfoque será dado às duas primeiras técnicas.

3.1 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A autocomposição deve ser estimulada pelo próprio judiciário, objetivando a comunicação efetiva entre os litigantes e consequente acordo entre estes. Vale destacar que a mediação é recomendada em casos que exista vínculo jurídico anterior e permanente entre as partes, a exemplo, nos casos do Direito de Família. O mediador, imparcial, é peça chave para compreender e esclarecer os interesses reais de ambas as partes, todavia, os próprios sujeitos do conflito devem identificar soluções consensuais mútuas, como estabelece o § 3º, art. 165, do CPC.

Agora, cabe diferenciar a mediação judicial, foco desta pesquisa, da mediação extrajudicial. A primeira, é promovida por profissional vinculado ao Poder Judiciário, seguindo os critérios do art. 11 da Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação).

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça (BRASIL, 2015, p. 2).

Em regra, ocorre durante o curso de um processo já instaurado. Nesse caso, já na petição inicial as partes podem requerer a audiência de mediação, mas normalmente é o juiz que designa. Em ambos os casos, o mediador é indicado pelo magistrado.

Outro aspecto é que os mediadores [...] que atuam no âmbito judicial são considerados auxiliares da justiça, e por isso são submetidos aos mesmos impedimentos e suspensões aplicáveis ao magistrado, bem como é equiparado a servidor público para fins penais. A mediação possui algumas características e princípios peculiares, dentre eles, cabe destacar a confidencialidade (artigo 166, § 1º, CPC) que é a promessa do sigilo dos fatos revelados pelas partes, salvo poucas exceções, como, por exemplo, se a informação tratar da ocorrência de um crime de ação pública (SOUTO MAIOR, 2020, p. 8).

Em contrapartida, na mediação extrajudicial, o mediador é indicado pelas próprias partes, este atua no mesmo sentido, de escutar e esclarecer os interesses de todos, mas a fim de evitar a via judicial. A conciliação, por sua vez, é tratada pelo art. 165, § 2º, do CPC/15:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 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 (BRASIL, 2015, p. 27).

A conciliação é uma política adotada pelo CNJ desde 2006 e, anualmente, são promovidas as Semanas Nacionais pela Conciliação. Nesses casos, o conciliador poderá direcionar a melhor via para um consenso, não ficará tão inerte, mas claro, agirá imparcialmente. Outro ponto importante que a difere da mediação, é que nesse caso, preferencialmente, não deve existir vínculo entre as partes. Nas palavras de Souto Maior (2020, p. 9) “A diferença crucial entre a mediação e a conciliação é o nível de intervenção do terceiro, o conciliador propõe saídas para a solução da lide, o que não temos na mediação.” Mas vale lembrar que tanto na mediação, como na conciliação, as partes possuem a autonomia para aceitar ou não o acordo, bem como, propor novas soluções, essa é a essência da autocomposição. O Código de Processo Civil é um grande incentivador dessas técnicas. À luz do artigo 139, V:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; (BRASIL, 2015, p. 22).

Além disso, o artigo 319, inciso VII, do CPC inova ao estabelecer como requisito da petição inicial a declaração expressa quanto ao interesse na composição consensual. Por conseguinte, e a título de curiosidade, vale destacar que a arbitragem não é um caso de autocomposição, pois o terceiro pode tomar a decisão pelas partes, a fim de buscar a melhor solução para todos os envolvidos. No contrato social das empresas, matéria do Direito Empresarial, é comum que sejam estabelecidas cláusulas indicando a presença e/ou necessidade de árbitro, a fim de resolver determinados impasses entre os sócios.

No CPC de 2015, observa-se também a vontade do legislador de fazer valer a união entre autocomposição e tutela coletiva. Em seu art. 565, preleciona:

No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º (BRASIL, 2015, p. 88).

Nesse sentido, cabe a formulação de políticas públicas que estimulem as “ações temáticas”, com o intuito de fomentar o debate sobre temas sociais relevantes. E ainda mais, unir o litígio coletivo e os métodos de autocomposição judicial, a fim de modificar a realidade fática em conformidade com os valores do Estado Democrático de Direito, por meio da prestação de uma tutela efetiva no plano metaindividual dos direitos. Também a Resolução nº CJF-RES-2016/00398, de 4 de maio de 2016, aponta disposições específicas no que diz respeito às tutelas coletivas.

Art. 4º Compete ao CJF organizar programas com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação (BRASIL, 2016, p. 2).

Os métodos autocompositivos também estão sendo bastante recomendados por parte dos advogados. Em consonância com o artigo 48, § 5º, do novo Código de Ética e Disciplina da OAB (2015, p. 10), é vedada a diminuição dos honorários advocatícios, caso seja adotada uma solução extrajudicial ao litígio. Nesse sentido, a normativa define a figura dos “honorários conciliatórios” como substituto dos “honorários sucumbenciais”.

Outrossim, vale destacar que a Resolução CNJ n. 125/2010 (BRASIL, 2010) criou os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, classificados como unidades judiciais. Em 2014, eram apenas 362 CEJUSCs na Justiça Estadual, ao passo que no final do ano de 2021, contamos com um total de 1.476 CEJUSCs instalados.

De fato, os meios autocompositivos de solução de conflitos possuem a finalidade de eliminar focos de litigiosidade e contribuir com a economia processual. Além disso, pode-se destacar outros benefícios desencadeados pela Justiça do Consenso, como a maior facilidade de acesso à justiça, economia para as próprias partes do processo, menor desgaste emocional, maior garantia de respeito aos princípios processuais, bem como, celeridade e resultados mais adequados para todos os envolvidos.

Na prática, infelizmente, o sistema jurídico brasileiro ainda adota uma perspectiva atomizada de decisões, pois o brasileiro é adepto e só confia na “cultura da sentença”. Prova disso apresenta-se nos dados do CNJ, visto que “as sentenças homologatórias de acordo representaram, em 2021, apenas 0,9% do total de processos julgados”. Na Justiça Estadual, os índices são de 16% no conhecimento e de 7% na execução” (BRASIL, 2022, p. 204).

Os métodos autocompositivos de solução de conflito são ferramentas tão eficazes quanto a via judicial e se apresentam como solução para o desafogamento do Sistema Judiciário Brasileiro. Por essa razão, faz-se tão importante o estímulo dessa prática por meio de estudos

interdisciplinares como esse, no intuito de demonstrar mecanismos que efetivem o que a letra da lei positiva.

4 IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO PARA O ACESSO À JUSTIÇA NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Em uma perspectiva histórica, a origem da família está intimamente ligada com a origem da civilização humana. A complexidade do termo “família” deriva da sua própria etimologia. Segundo Engels (1984), a palavra família tem origem no latim *famulus*, que quer dizer escravo doméstico, sendo assim, a família é o conjunto dos escravos pertencentes e dependentes de um chefe ou senhor. Mesmo nas civilizações antigas mais organizadas juridicamente, como Grécia e Roma, as famílias eram formadas com base em um sistema de dominação entre o patriarca (*pater familias*) e seus *famulus*: esposa, filhos, servos livres e escravos, sem necessariamente pautar-se em laços consanguíneos, visto que “o princípio do parentesco não era o ato material do nascimento, mas sim o culto sagrado” (COULANGES, 2006, p. 48). Diante de tal conjectura, fica claro imaginar que do seio familiar surgiriam inúmeros conflitos.

Mesmo com o decorrer dos milênios, os avanços civilizatórios e os novos paradigmas que circundam a Instituição “família”, os conflitos nunca deixaram de ser uma realidade. Divórcio, adoção, emancipação, sucessão, pensão alimentícia, alienação parental, dentre outros temas são atemporais e apreciados diariamente pelo Poder Judiciário Brasileiro. E diferentemente de outras áreas jurídicas, os atuantes do Direito de Família lidam com litígios muito particulares, pois as partes envolvidas possuem vínculo jurídico anterior e muitas vezes permanente.

A nossa Constituição Federal (1988, p. 126), em seu artigo 226, preleciona: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Até o século XX, o regime patriarcal era marcado por uma forte dinâmica de dominação e hierarquia. Atualmente, graças à promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 é assegurada a igualdade jurídica entre cônjuges (art. 266, § 5º, da CF/88); a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial (art. 226, § 6º, da CF/88); bem como, a atribuição aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos e a proteção do idoso (art. 230 da CF/88), dentre outros inúmeros dispositivos que asseguram o princípio da dignidade humana. A Carta Magna foi um importante alicerce normativo sobre o qual se edificou todo o restante do sistema jurídico de normas no que concerne ao Direito de Família, como o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

A família, com a instauração da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) deixou de ser considerada como núcleo econômico, patrimonial e de reprodução para constituir-se sob a vertente afetiva, embalada por princípios de ordem constitucional, trazendo o *affectio* para o âmbito da proteção jurídica (NORONHA; PARRON, 2017, p. 20).

Hoje, graças ao regime democrático de direito, temos o poder familiar como um conjunto de direitos e deveres baseados na responsabilidade, cuidado e compromisso mútuos. Nesse sentido protecionista, a mediação, técnica autocompositiva de solução de conflitos, funciona como mecanismo garantidor de acesso à justiça no âmbito do Direito de Família. Mais do que ganhar ou perder, nesses casos é preciso reestabelecer um sistema de confiança e diálogo entre os envolvidos. Como preleciona Maia (2015), nos conflitos familiares é importante que os operadores do direito se atentem a questões afetivo-comportamentais, ocultas por trás das relações processuais. Diante disso, é função do mediador para além de solucionar o conflito, buscar encontrar as raízes do problema que atinge o seio familiar, a fim de garantir que as partes possam chegar a uma decisão conjunta e com benefícios recíprocos.

As questões de Direito de Família, certamente, são as mais apreciadas pelo Judiciário

Brasileiro, e ainda mais, pela natureza do litígio, são as que mais têm possibilidade de reincidência. Nesse caso, é fato o quão desgastantes esses litígios podem se tornar para as partes envolvidas. Paremos para refletir: anos encarando um processo judicial envolvendo alguém que fez ou faz parte da sua vida, seja sua/seu ex companheira/o em um processo de divórcio, seu filho ou filha em um processo de guarda ou até mesmo seus irmãos em um caso de partilha de bens. A caminhada acaba sendo árdua e gerando problemas que fogem totalmente de resolução judicial, como endividamento, ansiedade e depressão. Diante de tamanha problemática, afirma Maia (2015, p. 9) “[...] o serviço de mediação funciona como um filtro nas Varas de Família, já que grande parte dos conflitos podem ser resolvidos dentro do setor psicossocial, chegando às varas somente aquelas situações que não foram passíveis de resolução no serviço de mediação.”

Nesse diapasão, é importante ressaltar que a técnica autocompositiva funciona como mecanismo garantidor de acesso à uma justiça eficaz e restauradora, ao passo que o mediador utilizará todo seu aparato teórico e técnico para despertar nos sujeitos um sentimento de cooperação, em busca de novos caminhos que transformem o conflito preexistente, através de suas próprias escolhas. Na prática, essa tarefa acaba não sendo tão fácil quanto parece, requer muito discernimento e estudo por parte do mediador. Por essa razão, faz-se tão importante integrar os conhecimentos de duas ciências: o direito e a psicologia.

5 COMO A PSICOLOGIA PODE AJUDAR O MEDIADOR NA AUTOCOMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS FAMILIARES?

A ciência psicológica ganha força com os trabalhos e pesquisas do alemão Wilhelm Wundt em 1879, criador do primeiro laboratório de experimentos psicofisiológicos. Mesmo com o desenvolvimento de diversas teorias e práticas clínicas, como o Funcionalismo de William James, o Behaviorismo de Watson e a Psicanálise de Sigmund Freud, apenas em 27 de agosto de 1962 com o sancionamento da Lei 4.119/62, no governo do então presidente, João Goulart, a Psicologia passa a ser reconhecida como profissão no país.

Essa pequena introdução histórica faz-se importante para evidenciar a ascensão de uma ciência tão recente, se compararmos, por exemplo, com o Direito, que na Idade Antiga já era considerada uma ciência pelos Romanos e sua *Iurisprudência*.

De fato, se o direito radica historicamente em Roma e se consubstancia no *Corpus Juris Civilis*, a psicologia, enquanto ciência, é filha do século XX, embora seja possível desfraldar conteúdos psicológicos em Aristóteles e mesmo nos pré-socráticos [...]. É que a psicologia, arqueologicamente, vem mesclada com a filosofia e com a religião e, nesse sentido, remonta à antiguidade. Ela não nasceu científica (TRINDADE, 2012, p. 29).

Atualmente, a Psicologia ganha voz e vez a partir de uma crescente mobilização política e de valorização social. Com isso, podemos destacar uma crescente fértil desse ramo do saber, que hoje, conta com variadas áreas de estudo, dentre elas, a psicologia jurídica. A incorporação entre direito e psicologia era inevitável, haja vista que as duas ciências, em graus específicos de análise, tratam do comportamento humano. Segundo Trindade (2012), em um mundo regrado por um contrato social que sustenta a sociedade moderna, a psicologia evidencia o sujeito enquanto ser, e o direito, enquanto dever-ser, juntos são dois mundos condenados a entender-se.

Essa interdisciplinaridade é fundamental, principalmente no âmbito jurídico, que aparentemente está tão focado no preto e branco, no certo ou errado, no justo ou injusto, isto é, em um código binário que não faz mais sentido para um contexto atual tão plural e complexo. Para Luhmann (2019), em sua teoria da comunicação, o Direito enquanto ciência deve estar operacionalmente fechado, ou seja, deve manter sua própria diferenciação e autonomia, contudo,

deve-se manter cognitivamente aberto, analisando as perspectivas de outros sistemas. Comungando deste pensamento, insisto que é preciso compreender a importância de conectar ciências em busca de um fim comum, como é o caso da psicologia jurídica. De acordo com Brito:

No Brasil, os primeiros trabalhos realizados por psicólogos junto ao Judiciário seguiram o caminho anteriormente trilhado pelos médicos na elaboração de perícias. Com diagnósticos no campo da psicopatologia, cabia ao profissional fornecer um parecer técnico-científico visando fundamentar as decisões dos magistrados (BRITO, 2012, p. 197).

Cada vez mais, os trabalhos dos psicólogos atingem as variadas esferas do sistema jurídico: criminal, cível, trabalhista e até administrativo. Segundo o Conselho Federal de Psicologia, o profissional da psicologia pode atuar nos diferentes contextos que integram o Sistema de Justiça:

Atua no âmbito da Justiça, nas instituições governamentais e não-governamentais, colaborando no planejamento e execução de políticas de cidadania, direitos humanos e prevenção da violência. Para tanto, sua atuação é centrada na orientação do dado psicológico repassado não só para os juristas como também para os indivíduos que carecem de tal intervenção, para possibilitar a avaliação das características de personalidade e fornecer subsídios ao processo judicial, além de contribuir para a formulação, revisão e interpretação das leis (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2001, p. 10-11).

Dentro das soluções autocompositivas de conflitos, em específico, a Psicologia, enquanto ciência, ganha um destaque especial. Como já abordado anteriormente, o fator “tempo” é um dos condicionantes decisivos para assegurar o andamento processual e conseqüentemente a tutela jurisdicional de determinados direitos. O que precisa-se compreender é que nem sempre o processo psicológico daqueles envolvidos em um litígio judicial está alinhado com o trâmite do próprio processo. “[...] O que permite que as partes exteriorizem ao longo da demanda, questões internas de natureza inconsciente, que não foram resolvidas adequadamente e servem para fomentar ainda mais a litigiosidade” (TRINDADE, 2012, p. 314).

Impende notar que, em questões que envolvem o Direito de Família, o fator “tempo” é ainda mais decisivo e preocupante. Mesmo que o Direito seja responsável por ordenar o convívio social, ele não consegue enquadrar legalmente todos os aspectos (fisiológicos, sentimentais e psíquicos) que rodeiam determinada lide, principalmente diante de conflitos interpessoais que tiveram origem no seio familiar. Ocorre que, o operador, em sua grande maioria, tenta afastar a todo custo a solução do conflito, da solução emocional. É raro apontar um graduando em direito ou advogado experiente que se preocupa durante sua formação profissional em dominar competências para lidar com aspectos psicológicos dos seus constituintes, pelo contrário, valoriza-se tão somente, a necessidade de aplicar a situação real em determinada lei (MULLER; BEIRA; CRUZ, 2007).

Pode-se dizer que os meios autocompositivos de solução de conflitos, em especial a mediação, apresenta-se como a alternativa mais próxima para romper com essa mentalidade de puro raciocínio silogístico. Além de desenvolver a autonomia dos envolvidos no processo, possibilita economia processual e pessoal, bem como competência relacional de sujeitos que possivelmente terão um vínculo duradouro, mesmo finalizado o processo judicial.

5.1 TÉCNICAS ADVINDAS DA PSICOLOGIA E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA MEDIAÇÃO

A Psicologia é entendida como uma ciência social voltada para a análise do comportamento e dos processos cognitivos humanos. Sendo assim, preocupa-se em desenvolver técnicas consolidadas em estudos científicos que promovam o bem-estar humano, haja vista sua importância para compreensão, avaliação e intervenção nos aspectos psicológicos dos indivíduos atendidos por ela.

A Psicologia contribui de modo significativo a partir de seus conceitos, saberes e abordagens ao considerar o sujeito como histórico-social. Além disso, Mediação é um método que permite a construção de solução do problema pelos próprios atores, tendo como princípios a corresponsabilidade, a cooperação e protagonismo; o que vai também ao encontro com o que propõe a Psicologia quando considera o indivíduo como sujeito de sua própria vida, que possui autonomia por suas escolhas e deve ser comprometido com elas (CRONEMBERGER, 2019, p. 19-20).

Para além disso, pode-se entender ainda, a existência de uma via de mão dupla entre a Psicologia e a Mediação. Tanto a técnica autocompositiva é favorecida pela atuação dos profissionais psicólogos, como também a Psicologia é favorecida. Os psicólogos aplicam diversas abordagens terapêuticas, como a terapia cognitivo-comportamental, a psicoterapia psicodinâmica e a própria terapia familiar, a fim de ajudar indivíduos a superar dificuldades, melhorar relacionamentos e alcançar um maior bem-estar emocional. “Assim a Psicologia contribui com um método que oferece ao sujeito sua condição de cidadão por meio do acesso à justiça quando muitas vezes o Sistema Judiciário é lento e/ou falho” (CRONEMBERGER, 2019, p. 21).

Com isso, será possível observar a grande relevância das técnicas advindas da Psicologia no processo de mediação, sobretudo porque comungam de objetivos muito similares. Na psicanálise, por exemplo, o psicólogo busca estabelecer uma transferência e contratransferência, além de atitudes e posturas semelhantes com seu paciente. Segundo Freitas *et al.* (2011):

As técnicas da Psicologia irão designar um espaço potencial que disponibiliza subsídios para a possível resolução do conflito, a fim de que a mediação se realize com sucesso, deixando ambas as partes satisfeitas com a proposta feita. E o mais importante, permitindo que o processo de mediação constitua-se como forma de ressignificação de posições e interesses, garantindo que os sujeitos sejam assistidos em relação à saúde mental, para além do âmbito da psicologia clínica tradicional. O que propicia a abertura de campo de trabalho para psicologia, de modo amplo e interdisciplinar (FREITAS *et al.*, 2011, p. 117).

Dito posto, na prática, durante uma audiência, o mediador irá introduzir as informações essenciais para o andamento daquela sessão, como por exemplo as regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento em questão. Nesse primeiro momento, nota-se a importância de fazer valer o princípio do Terceiro Interventor Neutro, deve-se deixar claro logo de início a postura imparcial do mediador, para assim, criar um ambiente apropriado para negociações. Na opinião abalizada de Muller *et al.* (2007), a partir dos esclarecimentos preambulares o mediador deve estabelecer um diálogo saudável entre os jurisdicionados, fazendo-os identificar seus anseios pré, durante e pós processo judicial, ao mesmo tempo que desenvolvem um clima de empatia e cooperação.

Ademais, outro princípio basilar da mediação é o da não adversidade. Os litigantes devem compreender que, na teoria e na prática, o processo autocompositivo não busca identificar perdedores ou ganhadores, pelo contrário, coloca em ênfase os protagonistas das próprias histórias, sujeitos em busca de ônus mútuo. Sendo assim, podemos comparar esse primeiro estágio da mediação com uma primeira sessão de terapia, na qual o psicólogo normalmente faz os seguintes questionamentos: Qual é a sua queixa? Qual é o problema que o trouxe aqui? O que busca melhorar? Assim como em uma sessão psicoterapêutica, logo de iní-

cio é importante que o mediador estabeleça uma “escuta ativa”, ou seja, um diálogo eficiente, que um sem a ajuda do outro não consegue colocar a máquina para funcionar. A escuta ativa é uma verdadeira ferramenta de cuidado integral, “pois por meio dela, é possível a construção de vínculos, a produção de relações de acolhimento, o respeito à diversidade e à singularidade no encontro entre quem cuida e quem recebe o cuidado” (MAYNARD *et al.*, 2014).

Diante do exposto, nota-se a essencialidade da escuta ativa para o processo de mediação, tendo em vista que na prática, por vezes, o que mais os litigantes experimentam são conversas pautadas em uma espécie de “comunicação violenta”. Um verdadeiro monólogo que pode ser estopim dos conflitos domésticos, pois em determinados casos, o ‘EU’ prevalece e o ‘NÓS’ não entra em cena, o palco é para discussões e desentendimentos. Trata-se de uma armadilha da emoção pautada na psicoadaptação de violências e brigas conjugais, ou em outro extremo, uma psicoadaptação à falta total de diálogo. As consequências de ambas são extremamente complexas, quando mal lapidadas (CURY, 2019).

Por sua vez, ao decorrer da sessão, identificadas as raízes do problema, o mediador deve facilitar ao máximo a comunicação e estimular o diálogo entre as partes, desta vez, em busca de uma resolução conjunta. Nesse momento surge uma espécie de Mediação Terapêutica, focada nas demandas psicológicas do conflito, dando ênfase à relação atual dos indivíduos e suas demandas para o futuro (ASSUNÇÃO, 2022).

À luz do art 2º da Lei 13.140/15, ressaltam-se ainda, dois princípios norteadores da mediação: III - oralidade e V - autonomia da vontade das partes. Há de se perceber perfeitamente o anseio do legislador na busca em aproximar as partes e afastar a tríade hierárquica entre juiz-autor-réu. Nesse momento as partes devem entender que estão em uma situação isonômica e não competitiva, dado que os sujeitos são os únicos protagonistas em uma audiência de mediação e eles mesmos podem “proferir uma decisão” para o caso concreto, que posteriormente será homologada por um juiz de direito.

Vale ressaltar também, que seguindo o princípio da autonomia da vontade, em consonância com o § 2º, do artigo 2º, da Lei 13.140 (BRASIL, 2015, p. 1): “Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.” Isso demonstra que as partes podem estipular livremente o meio que melhor irá solucionar seu problema, porquanto, a mediação pode não ser esse meio.

Destarte, além das técnicas já citadas, temos outra metodologia recente e muito bem vista pelos psicólogos que pode ser explorada pelos mediadores durante as sessões judiciais: a “sumarização positiva”. Pauta-se em investigar determinados fatores a fim de prevenir problemas relacionados ao comportamento humano, com foco em observar 1) características individuais; 2) a experiência subjetiva do indivíduo; 3) e instituições e comunidades que fazem parte. De acordo com Paludo e Koller (2007), na sumarização positiva, o profissional - em especial, o psicólogo - procura extrair as virtudes cívicas e institucionais do indivíduo, com foco direcionado para a sua responsabilidade, altruísmo, tolerância e boa-fé.

Baseando-se nessa técnica, o mediador irá focar nos desejos e necessidades individuais e fazer um paralelo entre ambos. Nessa hora pode-se utilizar o que conhecemos na psicologia como “*rapport*”, palavra de origem francesa que se traduz por “trazer de volta” ou “desarmar para confiar”. Consoante Assunção (2022), o *rapport* refere-se a conexão e harmonia estabelecidas entre indivíduos durante uma interação, por meio do *rapport* é possível adentrar ao mundo do outro através de um relacionamento positivo, isto é, pelo simples comportamento semelhante ao dela.

A partir disso, os problemas dos jurisdicionados devem ser transformados em solução, por meio de pontos de encontro em suas expressões. O equilíbrio é essencial nesses casos, pois muitas vezes, tudo que um casal precisa em um processo de separação é alguém imparcial que direcione caminhos e aponte melhores soluções para ambos, sem que se preocupe com seus

próprios interesses, como é o caso de um advogado que almeja seus honorários ou um defensor público preocupado com a demanda laboral.

Ainda mais no Direito de Família, é importante que os juristas incentivem a autocomposição judicial e, se possível, evitem judicializar conflitos que podem e devem ser resolvidos entre as partes, através de diálogo e cooperação. Mediante a tese de Muller, Beira e Cruz (2007, p. 206):

[...] a mediação familiar mitiga sentimentos de mágoa, cólera e ansiedade características do processo de separação, além de permitir maior flexibilidade e criatividade na resolução dos conflitos, aspectos relevantes para a realidade da população de baixa renda do Brasil, onde o sistema judiciário tradicional [...] é insuficiente (MULLER; BEIRA; CRUZ, 2007, p. 206).

Observa-se a necessária conexão entre as técnicas psicológicas e a metodologia jurídica, sobretudo, na autocomposição judicial, um processo flexível e essencial para efetivar um *modus operandi* que atenua a crise judiciária do país. Impende, portanto, que o Poder Estatal incentive a ampliação de CEJUSCs no país e efetivem uma política de mediação, através da disseminação de conhecimento e capacitação contínua dos profissionais atuantes na área.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ponto de partida dessa pesquisa se deu por razões claras e problemáticas que atingem o judiciário brasileiro, uma crise sem precedentes e difícil de ser combatida. Várias questões foram palco de discussão ao longo do ensaio, pois enfrenta-se uma crise estrutural, ligada, sem dúvidas, à morosidade do processo, ao excesso de burocratização, à falta de equipe técnica suficiente e competente para lidar com tamanha demanda, bem como uma crise paradigmática, gerada pela falta de interesse dos operadores do direito e dos próprios jurisdicionados em buscar métodos adequados e inovadores para a resolução de conflitos.

Esse último ponto traduz-se no que conhecemos por “cultura da sentença”. Boa parte da população desconhece outra porta de acesso à justiça, a não ser a própria jurisdição, transfigurada na pessoa do juiz, enquanto representante do Estado de Direito. Há uma carência de informação no que concerne às outras maneiras de solucionar conflitos, em especial a mediação. O brasileiro ainda desacredita na sua própria capacidade de resolver um litígio, principalmente na esfera do direito de família, o que é perfeitamente compreensível. Por essa razão, surge a figura do mediador, que mesmo não possuindo o poder de decisão, tem a essencial função de direcionar um diálogo efetivo, abrir janelas para a conciliação, impor mecanismos de comunicação mútua e fazer valer o princípio da não adversidade, ou seja, fazer daquela sala de audiência um ambiente auspicioso, criar um sentimento de que juntas às partes podem direcionar o melhor caminho a seguir.

Além de objetivar a homologação de um acordo judicial, é papel do mediador entender sua importância dimensional dentro daquela constelação familiar. Irmãos, pais, filhos e ex-cônjuges podem resolver seus problemas sem um gigante desgaste emocional, psíquico e até mesmo financeiro. Por outro lado, o sistema judiciário também sairá ganhando, com economia processual, financeira e técnica, resgatando seu fôlego em meio a milhares e milhares de processos, sobretudo nas varas de família.

O que se busca evidenciar com esse estudo é a importância de valorizar os meios consensuais de resolução de conflitos. O poder público e os representantes do povo precisam atuar com o intuito de melhorar as condições de capacitação continuada dos mediadores, visto que há uma carência de aprofundamento teórico, dificultando o alcance de excelência nas sessões de

mediação. Como observado, as técnicas advindas da Psicologia podem ser as chaves certas para abrir mais portas de acesso à justiça de maneira eficaz e civilizatória, que atenda às demandas objetivas de seus jurisdicionados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSUNÇÃO, Ana Caroline da Silva. **Sistema Multiportas: A Mediação como forma de resolução de conflitos no Brasil**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <Constituição (planalto.gov.br)> Acesso em: 1 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. v. 1. Disponível em: <Constituição24 (planalto.gov.br)> Acesso em 3 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 2015. Disponível em: <L13105 (planalto.gov.br)> Acesso em: 5 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 2015. Disponível em: <L13140 (planalto.gov.br)> Acesso em: 5 jan. 2023.

BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário oficial da União: Brasília, DF, 2010. Disponível em: <resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf (cnj.jus.br)> Acesso em: 5 jan. 2023.

BRASIL. **Resolução nº CJF-RES-2016/00398 de 4 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Judiciária de solução consensual dos conflitos de interesses no âmbito da Justiça Federal e dá outras providências. Diário oficial da União: Brasília, DF, 2016. Disponível em: <Res 398-2016.pdf (cjf.jus.br)> Acesso em 15 jan. 2023.

OAB. **Resolução nº 02/2015**. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <novo-ced.pdf (oab.org.br)> Acesso em: 1 fev. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CFP nº 02/01**. Altera e regulamenta a Resolução CFP no 014/00 que institui o título profissional de especialista em psicologia e o respectivo registro nos Conselhos Regionais. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <RESOLUÇÃO CFP N> Acesso em: 6 fev. 2023.

BRITO, Leila Maria Torraca. Anotações Sobre a Psicologia Jurídica. n. 32. Rio de Janeiro: **Psicologia: Ciência e profissão**, 2012, p. 194-205.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: inteiramente estruturado à

luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2022: Conselho Nacional de Justiça*. CNJ: Brasília, 2022.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. (Título original: *La cité antique*. Tradução: Jean Melville). ed. 2. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

CRONEMBERGER, Gabriella Abrantes. **As contribuições dos saberes e técnicas da Psicologia na Mediação de Conflitos**. [Trabalho de Conclusão de Curso, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo], 2019.

CURY, Augusto. **Nunca desista de seus sonhos**. Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Trad. Leandro Konder. ed. 9. Rio de Janeiro: Civilização brasileira. (Coleção Perspectivas do homem, v. 99, série ciências sociais), 1984.

FERRARESI, Camilo Stangherlim; MOREIRA, Silmara Bosso. Conflitos e formas de resolução: da autotutela à jurisdição. v. 4, ano. 4. São Paulo: **Revista Juris FIB**, 2013, p. 343-380.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira e Lexikon Informática, 1999.

FREITAS, Francine Rocha. *et al.* **Mediação de Conflitos sob a Ótica Psicanalítica: Um Relato de Experiência de Acadêmicas de Psicologia**. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2011, p. 111-117.

GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte. **Psicologia Jurídica no Brasil**. ed. 3. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2004, p. 15-99. Disponível em: <(PDF) [TEXTO LIVRO Pensando a Psicologia Aplicada à Justiça Arantes CAP 01 do Livro Psicologia Jurídica no Brasil | Patrícia Silva - Academia.edu](#)> Acesso em: 07 fev. 2023.

GONÇALVES, Jéssica; SEGALA, Viviane Maria. Mudanças Legislativas no Paradigma Jurídico Tradicional da “Cultura da Sentença”: A Inserção do Modelo da “Justiça Consensual” por meio da técnica da Mediação de Conflitos. v. 4, n. 1. Santa Catarina: **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, 2016, p. 2- 25.

LIMA, Vamberth Soares de Sousa. A autotutela, a autocomposição e a heterocomposição: um breve histórico sobre os métodos de solução de conflitos. v. 7, n. 11. Curitiba: **Brazilian Journal of Development**, 2021, p. 103689-103707.

LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática** v. II (Diferencial funcional e modernidade). (Ed. Leopoldo Waizbort). Petrópolis: Vozes, 2019.

MAIA, Camila Yamaoka Mariz. **A psicologia jurídica atuando junto ao direito de família**. Cabedelo: IESP Faculdade, 2015.

MAYNART, Willams Henrique da Costa; ALBUQUERQUE, Maria Cícera dos Santos; BRÊ-

DA, Mércia Zeviani; JORGE, Jorgina Sales. A escuta qualificada e o acolhimento na atenção psicossocial. Alagoas: **Acta Paul Enferm**, 2014, p. 300-304.

MÜLLER, Fernanda Graudenz; BEIRAS, Adriano; CRUZ, Roberto Moraes. O trabalho do psicólogo na mediação de conflitos familiares: reflexões com base na experiência do serviço de mediação familiar em Santa Catarina. n. 26 Canoas: **Aletheia**, 2007, p. 196-209.

NORONHA, Maressa Maelly Soares; PARRON, Stênio Ferreira. **A Evolução do Conceito de Família**. FACINAN, 2017.

PALUDO, Simone dos Santos; KOLLER, Silvia Helena. Psicologia Positiva: uma nova abordagem para antigas questões. Rio Grande do Sul: **Paidéia**, 2007, p. 9-20.

REIS, Sérgio Cabral. Do modelo cooperativo ao ambiente de negociação processual na Justiça do Trabalho: relevância da autonomia privada na nova divisão de trabalho com o juiz. ano 28, n. 112. Belo Horizonte: **R. bras. Dir. Proc. – RBDPro**, 2020, p. 313-351. Disponível em: <https://www.academia.edu/48975509/RBDPro_112_2020_Modelo_cooperativo_e_JT_S%C3%A9rgio_Cabral_dos_Reis_> Acesso em: 02 fev. 2023.

REIS, Sérgio Cabral. Tempo e processo: da lógica liberal-racionalista à tutela sumária de direitos como fundamento do Estado constitucional. vol. 290. **Revista dos Tribunais Online**, 2019, p. 209 - 243. Disponível em: <(PDF) TEMPO E PROCESSO: DA LÓGICA LIBERAL-RACIONALISTA À TUTELA SUMÁRIA DE DIREITOS COMO FUNDAMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL | Sérgio Cabral dos Reis - Academia.edu> Acesso em: 02 fev. 2023.

SOUTO MAIOR, Nívea Maria Santos. A autocomposição nos conflitos judiciais. v.15, n.1. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, 2020, p. 271-280. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/510>> Acesso em: 20 jan. 2023.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. ed. 6. Porto Alegre: Revista do Advogado Editora, 2012. Disponível em: <(PDF) Manual de Psicologia Jurídica PARA OPERADORES DO DIREITO | Bárbara Brito - Academia.edu> Acesso em: 20 jan. 2023.

VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Dissertação de Mestrado, UFSC. Florianópolis/SC: 2004.

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA CONTRA A MULHER TRANS: UM OLHAR METAFÍSICO SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

SYMBOLIC VIOLENCE AGAINST TRANS WOMEN: A METAPHYSICAL LOOK AT THE MARIA DA PENHA LAW

Niessa dos Santos Pereira

Advogada, Palestrante, Especialista em Direito Penal e em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (UNIASSELVI). Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões e em Direito Digital e Proteção de Dados pela Faculdade Descomplica.

Bacildes Azevedo Moraes Terceiro

Mestre em Direito, Governança e Políticas Públicas pela Universidade de Salvador (UNIFACS); Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera (UNIDERP); Especialista em Direito Público com ênfase em Gestão Pública pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (UNIASSELVI).

Vanessa Brasil Campos Rodríguez

Doutora em Ciências de *la Información* (Comunicação Social), pela *Universidad del País Vasco* (UPV - Espanha). Jornalista e escritora, professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito, Governança e Políticas Públicas da Unifacs - Instituto Ânima - I.A.

Resumo: O presente artigo versa sobre a construção social da igualdade de gênero em relação às populações cis e trans no escopo da violência doméstica. Nesse diapasão, indaga-se em que medida a função simbólica da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) influi positivamente no combate à reprodução social de estereótipos nocivos à diversidade sexual e de gênero. O objetivo é demonstrar a necessidade sociocultural de ampliação hermenêutica da noção de violência de gênero da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), para um melhor tratamento ético da diversidade sexual. Para tanto, logra-se: estudar como a política criminal contribui como instrumento de combate à desigualdade de gênero; investigar o papel da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) no combate à opressão transfóbica em um viés axiologicamente positivo do Direito Penal Simbólico; e, finalmente analisar a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, em correlação com a correta compreensão hermenêutica da violência doméstica. Adotou-se, na aproximação do tema, a pesquisa dialética qualitativa e, na condução dos trabalhos, o método descritivo, com o levantamento de dados e revisão bibliográfica, com utilização de ensaios e artigos, bem como a legislação nacional. Como resultado, observou-se que o Judiciário deve servir de instrumento aos segmentos socialmente vulnerados, na busca pela igualdade de gênero, pela inclusão social e pela proteção contra a discriminação estereotipada ao atuar na proteção dos direitos desses grupos, bem como na promoção da igualdade de oportunidades e na conscientização da sociedade.

Palavras-chave: Gênero. Discriminação. Direito Penal Simbólico. Transfobia. Violência Doméstica.

Abstract: This article deals with the social construction of gender equality in relation to cis and trans populations in the scope of domestic violence. In this vein, it is questioned to what extent the symbolic function of the Maria da Penha Law (BRASIL, 2006) positively influences the fight against the social reproduction of stereotypes that are harmful to sexual and gender diversity. The objective is to demonstrate the sociocultural need for hermeneutic expansion of the notion

of gender violence in the Maria da Penha Law (BRASIL, 2006), for a better ethical treatment of sexual diversity. To this end, it is possible to: study how criminal policy contributes as an instrument to combat gender inequality; investigate the role of the Maria da Penha Law (BRASIL, 2006) in combating transphobic oppression in an axiologically positive bias of Symbolic Criminal Law; and, finally, analyze discrimination based on sexual orientation and gender identity, in correlation with the correct hermeneutic understanding of domestic violence. In approaching the theme, qualitative dialectical research was adopted and, in conducting the work, the descriptive method, with data collection and bibliographical review, with the use of essays and articles, as well as the national legislation. As a result, it was observed that the Judiciary must serve as an instrument for socially vulnerable segments, in the search for gender equality, social inclusion and protection against stereotyped discrimination by acting to protect the rights of these groups, as well as promoting equality of opportunities and raising awareness in society.

Keywords: Gender. Discrimination. Symbolic Criminal Law. Transphobia. Domestic violence.

Sumário: 1 Introdução - 2 A violência do gênero e o gênero da violência: 2.1 O retrato da violência doméstica. 2.2 A proteção da Lei Maria da Penha em prol da orientação sexual. 2.3 A possibilidade da aplicação da Lei Maria da Penha à identidade de gênero - 3 O viés axiologicamente positivo do Direito Penal simbólico aplicado à Lei Maria da Penha: 3.1 O Direito Penal simbólico e o clamor social. 3.2 Críticas ao Direito Penal simbólico. 3.3 A Lei Maria da Penha como símbolo da luta pela igualdade - 4 Considerações Finais - Referências.

1 INTRODUÇÃO

O preconceito de gênero é flagrante na sociedade, em virtude de uma construção cultural que perpassa gerações e materializa-se na forma de agressões, sejam elas físicas ou verbais, que, muitas vezes, chegam ao extremo do homicídio, principalmente no âmbito doméstico. Destarte, faz-se necessária a discussão pela construção da igualdade de gênero como forma de erradicar o preconceito e a discriminação vedados na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Uma das formas de se combater o preconceito é a criação de tipos penais sancionatórios para os casos de violência contra as vítimas contumazes da intolerância. A partir dessa realidade, questiona-se em que medida a função simbólica da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) influi no combate à reprodução social de estereótipos nocivos à diversidade sexual e de gênero. Porém, o uso dessa tática demanda cuidados, tendo em vista que o Direito Penal pode contribuir para reforçar os estereótipos negativos sobre os segmentos vulneráveis da sociedade.

Com um olhar metafísico sob a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), será possível compreender que a violência simbólica contra a mulher trans é uma forma de violação dos direitos humanos e que, portanto, todas as pessoas, independente da sua identidade de gênero, têm o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Também será possível mostrar que a violência simbólica contra a mulher trans consiste em uma forma de violência contra a identidade de gênero que nega a identidade das mulheres trans, sendo uma parte fundamental da identidade humana e que deve ser respeitada.

Ademais, o olhar metafísico sobre a citada lei servirá para conscientizar as pessoas sobre a violência simbólica contra a mulher trans, ajudando as pessoas a entenderem que a violência simbólica contra a mulher trans é um problema real, é uma forma de discriminação e que tem consequências graves.

O presente trabalho possui relevância, pois contribui como um instrumento que bus-

ca a conscientização social em relação ao preconceito contra a diversidade sexual, bem como esclarece pontos jurídicos que advêm das novidades legislativas acerca do tema. Na busca por respostas, o objetivo geral é demonstrar a necessidade sociocultural de ampliação hermenêutica da noção de violência de gênero da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), para um melhor tratamento ético da diversidade sexual.

Para tanto, este artigo foi construído em dois tópicos, que coincidem com os objetivos específicos. O primeiro tópico trata sobre a incidência da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), que surgiu com o objetivo de combater os casos de violência doméstica contra a mulher, em vista das preocupantes estatísticas. Trata-se da sua aplicação aos casos relacionados à orientação sexual, para garantir inclusão e proteção a essa parcela da sociedade, com a possibilidade de se inserir também o público trans no âmbito de incidência protetiva da referida lei.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS) (2014, p. 1), orientação sexual e diversidade sexual são termos que se relacionam, mas possuem significados diferentes e fazem parte do espectro da sexualidade humana. A orientação sexual está atrelada à atração emocional, romântica ou sexual por pessoas de um determinado gênero ou gêneros. A diversidade sexual, por sua vez, consiste em um termo mais amplo no qual está incluído a orientação sexual e outras expressões de gênero e identidades de gênero.

O segundo tópico, por sua vez, trata sobre o Direito Penal Simbólico e suas características, bem como as críticas direcionadas à sua aplicação, tanto na Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), quanto na criação de novos tipos penais. Outrossim, versa-se sobre como a legislação pode ser utilizada de forma positiva como símbolo social para se combater condutas discriminatórias relacionadas ao preconceito de gênero.

A pesquisa realizada é quali-quantitativa e, quanto à aproximação do tema, pode ser classificada como dialética, que considera os fatos dentro de um contexto social em que as contradições dão origem a outras, para as quais se buscam soluções compreensivas de superação. Em relação à condução do trabalho, segue-se o método descritivo, com o levantamento de dados e revisão bibliográfica, com utilização de livros didáticos e artigos, bem como a legislação nacional.

2 A VIOLÊNCIA DO GÊNERO E O GÊNERO DA VIOLÊNCIA

A violência é algo que está presente no cotidiano de muitas mulheres no Brasil e no mundo. Essa cotidianidade faz com que a visibilidade das mulheres seja ofuscada, marcada pela discriminação no imaginário social, inclusive de outras mulheres (BARSTED, 2016, p. 17).

Para Bunch (1991) a violência contra a mulher não pode apenas ser considerada como um produto cultural e pessoal, mas também possui uma conotação política. É um resultado das relações de poder, de dominação e de privilégio estabelecidas na sociedade em prejuízo das mulheres, como mecanismo principal para manutenção das relações políticas no âmbito familiar, no trabalho e nas demais esferas públicas (BUNCH, 1991).

A década de 1960 foi um marco importante para a luta das mulheres, com o surgimento dos movimentos feministas em vários países, que deram visibilidade às diversas formas de discriminação e violência contra as mulheres. Logrou-se, assim, a construção de uma agenda política de fomento à produção legislativa e doutrinária a nível global (BARSTED, 2016, p. 17-18).

Essa pauta tinha, como fundamentos, os princípios da igualdade e da equidade de gênero, bem como o respeito à dignidade da pessoa humana. Com base nesses princípios, buscava-se o reconhecimento das mulheres como sujeitos de direitos humanos e que possuem necessidades específicas. Para tanto, era necessário não só avanço na seara legislativa, mas também através de políticas públicas que fossem eficazes no combate às discriminações e violências

socialmente enraizadas (BARSTED, 2016, p. 18).

Os movimentos feministas fizeram “barulho” com a sua luta. Influenciaram a ONU (Organizações das Nações Unidas) na aprovação da Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra as mulheres, no ano de 1967 e, em 1972, a Assembleia Geral da ONU declarou o ano de 1975 como o Ano Internacional das Mulheres (BARSTED, 2016, p. 18b).

Esse posicionamento internacional demonstra preocupação com violação dos direitos das mulheres ao redor do mundo. Com isso, ficou estabelecido que as discriminações e preconceitos relacionados ao sexo, à raça ou etnia comprovam que grupos específicos são mais vulneráveis e que é justificável a existência de proteções especiais por parte dos Estados signatários das referidas Convenções.

Apesar dos avanços, o movimento feminista permanece na luta, pois ainda há muito a ser feito para combater a discriminação seja no âmbito social ou legislativo, seja pela eficácia prática de direitos já conquistados. Essas bandeiras levantadas pelo movimento dão origem à *advocacy* feminista (BARSTED, 2016, p. 20-21), entendida por Sorj (2008, p. 129) como um “conjunto de ações que visam defender e argumentar a favor de programas e projetos específicos de equidade de gênero [...]”. A ideia central é o empoderamento das mulheres através da mobilização política, com o objetivo de mudar a legislação, comportamentos e valores e, assim, construir uma sociedade diversa, democrática e livre de preconceitos.

A luta do movimento feminista e o surgimento da *advocacy* não se deram apenas para enfrentar obstáculos no âmbito legislativo. Preocupa-se, outrossim, com as relações familiares, pois o objetivo principal é romper com a lógica patriarcal que, por sua vez, disseminava a ideia de subordinação feminina (BARSTED, 2016, p. 23) como estereótipo.

Reflexo disso resta demonstrado quando Beauvoir (1967, *passim*) afirmava que as mulheres eram o “segundo sexo” na sociedade e isso se deve ao fato de que há uma cultura em que as mulheres não são empoderadas. Consequentemente, elas vivem em um processo de socialização constante na busca por afirmação de sua condição como sujeito de direitos.

Apesar disso, houve avanços oriundos da luta e da *advocacy* feminista. Constitucionalmente (BRASIL, 1988), foi inserido o § 8º ao artigo 226 com o reconhecimento de que homens e mulheres são iguais quando se trata de direitos, seja na vida privada ou na vida pública, além de outros direitos individuais e sociais, dos quais as mulheres são titulares (BARSTED, 2016, p. 28-29).

Porém, não foi somente na Constituição (BRASIL, 1988) que os avanços vieram, mas também na legislação infraconstitucional. A criação da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) trouxe à tona duas importantes questões de acordo com Barsted (2016, p. 35):

[...] de um lado, a necessidade de sensibilizar o judiciário sobre o fenômeno da violência contra as mulheres, ainda de grande incidência e impunidade no Brasil; por outro lado, esse diálogo introduz um tema especialmente importante, considerando o grande avanço legislativo alcançado nos últimos 37 anos. Trata-se do ainda difícil acesso das mulheres à justiça. Seja tomando a justiça em seu sentido mais amplo, que inclui o acesso a todos os serviços de atenção às mulheres em situação de violência, seja em seu sentido estrito, relativo ao acesso das mulheres ao poder judiciário.

Resta claro que o movimento feminista se mostrou muito importante na busca pela igualdade de gênero com avanços conquistados, porém o movimento trans nem sempre foi bem-visto dentro do próprio movimento feminista.

Ocorre que, o feminismo radical trans excludente concentra a sua atenção na luta contra o patriarcado e a opressão que existe das mulheres cisgênero. Desta forma, o movimento trans pode ser visto por algumas feministas como uma ameaça, pois desafia a ideia da existência de

apenas dois gêneros: masculino e feminino, bem como tem o seu foco apenas para os homens trans e que possuem demandas diferentes das mulheres cisgênero:

A sigla TERF - trans exclusionary radical feminist - é frequentemente mencionada para designar os conjuntos de posicionamentos feministas críticos ou hostis à inclusão de questões transgêneras no feminismo, precisamente porque descreve a adoção de um posicionamento a favor da exclusão destas questões do escopo do movimento feminista (BAGAGLI, 2019, p. 24).

Porém, a luta travada pelo movimento social trans não deve ser excluída, mas sim reconhecida e validada. O movimento de luta pelo reconhecimento da pauta trans reconhecido como movimento social visa buscar a garantia dos direitos das pessoas trans. Seu surgimento se deu no final do século XX e início do século XXI, e seu principal objetivo é atuar no combate à discriminação e à violência contra as pessoas trans (Human Rights Campaign).

O movimento de luta pelo reconhecimento da pauta trans têm conquistado cada vez mais espaço através de importantes conquistas nos últimos anos. Por exemplo, em 2018 o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a reconhecer que pessoas transgênero podem mudar o nome e o gênero no registro civil não sendo necessária a cirurgia de redesignação sexual (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018, p. A11).

É preciso dar os devidos créditos ao que foi conquistado até aqui, mas é preciso continuar com a luta. Muito ainda tem que ser mudado, pois a relação de poder e os privilégios patriarcalistas permanecem socialmente reproduzidos em uma cultura de desigualdades, discriminação e violência, pelo estereótipo feminino de “ser dominado”.

2.1 O RETRATO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Lei 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), tem como principal objetivo combater a violência de gênero. Essa violência é oriunda de uma relação em que há uma situação de hipossuficiência, seja ela física ou econômica, que se dá no âmbito da unidade doméstica e familiar ou de qualquer relação íntima de afeto na qual a vítima se encontra em uma situação de opressão (LIMA, 2019, p. 1479).

Para compreender a motivação da violência perpetrada contra a mulher, é necessário entender o conceito da palavra “gênero”. De Jesus (2017, p. 12) entende que gênero “se refere a formas de se identificar e ser identificada como homem ou como mulher”, ou seja, é uma espécie de classificação pessoal e social de cada pessoa e que independe do sexo que, por sua vez, pode ser masculino ou feminino.

A violência contra a mulher, mesmo com o advento da lei, ainda é um problema a ser enfrentado, pois as estatísticas revelam que houve redução no número de homicídios femininos no país entre o ano de 2017 e 2018. O número de vítimas caiu de 4.558 para 4.254 pessoas. Ainda assim, esse número é menor do que o percentual de redução de homicídios em geral: cerca de 13% (BUENO; DE LIMA, 2019, p. 1).

No relatório produzido a pedido do Banco Mundial, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2021) destaca que os casos de feminicídio cresceram 22,2%, entre março e abril de 2020, em 12 estados do país se compararmos a 2019. Intitulado *Violência Doméstica durante a Pandemia de Covid-19*, o documento foi divulgado no dia 1 de junho de 2020 e tem como referência dados coletados nos órgãos de segurança dos estados brasileiros. Nos meses de março e abril o número de feminicídios subiu de 117 para 143. As mulheres ficaram mais vulneráveis aos parceiros durante o confinamento e as denúncias foram dificultadas por causa da vigilância

constante do agressor.

O Brasil ainda é considerado o país mais violento do mundo para as mulheres. Segundo um estudo divulgado pelo Escritório das Nações Unidas para Crimes e Drogas (UNODC), em novembro de 2018, a taxa de homicídios femininos no mundo todo foi de 2,3 mortes para cada 100 mil mulheres, em 2017. Já no Brasil, dados de 2018 revelam que a taxa é de 4 mulheres assassinadas para cada grupo de 100 mil, ou seja, cerca de 74% superior à média mundial (BUE-NO; DE LIMA, 2019, p. 1).

Diante dessas altas estatísticas, é possível entender quando Santos, Araújo e Rabello (2014, p. 104) afirmam que “a violência contra mulheres é um fenômeno que, na sociedade brasileira, alcança dimensões de problema de saúde pública”. Gramaticalmente, a lei (BRASIL, 2006) traz a ideia de aplicabilidade apenas em casos de violência doméstica e familiar do homem contra a mulher. Porém, conforme Lima (2019, p. 1480), “não é necessário que a violência seja perpetrada por pessoas de sexos distintos. O agressor tanto pode ser um homem (união heterossexual) como outra mulher (união homoafetiva)”.

Dessa forma, conclui-se que o legislador, ao criar a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), mostrou-se atento à realidade ao incluir outras formas de relações afetivas sob seu rol protetivo e, dessa forma, tenta contribuir para a diminuição do preconceito contra a orientação sexual, que é bastante presente.

No âmbito dos Tribunais Superiores, no que tange à identidade de gênero, a questão foi tratada no primeiro semestre de 2022 pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A referida Turma entendeu que a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) também deve ser aplicada aos casos envolvendo violência doméstica ou familiar contra mulheres transgêneros**.

De acordo com Pereira (2022, *passim*), a decisão em questão, “vale somente para o caso analisado na ação, mas ela assume contornos importantes, pois abre precedentes para ser aplicada em demais casos que tramitam pelo país”.

Faz-se mister mencionar que tanto o juízo de 1º grau quanto o TJ/SP negaram a aplicação da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) ao caso tratado na ação sob o entendimento de que a aplicação da citada lei está limitada à condição da mulher biológica (PEREIRA, 2022, *passim*).

O entendimento dos magistrados, em suas respectivas decisões, se dá pelo fato de que o Direito foi construído em cima de uma imposição de gênero em que somente é reconhecido o sexo (masculino ou feminino) sob o olhar biológico. A diferença anatômica entre os órgãos sexuais é vista como uma justificativa que contribui para a diferença socialmente construída entre os gêneros (PEREIRA, 2022, *passim*).

É possível perceber que as imposições de gênero, influenciam em diversas esferas da vida de uma pessoa e, principalmente, no sistema de justiça no que tange aos casos de violência contra a população trans, pois essas pessoas são comumente discriminadas por sua identidade de gênero, dificultando o acesso e a obtenção de justiça quando são vítimas de violência.

Exemplos como dificuldade de registrar um boletim de ocorrência ou de obter uma medida protetiva contra o seu algoz, se dá pelo fato de que os agentes de justiça como, policiais ou promotores não entendem que a presente situação se enquadra no que diz a lei (INSTITUTO BRASILEIRO DE TRANSMASCULINO, 2021, p. 21).

* Nota dos autores: Em ambas as Turmas do STJ existem precedentes no sentido de que o sujeito passivo nos crimes de violência doméstica, é a mulher. Já o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência, com ou sem coabitação. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 277.561/AL, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/11/2014, DJe 13/11/2014; STJ 6ª Turma, HC 181.246/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20/08/2013, DJe 06/09/2013.

** Ministro Rogério Schietti Cruz, STJ, Sexta Turma, AgRg no REsp 1880359/SP, julgado em 5 de abril de 2022.

Por isso, que entendimentos dos Tribunais Superiores, como explicitado acima, são de suma importância na luta do movimento trans pelo reconhecimento dos seus direitos e na busca por espaço. Ademais, é necessário que o sistema de justiça brasileiro atue, cada vez mais, para combater as imposições de gênero e garanta que todas as pessoas sejam tratadas de forma justa e igualitária, independente de gênero.

2.2 A PROTEÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA EM PROL DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

O grupo composto por lésbicas e bissexuais se encontra em situação bastante peculiar no sentido de possuir uma dupla vulnerabilidade, pois sofre discriminação em relação ao sexo e em relação à orientação sexual, que consiste na “atração afetivossexual de algum/ns gênero/s” (DE JESUS, 2012, p. 12). O preconceito contra esse grupo se manifesta em vários lugares como nos espaços sociais, no trabalho, dentro da própria família, e de diversas formas, como a violência psicológica e a sexual até resultar na violência fatal (SANTOS; ARAÚJO; RABELLO, 2014, p. 105).

Parte da doutrina (minoritária) sustenta que não incide a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) quando a violência for perpetrada por uma mulher contra outra. Essa corrente acredita que, se o sujeito ativo for uma mulher, estará ausente o pressuposto de superioridade de força, já que a violência decorreu entre pessoas supostamente iguais.

Esse argumento não prevalece, haja vista que, em uma relação homoafetiva entre duas mulheres, pode existir uma situação de superioridade de força, inclusive não somente atrelada à força física, pois outra forma de dependência está ligada à questão econômica.

Dados do Grupo Gay da Bahia (GGB), atestam 1608 casos de LGBTTQIA+* assassinados em crimes de motivação homofóbica entre os anos de 2001 a 2010 (PARENTE; MOREIRA; ALBUQUERQUE, 2018, p. 447). De acordo com o Relatório Anual de Assassinatos de Homossexuais do GGB, em 2010, o Brasil apresentava taxas elevadas de homicídios contra esta população, e dentre as regiões brasileiras o Nordeste despontou como a região de maior violência impetrada ao grupo, responsável por 43% (PARENTE; MOREIRA; ALBUQUERQUE, 2018, p. 447).

Isso acontece porque a sociedade se desenvolveu ao redor de normas socioculturais que determinam o que é do mundo masculino e o que é do mundo feminino (DE JESUS, 2017, p. 7). Dessa forma, mulheres lésbicas e bissexuais ficam em situação de vulnerabilidade, pois não se enquadram nos ideais de feminilidade e heterossexualidade impostos ao longo dos anos e, por isso, são vítimas constantes da homofobia**.

As mulheres lésbicas, que sofrem com a lesbofobia***, são vítimas comuns de “estupros corretivos” com a pretensa finalidade de “puni-las” e “ensiná-las” qual deve ser a sua verdadeira orientação sexual (BRANDALISE, 2019, p. 1). Além dos casos de estupro, há também os espancamentos coletivos decorrentes de demonstração de afeto em público e já houve casos de

* Nota dos autores: É uma sigla que representa: Lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros, queer, intersexuais e o “+” abarca todas as outras letras da sigla LGBTT2QQIAAP, como o “A” de assexualidade e o “P” de pansexualidade.

** Nota dos autores: A homofobia como fenômeno e manifestação do sexismo, traduz-se em hostilidade a comportamentos desviantes dos papéis sexuais estabelecidos socialmente, guardando íntima relação com a violência de gênero. (PARENTE; MOREIRA; ALBUQUERQUE, 2018, p. 446).

*** Nota dos autores: Considerada como desdobramento da homofobia, a lesbofobia consiste, segundo Santos, Araújo e Rabello (2014, p. 105) na “aversão, repulsa, ódio, medo contra mulheres que amam, vivem ou fazem sexo com outras mulheres”.

ataque com a utilização de ácidos (BOREKI, 2017, p. 1). Por esse motivo, faz-se necessário que a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) mantenha, também, sob a sua proteção, às mulheres que pertencem a esse grupo:

[...] é evidente que a aplicação da Lei Maria da Penha deve revelar, prevenir e punir lesbofobia no ambiente intrafamiliar e doméstico, onde frequentemente lésbicas e bissexuais são agredidas, humilhadas, feridas, maltratadas, estupradas ou expulsas de casa por familiares que se opõem ao direito humano da livre expressão e vivência da sexualidade (SANTOS; ARAÚJO; RABELLO, 2014, p. 105).

Com a homologação da lei, percebe-se que há um comprometimento social no combate à violência de gênero. É com base nisso que a lei trouxe uma importante inovação quando menciona a orientação sexual em seu art. 2º:

Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (BRASIL, 2006).

Outra inovação, também considerada importante, está presente no art. 5º, parágrafo único (BRASIL, 2006), com a tutela dos casais lésbicos, reconhecendo-se, assim, a união homoafetiva entre mulheres e punindo de forma expressa a violência entre casais homoafetivos de mulheres:

Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial [...] em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006).

Em que pese o legislador ter se mostrado atento a essa questão, outra vertente ainda se encontra sem a proteção expressa da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006): a identidade de gênero. Essa nuance comporta, também, vítimas contumazes do preconceito em face da diversidade sexual, em desafio à vedação constitucional (BRASIL, 1988) à discriminação.

2.3 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA À IDENTIDADE DE GÊNERO

A transexualidade é um conceito que está atrelado à identidade de gênero de uma pessoa, pois se difere do sexo atribuído no momento do nascimento e que leva em consideração as características biológicas como, por exemplo, a genitália. A identidade de gênero, por sua vez, consiste em uma experiência íntima e pessoal, na qual a pessoa pode se identificar como homem, mulher ou uma outra identidade de gênero (CUNHA, 2023, *passim*).

Ou seja, a identidade de gênero consiste em uma construção subjetiva, que não necessariamente está ligada com o sexo atribuído ao nascer ou com as normas de gênero impostas pela sociedade, na qual as pessoas podem ser compreendidas como sendo cisgênero ou transgêneros:

Tem-se por cisgênero aquele que se reconhece como pertencente ao gênero esperado em razão do sexo que lhe foi atribuído quando do seu nascimento, enquanto transgênero seria aquele que apresenta uma incompatibilidade entre o sexo que lhe foi indicado ao nascer e o gênero ao qual se entende pertencente, conceito que alberga em si várias figuras, sendo as mais suscitadas a de transexuais e travestis (CUNHA, 2023, *passim*).

A população trans é comumente estigmatizada e perseguida tendo em vista a disseminação de estereótipos das pessoas “anormais”, pois o “normal” é agir de forma adequada com o gênero imposto ao nascer (DE JESUS, 2017, p. 11). A Organização Internacional *Transgender Europe* (TGEU, 2019) aponta que o Brasil é o país que mais mata pessoas trans e travestis: de 2008 a abril de 2016 foram 845 mortes, alarmantes 42% de todos os casos do mundo*.

Diante deste contexto, torna-se evidente a necessidade do reconhecimento à identidade de gênero, considerando as violações aos princípios constitucionais e aos direitos humanos enfrentadas por aqueles que possuem uma identidade de gênero que destoa das expectativas socialmente estabelecidas. Essas pessoas, rotineiramente, enfrentam constrangimentos e humilhações por não ter a sua identidade aceita acarretando, assim, em marginalização e exclusão social (RODRIGUES; STEFANONI, 2019, *passim*).

Pelo fato de não haver medidas protetivas suficientes para manter essa população segura surgem, cada vez mais, casos de feminicídio, tendo como motivação a questão da orientação sexual, da expressão de gênero e da identidade de gênero. Esse tipo de violência já surge dentro da própria família, associada à ideia de que é papel dela “corrigir” o comportamento que vai contra o que dizem as normas socioculturais que o estereotipam como inaceitável.

Em que pese a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) tutelar os direitos das mulheres lésbicas e bissexuais, em relação ao público transgênero e transexual, ela ainda é omissa. Isso se deve ao fato de que o Direito foi construído em cima de uma imposição de gênero em que somente é reconhecido o sexo (masculino ou feminino) sob o olhar biológico, como explica Bourdieu (2012, p. 20):

A diferença biológica entre os sexos, isto é, entre o corpo masculino e o corpo feminino, e, especificamente, a diferença anatômica entre os órgãos sexuais, pode assim ser vista como justificativa natural da diferença socialmente construída entre os gêneros [...].

A omissão da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) para casos envolvendo o público transgênero e transexual também se deve à influência que o machismo e o patriarcado exercem na construção legislativa do país. O machismo, nada mais é do que a crença de que os homens são superiores às mulheres e o patriarcado, por sua vez, consiste em um sistema social em que os homens têm poder sobre as mulheres (DIAS, 2009, p. 10).

Ambos os conceitos estão enraizados na cultura brasileira e têm grande impacto na maneira como as mulheres são tratadas pela lei e influenciam também quando a proteção está voltada para a população trans por partir do pressuposto de que pessoas transgênero e transexuais não são vítimas de violência e são vistas como “anormais” ou “desviantes” e, portanto, não merecem proteção da lei:

A Lei Maria da Penha é um avanço importante na luta contra a violência contra a

* Nota dos autores: Apesar do país não ter nenhum sistema oficial de monitoramento das mortes violentas relacionadas à lesbofobia, homofobia e transfobia, esses dados são oriundos de levantamentos feitos pela ONG *Transgender Europe* (TGEU) a partir de material publicado pela imprensa (TGEU, 2019).

mulher. No entanto, a lei não protege as mulheres transgênero e transexual. Isso ocorre porque a lei é baseada na ideia de que as mulheres transgênero e transexual não são mulheres. Essa ideia é baseada no machismo e no patriarcado. O machismo e o patriarcado são os principais responsáveis pela violência contra a mulher transgênero e transexual. Eles levam à discriminação, à violência e ao assédio (LIMA, 2016, p. 10).

Em que pese a edição de leis em prol do movimento trans ter o seu grau de importância, não se pode esquecer do papel exercido pelos juízes nos tribunais Brasil afora, pois a sua atuação, como intérpretes da lei e aplicadores da justiça, também influencia na reprodução de estereótipos negativos contra a população trans quando suas decisões estão baseadas em crenças e preconceitos.

A desconsideração da identidade de gênero se faz presente quando um juiz se refere a uma pessoa trans pelo seu nome ou gênero atribuído no nascimento ao invés de usar o nome social e gênero escolhido, ou até mesmo declarações prejudiciais sobre a população trans nas decisões judiciais ao dizer que pessoas trans são mentalmente instáveis ou incapazes de tomar decisões por si mesmas. Esses são exemplos de como os juízes podem perpetuar os estereótipos negativos presentes na sociedade em relação à comunidade trans (HUMAN RIGHTS WATCH, 2017, p. 12).

Diante dessa celeuma, é de suma importância que a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) abarque expressamente a violência doméstica e familiar contra a população transgênero. Assim, não se deve apenas reconhecer a identidade de gênero de tais pessoas ou reconhecer as semelhanças entre a violência sofrida por mulheres e por pessoas transgêneras, mas tratar esse tipo de violência de modo exatamente igual. Assim, entende Dias (2012, p. 62) que:

[...] a cada dia surgem situações que colocam em cheque a identificação dos atores da violência que pode ser configurada como doméstica, a assegurar a incidência da Lei Maria da Penha. (...). No que diz com o sujeito passivo – ou seja, a vítima da violência – há exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Assim, lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, que tenham identidade social com o sexo feminino estão sob a égide da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulheres. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência.

Por isso que ainda tramita, no Senado, o Projeto de Lei 191/2017 (SENADO FEDERAL, 2017) que estende a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) a transexuais e transgêneros (BRASIL, 2017). Vale ressaltar que a proposta parou de tramitar ainda no ano de 2019 e apesar de ser um grande passo para ampliar e consolidar a discussão e de ser uma possível solução para o problema da violência contra esse grupo em específico, é possível perceber o descaso no âmbito legislativo quanto a essa questão. Com a alteração proposta pelo projeto, o art. 2º da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) passará a figurar da seguinte forma:

Toda a mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (BRASIL, 2017).

O que se pode perceber é que está havendo uma mudança significativa de cenário em

relação ao reconhecimento dos direitos da população trans. Isso ressalta a importância do movimento social em prol desses direitos. Ao longo dos anos, várias conquistas foram sendo obtidas através de marcos jurídicos, incluindo importantes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Desde o ano de 2009, várias decisões do STJ vêm permitindo que haja mudança no registro civil pelas pessoas trans. Em maio de 2017, a Quarta Turma do STJ, firmou o entendimento que reconhece o direito à retificação do nome e do gênero nos documentos oficiais, sem a necessidade de realização de cirurgia de redesignação sexual, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, tem como objetivo principal proporcionar autonomia e respeito à identidade de gênero das pessoas trans.

Ainda no âmbito do STJ, vale mencionar a decisão que garante que seja feita a alteração do sexo constante no registro civil no assentamento de nascimento original, bem como a proibição da inclusão da expressão “transexual”, do sexo biológico ou dos motivos que levaram às modificações no registro de nascimento.

No que tange ao Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI nº 4.275/DF e do RE nº 670.422, a Suprema Corte reconheceu aos transgêneros e aos transexuais, independente da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à alteração do prenome e do gênero diretamente no registro civil.

De acordo com a referida decisão, pode-se concluir que, caso um transgênero ou transexual proceda à alteração de seu gênero diretamente no registro civil, para identificar-se, a partir de então, como mulher, será indubitável a sua sujeição passiva na violência doméstica e familiar prevista na Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), mas não só.

Tendo em vista tais entendimentos consolidados pela Suprema Corte e pela doutrina majoritária, não há necessidade para que haja qualquer tipo de exclusão do grupo LGBTQIA+ da tutela da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), além do mais que a própria lei traz em seus artigos a não exclusão em face da diversidade sexual.

Ademais, a garantia do direito à saúde integral com o acesso a procedimentos de adequação de gênero garantido pelo SUS através de indicação médica, bem como a proteção contra a discriminação e violência com decisões em favor da punição aos agressores também fortalece a garantia de direitos e a promoção da igualdade.

Em que pese os avanços através da jurisprudência das Cortes Supremas, a luta pela igualdade e reconhecimento dos direitos das pessoas trans ainda continua. Com o intuito de preservar a honra e a universalidade dos direitos humanos, é de suma importância que o Estado promova discussões sobre o reconhecimento e proteção da identidade de gênero, bem como atue na criação de políticas de inclusão que visem assegurar a plena inserção das pessoas trans na sociedade.

Com base no que foi apresentado no presente tópico, é possível perceber que ainda são altas as estatísticas relacionadas à violência contra a diversidade sexual, que consiste na materialização do preconceito, da discriminação, resultados da disseminação social de estereótipos deletérios a esses modos de ser.

O Legislativo e o Judiciário têm buscado soluções através das ferramentas que o Direito proporciona, ainda que a caminhada seja demasiado vagarosa e incerta. No próximo tópico será abordado o poder simbólico da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) como uma ferramenta positiva no combate à discriminação contra a diversidade sexual.

3 O VIÉS AXIOLOGICAMENTE POSITIVO DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO APLICADO À LEI MARIA DA PENHA

No tópico anterior, tratou-se da questão da discriminação sociocultural contra a diversidade sexual, que se reflete nos diversos casos de violência em face da orientação sexual e identidade de gênero. Isso contribui para a noção de que é necessária maior discussão social, com vistas à informação, sensibilização, visibilidade e conscientização em relação ao sofrimento das pessoas. No presente tópico, será estudado o efeito cultural da legislação, como símbolo da afirmação dos direitos e da condição humana equânime da diversidade sexual, nos casos de violência doméstica contra pessoas trans.

3.1 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E O CLAMOR SOCIAL

O Direito Penal nada mais é do que um instrumento que visa tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Por serem bens extremamente valiosos do ponto de vista político, não são suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito (GRECO, 2015, p. 2).

Já o Direito Penal Simbólico consiste em utilizar o Direito Penal como instrumento para aprovar leis mais severas, aumentar o rigor punitivo, com vistas a tutelar fatos que causam comção na população. Esses fatos são geralmente objeto de massiva divulgação através da mídia, ou seja, é o Direito Penal que se baseia no medo e na insegurança da população (TALON, 2018, p. 1) e que resulta na edição de normas de dubitável eficácia.

Essa divulgação massiva de informações se deve ao fato do surgimento de novas tecnologias que facilitam a circulação de notícias sensacionalistas que, por sua vez, fazem com que a população se interesse pela questão criminal. Dessa forma, faz com que cada cidadão tenha uma opinião formada sobre a política criminal do país. Com a utilização do Direito Penal Simbólico na criação de leis mais rígidas, espera-se que o Estado envie uma mensagem de tranquilidade para a população e assim fazer com que se estabeleça uma relação de confiança entre ambos:

Uma das finalidades da legislação simbólica é a de fortalecer a confiança dos cidadãos no Estado. Em várias situações, sob pressão do público, o legislador elabora diplomas legais para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que haja qualquer preocupação com as condições políticas e sociais para a efetivação da norma (BOZZA, 2016, p. 2).

O que se sabe é que há uma insatisfação generalizada em relação à criminalidade no país. A população clama por soluções tendo em vista as altas estatísticas da violência (G1, 2019, p. 1). Há muito se reclama sobre a segurança pública, uma das principais pautas de diversas campanhas eleitorais ao longo dos anos e, mesmo com a troca de governo, nas eleições de 2018, ainda é uma questão a ser resolvida. Na tentativa de amenizar o problema, o legislador acaba por ceder ao populismo:

Em razão da generalizada insatisfação popular surgem as leis penais de emergência com uma conotação claramente populista. Por meio desse tipo de legislação, principalmente em período eleitoral, o legislador procura afastar-se de pressões políticas e/ou demonstrar o Estado como preocupado com as necessidades dos cidadãos. A partir da reação popular diante de determinadas situações ou da urgência de solução para determinados problemas sociais, frequentemente exige-se do Estado uma reação imediata. Nesses casos não raramente o legislador recorre à legislação penal como demonstração da mais enérgica solução que o Estado apresenta aos cidadãos para resolver esse ou aquele problema (BOZZA, 2016, p. 2).

Dessa forma, considera-se que o Direito Penal Simbólico, tal qual tradicionalmente estudado, é considerado um instrumento que visa atender à “pressão” exercida pela população

que se sente desprotegida pelo Estado, pois convive com a sensação de impunidade disseminada através da mídia sensacionalista. As normas daí oriundas seguem o mesmo padrão imediatista e demagogo.

3.2 CRÍTICAS AO DIREITO PENAL SIMBÓLICO

A aplicação do Direito Penal Simbólico sofre críticas por parte majoritária da doutrina, por conta das consequências do seu uso. Apesar de ter como principal fundamento a questão da segurança pública, Talon (2018, p. 2) afirma que, na verdade, o Direito Penal Simbólico institui uma enorme insegurança jurídica quando faz alterações legislativas ou quando não reflete sobre o sentido da legislação a ser criada.

Quando observada pela ótica tradicional, a legislação oriunda do Direito Penal Simbólico não tem como objetivo a ressocialização e utilizará a função retributiva da pena como único meio para a resolução dos problemas sociais (TALON, 2018, p. 2b). Dessa forma, muitas leis criadas com base em um Direito Penal Simbólico são inconstitucionais e, aquelas que conseguem aprovação, sofrem com restrições ao serem aplicadas. Com isso, a população passa a desconfiar do poder estatal e acreditar em um Poder Judiciário falho:

Nessa linha, a população passa a acreditar que, realmente, a legislação não é respeitada no Brasil. Cria-se uma bola de neve: as leis, por serem desnecessárias ou inconstitucionais, não são aplicadas; o povo acredita que a legislação não é cumprida; a solução aparentemente mágica é... sim, mais leis desnecessárias, desproporcionais e inconstitucionais (TALON, 2018, p. 3).

Outra explicação dada para o aumento do fenômeno da incidência do Direito Penal Simbólico no ordenamento jurídico atual seria o surgimento de novos bens jurídicos que são considerados relevantes para o Direito Penal além do surgimento de novas esferas de ação potencialmente delitivas como, por exemplo, o ciberespaço, bem como o reconhecimento da relevância de condutas delitivas que antes eram consideradas de menor importância como é o caso da violência no ambiente doméstico (AZEVEDO, 2008, p. 114).

É bem verdade que o (ab)uso do Direito Penal Simbólico pode trazer a sensação de insegurança jurídica no ordenamento pátrio, mas deve ser levado em conta que não se podem fechar os olhos para situações fáticas que acabam por suprimir os direitos fundamentais abarcados pela Carta Magna. Essa supressão traz uma sensação de impunidade e descaso. Mas esse descaso não é somente para com a pressão popular imediata.

Conforme descrito anteriormente, o real descaso ocorre para com os grupos sociais vulnerados pela exclusão social dos diversos jeitos de ser. É precisamente aí que reside a fundamentalidade da legislação enquanto símbolo da luta das pessoas pela igualdade e pelo respeito. É aí que se assenta o viés axiologicamente positivo do vetor simbólico da legislação penal, a exemplo da própria Lei Maria da Penha, a qual, acima e além de ser um instrumento punitivo, desencadeou toda uma série de debates sociais que qualificaram a violência doméstica como algo repulsivo e desumano.

Além do exposto acima, é importante ter cuidado com o uso do Direito Penal, ainda que tenha como objetivo promover a igualdade e o respeito à diversidade sexual. É possível dizer que o Direito Penal possui uma “via de mão dupla”, na qual ele pode ser usado para proteger os direitos humanos, mas também pode ser usado para oprimir e marginalizar certos grupos (DAVIS, 2003, p. 12).

Um alerta a ser feito é que o Direito Penal deve ser usado de forma responsável e justa

garantindo que não haja perpetuação de estereótipos ou preconceitos contra grupos socialmente vulnerados.

O Direito Penal pode recriar estereótipos negativos através da seleção do tipo de crime que se tornará um tipo penal ao criminalizar comportamentos que são mais comuns em certos segmentos da população, como a pobreza, a raça e a etnia. Isso pode levar a uma percepção de que esses segmentos da população são mais propensos a cometer crimes (DAVIS, 2003, p. 12b).

Outra maneira se apresenta na forma como os crimes são definidos, pois o direito penal costuma definir crimes de uma forma que reflete os valores e as normas da maioria da sociedade. Isso pode levar a uma percepção de que os segmentos da população que não se conformam com esses valores e normas são mais propensos a cometer crimes (ALEXANDER, 2010, p. 127).

Através da forma como os crimes são punidos também é considerada uma forma do Direito Penal criar estereótipos negativos, tendo em vista que a punição mais severa para crimes cometidos por certos segmentos da população pode levar a uma percepção de que esses segmentos são mais perigosos e merecem ser punidos de forma mais rigorosa (DAVIS, 2003, p. 26).

Portanto, se faz necessário um maior cuidado com uso do Direito Penal ainda que seja com o intuito de promover a igualdade e respeito aos direitos dos grupos socialmente vulnerados, pois, ainda que com boas intenções podem acabar recriando estereótipos negativos com um impacto significativo levando uma maior criminalização e que pode ocasionar em uma série de problemas, como encarceramento, pobreza e violência. Além disso, os estereótipos negativos podem também levar a uma discriminação contra esses segmentos, o que pode dificultar o acesso a oportunidades de emprego, educação e moradia.

3.3 A LEI MARIA DA PENHA COMO SÍMBOLO DA LUTA POR IGUALDADE

As leis penais já possuem, em sua essência, a presença do Direito Penal Simbólico e que é por isso que sua análise deve ser feita com cuidado para que não se desvirtue do seu principal objetivo que consiste em uma resposta estatal ao delito cometido, ou seja, combater a delinquência, bem como buscar a recuperação do condenado. De acordo com Couto (2016, p. 104) “[...] os efeitos simbólicos são inerentes a todas as leis penais, mas é preciso cautela para que não se deixe de perseguir o fim socialmente útil da pena e haja foco somente naquele efeito latente da norma”.

É dentro desse contexto que deve ser analisada a Lei nº 11.340/2006, (BRASIL, 2006) que, de acordo com Budó e Gindri (2016, p. 245) é oriunda de um processo de articulação do movimento feminista brasileiro desde a década de 70 e provocou diversas alterações legislativas. O objetivo foi conter um fenômeno que faz com que muitas mulheres sejam vítimas cotidianamente, em todo o país (AZEVEDO, 2008, p. 114).

A Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) traz em seu bojo a criação de mecanismos para combater e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher e também cria medidas integradas de prevenção e repressão a toda essa violência e que abrange a sociedade civil e várias instituições estatais. Também é possível encontrar dispositivos que têm por objetivo aumentar a repressão contra homens que agredem mulheres (ANJOS, 2006, p. 10).

Mais uma vez o Direito Penal Simbólico aparece para mostrar que determinadas condutas são inaceitáveis, ao se valer do instrumental do aumento das penas e da incidência de tipos penais. Todavia, o efeito cultural desse rechaço a comportamentos legalmente classificados como inadmissíveis é um paulatino aumento da reprovabilidade social da conduta no tempo.

Dessa forma, o Direito Penal Simbólico é direcionado para fins nobres e democraticamente orientados a depender do seu contexto de atuação (ANJOS, 2006, p. 10). De acordo com Couto (2016, p. 105) “[...] a promulgação de um novo tipo penal, ainda que simbólico, teria o condão de promover a importância de determinado bem jurídico na consciência da comunidade”. No caso, o bem jurídico tutelado, além da integridade física e moral da mulher (em sua acepção não exclusivamente biológica), acaba sendo a própria dignidade e igualdade da mesma enquanto sujeito de direitos.

Exemplo disso está presente na Lei nº 13.641/2018 (BRASIL, 2018) que alterou a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), ao prever como crime a conduta do acusado de violência doméstica que descumpra as medidas protetivas impostas pelo magistrado. Antes da criação da referida lei, a sanção se dava mediante o pagamento de multa e prisão preventiva de acordo com o Código Penal (BRASIL, 1941), ou seja, o que aconteceu foi um recrudescimento das sanções, contrariando inclusive o posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça*. Couto (2016, p. 105) acredita que “para grupos historicamente oprimidos, um eventual aumento na pena de um crime que lhes seja direcionado pode se traduzir numa maior confiabilidade no sistema de justiça, já que este aumento estaria valorizando a dignidade do grupo”.

Ou seja, o caráter simbólico da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) é socialmente benéfico, na medida em que se insere em um contexto de discriminação positiva ou inversa em favor das mulheres e orientado de forma democrática. Declara que condutas baseadas no gênero, que causem danos físicos à mulher, sejam eles morais ou patrimoniais, são inadmissíveis (ANJOS, 2006, p. 10b).

Segundo Anjos (2006, p. 10c), a referida lei não se concentrou somente nas medidas penais simbólicas e sim procurou criar medidas efetivas de cunho extrapenal. Para ele, o legislador acertou na criação da lei quando “[...] encontrou uma forma justa de conciliar o caráter intrinsecamente simbólico das normas penais com um contexto democrático e funcionalmente orientado”.

Dessa forma, a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) não é uma lei meramente simbólica, mas uma lei que a princípio é simbólica quando a sua parte penal traz a visível representatividade de uma maior atuação por parte do Estado (ANJOS, 2006, p. 10d) contra a discriminação.

Portanto, é preciso pensar a Lei Maria da Penha também para as pessoas trans, na medida em que a referida lei consiste em um importante instrumento de garantia da segurança e proteção para as mulheres, devendo ser aplicada para todas as mulheres independente da sua identidade de gênero.

Faz-se necessário consolidar o diálogo da literatura jurídico-penal e criminológica com as Teorias *Queer* para que os conceitos relacionados à sexualidade e gênero estejam cada vez mais explicitados na legislação nacional e, portanto, venha a erradicar a heteronormatividade compulsória na construção legislativa e na aplicação dessas leis.

Diante disso, surgem dois questionamentos a serem analisados: o primeiro é sobre se o Direito Penal é o instrumento correto a ser utilizado por grupos que fazem parte das minorias, especificamente as mulheres que são vítimas da violência doméstica. O segundo questionamento é acerca de se é possível que o Direito Penal saia de cena sem provocar um retrocesso na luta desse grupo, em especial por uma sociedade livre da violência contra as mulheres.

A resposta se dá na utilização do Direito Penal pelo movimento feminista, que consiste em um movimento social que luta pela igualdade de condições entre homens e mulheres para

* Nota dos autores: Entendimento do STJ em sede de Recurso Especial 1.387.885-MG que afirma que a posição doutrinária mais correta é aquela que afasta a tipicidade da conduta em casos de descumprimento da ordem e que deve ser punido com sanção de natureza civil ou administrativa.

que ambos possam desfrutar dos mesmos direitos e oportunidade e que, por sua vez, foi de grande relevância, pois trouxe a questão da violência contra a mulher à tona para que fosse discutida pelo público.

Além disso, a ausência do Direito Penal também provoca efeitos quando não se atém a existência de violências como essas e se deixa de intervir. Para Budó e Gindri (2016, p. 247), “a construção de uma legislação específica que trata da violência contra a mulher é ocupar um lugar de fala até então negligenciado pelo direito”. Nessa linha, a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) é um poderoso símbolo social de luta e de proteção contra várias formas de violência perpetradas não somente contra pessoas, mas contra verdadeiros jeitos de ser, pensar e sentir.

Pessoas trans são mais propensas a serem vítimas de violência motivada pelo gênero e pela transfobia. Apesar disso, o Estado brasileiro ainda é deficitário no que tange às políticas públicas efetivas para combater a discriminação e a violência contra a identidade de gênero.

É por este fato que o reconhecimento da mulher trans na Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) consiste em um importante instrumento para o enfrentamento da violência de gênero que atinge as mulheres trans. Embora exista a possibilidade de inclusão dessas vítimas na tutela da Lei 11.340/06, é preciso ter em mente que a violência doméstica e familiar contra a mulher trans apresenta particularidades que se diferenciam da violência doméstica e familiar contra mulheres cisgênero.

A vulnerabilidade que acomete a comunidade trans, exige uma política criminal específica materializada na tutela da mulher trans pela Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) para que essas vítimas possam ter acesso à proteção e aos recursos necessários para enfrentamento da violência de gênero que as atinge.

É óbvio que a opção de instituir uma política criminal, como a mencionada acima, não substitui a necessidade de implementação de outras ações para busca uma solução para o problema. A política criminal ou o uso do Direito Penal é apenas mais uma das ferramentas que podem ser usadas para o combate à violência de gênero ao lado de outras como a educação, a conscientização e a mudança de atitude e de comportamento.

É de extrema importância que essas ferramentas sejam usadas de forma conjunta na busca por uma sociedade mais justa, igualitária e livre de qualquer tipo de preconceito contra a diversidade sexual.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscar a construção social da igualdade de gênero não é só idealizar a possibilidade de homens e mulheres possuírem os mesmos direitos e deveres, é também alcançar uma sociedade justa e solidária e, acima de tudo, livre de preconceitos e discriminações.

O Direito Penal Simbólico, apesar das críticas negativas que norteiam a sua aplicação, enquanto uma espécie de “grito” da população que clama pela criação e endurecimento de tipos penais, pode também vir a ser entendido de forma profícua, pois, através da comoção popular, surgem também espaços sociais para discussões necessárias acerca da real situação de discriminação das minorias e, assim, uma janela a mais para a justiça social.

Porém, o Direito Penal deve ser usado como *ultima ratio* e apenas quando outros métodos de prevenção e combate à discriminação não surtirem efeitos. Ocorre que, o uso do Direito Penal deve ser proporcional à gravidade da discriminação e deve estar acompanhado das medidas de prevenção e combate à discriminação de longo prazo.

Portanto, o Direito Penal pode ser uma ferramenta eficaz no combate à discriminação contra as minorias, mas é importante lembrar que ele não pode solucionar todos os problemas e criar uma sociedade livre de discriminação. O direito penal tem que ser visto como uma fer-

ramenta que pode ser utilizada para proteger os direitos das minorias e para promover a igualdade.

Exemplo disso se dá com a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), que abriu caminho para um crescimento cultural, a partir da visibilidade dos problemas femininos. Além disso, as vítimas sentem maior conforto para procurar a Justiça, bem como se sentem menos desamparadas pelo Poder Público, que se vê compelido a debruçar-se com mais afinco sobre demandas que tratam da preservação da vida, da integridade, da dignidade e da honra que são bens jurídicos amparados pela Carta Magna (BRASIL, 1988).

Apesar disso, a política criminal do país não contribui para o combate à desigualdade de gênero. Ocorre que, o poder Legislativo na elaboração de leis penais, se mostra expansionista e, por muitas vezes, punitivista, porém não abarca devidamente os casos de preconceito e discriminação contra a diversidade sexual. Reflexo disso se materializa nos casos de inércia do poder legiferante quando se trata da criação de leis para garantir direitos, bem como para efetivar aqueles que já se encontram dispostos na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) foi criada sob os reflexos de uma sociedade patriarcal e teve como impulsionador o Direito Penal Simbólico. Apesar de ser uma lei considerada inovadora e tornar o Brasil o país pioneiro na criação de uma lei que protege e combate a violência doméstica contra a mulher, ela também inova quando estende a sua tutela a casos que envolvem a orientação sexual.

O fato é que o Direito deve caminhar junto com as mudanças que ocorrem na sociedade, ou seja, se adaptar ao surgimento de novas demandas e situações a fim de dirimir os conflitos em torno dessas novidades e, dessa forma, propagar a paz e evitar que as possíveis soluções sejam deixadas ao arbítrio das partes envolvidas.

Isso contribui para a ampliação da proteção jurídica a pessoas que estejam em situação de vulnerabilidade e promove a inclusão social desse grupo em específico. Mas, conclui-se desse tópico que ainda é preciso estender a sua aplicação a casos que envolvem a identidade de gênero a fim de se completar a proteção formal em prol da diversidade sexual.

O Direito Penal Simbólico sofre críticas quanto à sua aplicação na Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) e na criação e endurecimento dos tipos penais. Porém, a sua utilização não elimina a carga simbólica axiologicamente positiva da norma, que provoca discussões na sociedade sobre o preconceito e a discriminação contra as minorias. Avaliou-se que essa maior abertura ao debate joga um feixe de luz sobre a real situação social de discriminação e, assim, atende aos anseios daqueles que realmente necessitam de proteção do Estado na busca pelo acesso à justiça e por proteção.

Percebeu-se que a visibilidade angariada em relação às mazelas da população afetada, bem como o debate social provocado pela legislação, tem o condão de provocar a sensibilização e a conscientização ética e cultural, ainda que a longo prazo. Isso ataca a real causa da violência: a cultura misógina e a proliferação de estereótipos nocivos à mulher enquanto ser social.

Dessa forma, conclui-se que o Judiciário pode e deve ser usado como uma ferramenta utilizada pelas minorias, que lutam pela igualdade de gênero, na busca pela inclusão social e de proteção por parte do Estado contra a discriminação e casos de violência. Todavia, vale ressaltar que já houveram alguns avanços como a edição da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), porém a referida lei sofre com as críticas devido à sua criação ter sido amparada pelo Direito Penal Simbólico. Esse símbolo, como dito, pode contribuir de forma positiva no combate às práticas discriminatórias através do fomento às discussões acerca do tema, bem como a inclusão social e o amparo jurisdicional. Eis, pois, o viés ético de um símbolo legislativo de apoio político à luta das minorias e a própria resposta ao problema de pesquisa proposto no início do artigo.

O objetivo geral, por sua vez, foi atendido, ao passo em que se demonstrou a necessidade

de reforma legislativa, para a inserção da identidade de gênero no umbral protetivo da norma. O preconceito é disseminado através de um processo cultural que perpassa gerações através dos ensinamentos no seio familiar. Devido a isso, é necessário ter um cuidado mais do que especial em relação ao que é transmitido para as novas gerações. Devem ser passados ensinamentos pautados no respeito e na afirmação de que todos são iguais, não somente perante a lei, mas também em todos os sentidos e oportunidades que permeiam a vida de qualquer ser humano.

É necessário que o Estado não só promova amparo às minorias através da sua atividade legiferante e jurisdicional, mas também promova o combate ao preconceito e à discriminação através da educação com a implantação de debates nas escolas e em outros espaços sociais. Também é necessária a criação de políticas públicas de enfrentamento em prol da diversidade sexual, bem como facilitar o acesso da população a essas políticas através da disseminação de informações pelos meios de comunicação e a consequente quebra do processo sociocultural de reprodução de estereótipos nocivos à mulher.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de et al. Sistema Penal e Violência de Gênero: análise sócio-jurídica da Lei 11.340/06. 2008. **Sociedade e Estado**. Brasília. UnB, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69922008000100005&script=sci_abstract&tln-g=pt. Acesso em: 18 jun. 2019.

BAGAGLI, Beatriz Pagliarini. **Discursos transfeministas e feministas radicais: disputas pela significação da mulher no feminismo**. 2019. Tese de Doutorado. [sn].

BALESTERO, Gabriela Soares. O direito à diversidade sexual no Brasil e os efeitos violentos do descaso do poder legislativo federal. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 11, n. 123, p. 05-16. 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/12331>. Acesso em: 26 jul. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 09, março/abril/maio, 2007.

BIZAWU, Sébastien Kiwonghi; FÉLIX, Ynes da Silva; RAMALHO, Antônio Germano. **Direitos e Garantias Fundamentais III**. 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/27ixgmd9/02nrm8x3/61C8RGTEP9Uv5Rkn.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. 11 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BOZZA, Fábio da Silva. **Populismo e Direito Penal Simbólico**. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/populismo-e-direito-penal-simbolico/>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRANDALISE, Camila. **Estupro corretivo: entenda o crime de violência sexual contra lésbicas**. 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/02/04/estupro-corretivo.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. **Lei Maria da Penha (2006)**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e fa-

e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 2006.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara nº 122 de 2006. PLS nº 122/2006.** Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 191 de 2017 (do Senado Federal).** PLS nº 191/2017. Dispõe sobre a alteração da Lei Maria da Penha, para estabelecer que independe da identidade de gênero a garantia de direitos à mulher. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129598>. Acesso em 07 abr. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5003/2001. PL nº 5003/2001.** Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>. Acesso em: 30 jul. 2019.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Direitos Humanos. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil:** ano de 2012. Brasília, DF; 2012

GGB, Grupo Gay da Bahia. **Tabela geral de assassinados de homossexuais no Brasil,** 2010. 5p. Disponível em: <https://goo.gl/2nuSjU>. Acesso em: 02 fev. 2019.

BRAZILIENSE, Correio. **Moraes: ao julgar criminalização da homofobia, STF não está legislando.** 2019. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/05/31/interna_politica,759204/moraes-ao-julgar-criminalizacao-da-homofobia-stf-nao-esta-legislando.shtml. Acesso em: 29 ago. 2019.

BEAUVOIR, S. **O segundo sexo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BUENO, Samira; DE LIMA, Renato Sérgio. **Dados de violência contra a mulher são a evidência da desigualdade de gênero no Brasil.** 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/03/08/dados-de-violencia-contra-a-mulher-sao-a-evidencia-da-desigualdade-de-genero-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 23 maio. 2019.

BUNCH, C. Hacia una revisión de los Derechos Humanos. In: BUNSTER, X.; ENLOE, C.; RODRIGUES, R. (Org.). La mujer ausente: derechos humanos en el mundo. Santiago: **Isis Internacional**, 1991.

CABRAL, Marcelo Augusto; BERNARDES, Giuliana Tereza Neves; SILVA, Luana Cutrim de Araújo. **A Lei Maria da Penha e os transgêneros:** A jurisprudência abrangente do art. 5º da Lei 11.340/06. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69584/a-lei-maria-da-penha-e>

nha-e-os-transgeneros/2. Acesso em: 07 abr. 2019.

COUTO, Maria Claudia Girotto do. **Lei Maria da Penha e princípio da subsidiariedade: diálogo entre um direito penal mínimo e as demandas de proteção contra a violência de gênero no Brasil.** 2016. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-18112016-163414/fr.php>. Acesso em: 26 jun. 2019.

CUNHA, Thaís. **Brasil lidera ranking mundial de assassinatos de transexuais.** 2018. Disponível em: <http://especiais.correiobraziliense.com.br/brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-de-transexuais>. Acesso em: 05 abr. 2019.

DE JESUS, Jaqueline Gomes. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. **Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião**, v. 2, p. 42, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Homofobia é crime?**. 2012. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/artigos.php?cat=&subcat=&termobusca=&ordem=alf&pagina=15>. Acesso em: 25 out. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **O Papel do Machismo e do Patriarcado na Violência contra a Mulher.** Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** 3 ed. São Paulo: RT, 2012.

DOS ANJOS, Fernando Vernice. **Direito penal simbólico e lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** 2006. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/197-167-Outubro-2006. Acesso em: 07 abr. 2019.

DOS SANTOS, Alexandre Candeia; SANTANA, Jaqueline Rosário; DO NASCIMENTO PEREIRA, Marla Luryan. **O fenômeno do direito penal simbólico: das mobilizações sociais às suas derivações.** 2018. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/o-fenomeno-do-direito-penal-simbolico-das-mobilizacoes-sociais-suas-derivacoes>. Acesso em: 18 jun. 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/atlas-da-violencia/>. Acesso em: 20 set. 2021.

FLORIANO, Misraíne Marinho; DE FREITAS JUNIOR, Pedro Otávio. O ativismo do STF x a função da Suprema Corte. **Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas**, v. 2, n. 2, p. 44-68. 2019. Disponível em: <https://unig.edu.br/revistas/index.php/RevJurSoc/article/view/218>. Acesso em 29 ago. 2019.

GINDRI, Eduarda Toscani; DE NARDIN BUDÓ, Marília. A função simbólica do direito penal e sua apropriação pelo movimento feminista no discurso de combate à violência contra a mulher. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 19, n. 19, p. 236-268. 2015. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/651>. Acesso em: 21 jun. 2019.

GONÇALVES, Luiz Carlos. **Direito Penal: a criminalização da homofobia como for-**

ma de proteção de direitos fundamentais. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/07/03/direito-penal-a-criminalizacao-da-homofobia-como-forma-de-protacao-de-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 27 out. 2019.

GLOBO. **Comissão do Senado aprova projeto que estende Lei Maria da Penha a transexuais**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/05/22/comissao-do-senado-aprova-projeto-que-estende-lei-maria-da-penha-a-transexuais.ghtml>. Acesso em: 07 abr. 2019.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Ataques à Identidade de Gênero e Identidade de Gênero. Human Rights Watch World Report 2017**. Nova Iorque: Human Rights Watch.

INCOTT, Paulo. **Quão simbólico pode ser o Direito Penal?**. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/quao-simbolico-pode-ser-o-direito-penal/>. Acesso em: 02 jun. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE TRANSMASCULINO. **Violência contra pessoas trans no Brasil: Um problema grave e generalizado**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Transmasculino, 2021.

IOTTI, Paulo. **Maioria histórica do STF considera homotransfobia como crime de racismo**. Respostas às críticas. 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/05/27/maioria-historica-do-stf-considera-homotransfobia-como-crime-de-racismo-respostas-a-criticas/>. Acesso em: 29 ago. 2019.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. 2012. Disponível em: <http://www.diversidadessexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>. Acesso em 05 abr. 2019.

JÚNIOR, Joaquim Leitão; DA SILVA, Raphael Zanon. **Impactos jurídicos da Lei nº 13.641/2018 e o novo crime de desobediência de medidas protetivas**. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278510,91041-Impactos+juridicos+da+Lei+n+136412018+e+o+novo+crime+de+desobediencia>. Acesso em: 18 jun. 2019.

JURÍDICO, Meu site. **O que se entende por “Direito Penal simbólico?”**. 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/10/16/o-que-se-entende-por-direito-penal-simbolico/>. Acesso em: 02 jun. 2019.

KERSTENETZKY, Maíra Souto Maior. **Direito penal simbólico: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático**. 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12216. Acesso em: 02 jun. 2019.

LIMA, Maria Cecília de Souza. **A Lei Maria da Penha e a violência contra a mulher transgênero e transexual**. Editora Cortez, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

Monitor da violência. 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/18/brasil-registra-queda-de-25percent-nos-assassinatos-nos-dois-primeiros-meses-do-ano.ghtml>. Acesso em: 02 jun. 2019.

MPF. **Homofobia deve ser julgada como crime de racismo, diz PGR.** 2015. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/homofobia-deve-ser-julgada-como-crime-de-racismo-diz-pgr>. Acesso em: 27 out. 2019.

NASCIMENTO DOS SANTOS, T.; PINHEIRO DE ARAUJO, B.; ROCHA RABELLO, L. Percepções de lésbicas e não-lésbicas sobre a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha em casos de lesbofobia intrafamiliar e doméstica. **Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 8, n. 11, 11. 2014. Disponível em: periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/6545. Acesso em: 27 maio. 2019.

NETO, Júlio Gomes Duarte. **O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal.** 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista%20artigos_leitura&artigo_id=6154. Acesso em: 02 jun. 2019.

OAB. **Comissão lança cartilha com direitos e lutas da população LGBTI no dia do orgulho de ser.** 2018. Disponível em: <http://oabce.org.br/2018/06/comissao-lanca-cartilha-com-direitos-e-lutas-da-populacao-lgbti-no-dia-do-orgulho-de-ser/>. Acesso em: 25 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração sobre a eliminação da discriminação contra as mulheres.** [S.l.]: ONU Mulheres, 1967. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/>. Acesso em: 21 jan. 2021.

PBAGORA. **Delegacia de repressão a crimes homofóbicos em João Pessoa é referência no país.** 2016. Disponível em: <https://www.pbagora.com.br/noticia/policial/delegacia-de-repressao-a-crimes-homofobicos-em-joao-pessoa-e-referencia-no-pais/>. Acesso em: 21 out. 2019.

PEREIRA, Nieissa. **A Lei Maria Da Penha pode ser aplicada para mulheres transexuais, de acordo com o STJ.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-lei-maria-da-penha-pode-ser-aplicada-para-mulheres-transexuais-de-acordo-com-o-stj/1450205807>. Acesso em: 14 jul. 2023.

RAVENNA, Monyse. **Ano após ano, Brasil segue na lista dos países que mais mata LGBT's.** 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/06/28/editorial-or-ano-apos-ano-brasil-segue-na-lista-dos-paises-que-mais-mata-lgbts/>. Acesso em: 21 out. 2019.

RICHTER, André. **Supremo decide criminalizar homofobia como forma de racismo.** 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-06/supremo-decide-criminalizar-homofobia-como-forma-de-racismo>. Acesso em: 29 ago. 2019.

SAMPAIO, L.L.P.; COELHO, M.T.Á.D. Transsexuality: psychological characteristics and new demands on the healthcare sector. **Interface - Comunic., Saude, Educ.**, v.16, n.42,p.637-49, jul./set. 2012.

SARDENBERG, Cecilia; TAVARES, Márcia S. **Violência de gênero contra mulheres:** suas

diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento. EDUFBA, 2016.

SILVA, Daniel Neves. **O que é feminismo?**. 2017. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-e-feminismo.htm>. Acesso em 21 out. 2019.

SILVA, Diogo Bacha e; MELO FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 60, n. 2, p. 177-207, abr. 2015. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://www.revistas.ufpr.br/direito/article/view/38641/26050>. Acesso em: 26 jul. 2019.

SILVA, Diogo Bacha e; MELO FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo. **STF deve reconhecer demora do Congresso em criminalizar homofobia**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-05/stf-reconhecer-demora-congresso-criminalizar-homofobia>. Acesso em: 29 ago. 2019.

SOARES PARENTE, Jeanderson; LIRA DOS SANTOS MOREIRA, Felice Teles; ALENCAR ALBUQUERQUE, Grayce. Violência física contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais no interior do nordeste brasileiro. **Revista de Salud Pública**, v. 20, n. 4, pp. 445-452. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.15446/rsap.V20n4.62942>. Acesso em: 27 maio. 2019.

SORJ, Bila. A Revista Estudos Feministas e as políticas públicas: qual relação?. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 16, n. 1, p. 129-130, Apr. 2008. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000100013&lng=en&nrm=iso>. access on 18 Jan. 2021. <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000100013>.

STF. **Plenário do STF retoma julgamento sobre omissão legislativa em criminalizar atos de homofobia**. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403970>. Acesso em: 29 ago. 2019.

TALON, Evinis. **O Direito Penal simbólico**. 2018. Disponível em: <https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/538549101/o-direito-penal-simbolico>. Acesso em: 02 jun. 2019.

UOL. **“Não é pelo fato de ser gay que devo ser atacado”, diz homem agredido com ácido**. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/05/18/nao-e-pelo-fato-de-ser-gay-que-devo-ser-atacado-diz-vitima-de-agressao-com-acido.htm>. Acesso em: 01 jun. 2019.

UOL. **Senado aprova extensão da Lei Maria da Penha para mulheres transgênero e transexuais**. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/senado-aprova-extensao-da-lei-maria-da-penha-para-mulheres-transgeneras-e-transexuais.shtml>. Acesso em: 07 abr. 2019.

VALENTE, Fernanda. **Não cabe ao Supremo criminalizar a homofobia, diz Advogado Criminalista**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/nao-cabe-supremo-criminalizar-homofobia-criminalista>. Acesso em: 29 ago. 2019.

ACESSO À JUSTIÇA: DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS E DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA

ACCESS TO JUSTICE: DEJUDICIALIZATION OF CONFLICTS AND DEMOCRATIZATION OF JUSTICE

Maria Fernanda Soares Melo

Estudante de Direito na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB).

Giovanna Luiza Santos Costa

Estudante de Direito na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB).

Maria Clara Carvalho Sá

Estudante de Direito na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB).

Mariana Marques dos Santos

Estudante de Direito na Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR).

Itamar Pereira de Aguiar

Mestrado e Doutorado em Ciências Sociais (PUC São Paulo); Pós-doutorado em Ciências Sociais (UNESP, Campus de Marília – SP); e Professor Pleno da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia.

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de estudar como o fenômeno do acesso à justiça se formou, observando o período pós constituinte de 1988, cuja Constituição promulgada garantiu tal condição aos cidadãos brasileiros, também pretende analisar os diversos desafios que esse acesso ainda encontra para a sua solidificação. Sendo esses entraves encontrados nas esferas: financeira, operacional, psicológica e moral. A qual podem ser vivenciados, por exemplo, pela ausência de recursos financeiros, pelas dificuldades de acesso a área cibernética, pelo formalismo jurídico, burocratização do processo, pelo desconhecimento dos seus direitos e pela descredibilidade nas decisões judiciais. Além disso, foi possível observar as deficiências do fenômeno do acesso à justiça, mas também o estudo dos avanços que propiciaram a efetiva solução de muitos conflitos entre cidadãos de forma eficiente e rápida, como os cartórios extrajudiciais, os métodos de Mediação e Conciliação e os Juizados Especiais promovidos pela Lei 9.099 de 1995. Dessa maneira, foi realizado um estudo de natureza qualitativa e método descritivo, documental e bibliográfico, a partir da coleta de dados de livros, artigos e revistas jurídicas.

Palavras-chaves: Desafios para o acesso à justiça. Desjudicialização dos conflitos. Esfera extrajudicial.

Abstract: This article aims to study how the phenomenon of access to justice was formed, observing the post-constituent period of 1988, whose Constitution enacted guaranteed this condition to Brazilian citizens, also intends to analyze the various challenges that this access still faces for its solidification. These obstacles are found in the spheres: financial, operational, psychological and moral. Which can be experienced, for example, by the lack of financial resources, difficulties in accessing the cybernetic area, legal formalism, bureaucratization of the process, lack of knowledge of their rights and discredit in court decisions. In addition, it was possible to observe the deficiencies of the phenomenon of access to justice, but also the study of the advances that provided the effective solution of many conflicts between citizens in an efficient and fast way, such as extrajudicial notary offices, methods of Mediation and Conciliation and the Special Courts promoted by Law 9099 of 1995. Thus, a qualitative study was carried out using a descriptive, documental and bibliographical method, based on the collection of data from books, articles and

legal journals.

Keywords: *Challenges for access to justice. Desjudicialization of conflicts. Extrajudicial area.*

Sumário: 1 Introdução - 2 Construção histórica para o acesso e democratização da justiça - 3 Desafios para o acesso à justiça: 3.1 Linguagem Jurídica. 3.2 Desconhecimento de direitos. 3.3 Dificuldade de acesso na esfera cibernética. 3.4 Infraestrutura judiciária - 4 Desjudicialização dos conflitos a partir da esfera extrajudicial: 4.1 Cartórios Extrajudiciais. 4.2 Mediação e Conciliação. 4.3 Juizados Especiais - 5 Considerações Finais - Referências.

1 INTRODUÇÃO

O tema se atém ao fenômeno da desjudicialização como possibilidade de conceder às partes o domínio sobre a resolução de suas demandas, sob determinados requisitos, e a relação com o acesso à justiça, princípio constitucional assegurado aos cidadãos, previsto no artigo 5º, inciso XXXV* da Constituição Federal de 1988.

Tendo em vista a relevância, por caracterizar um avanço na resolução de conflitos e novos modos de acesso à justiça, ocupou-se em estudar as minúcias do conteúdo, a fim de apresentar e analisar os atuais desafios para a concretização deste direito social fundamental, e propor providências.

O objeto de estudo se ocupa em analisar historicamente, a partir das promulgações das Constituições brasileiras, o processo de acesso e democratização da justiça, que nem sempre foi um direito previsto em legislação, tampouco garantido. Passando, portanto, por um árduo período para concepção e efetiva tutela, tendo em vista que o País, mesmo com sua independência em 1822, sofreu por longos anos os resquícios do regime escravocrata, o qual representou um grande violador de direitos.

Em sequência, avalia os desafios para o acesso à justiça e a viabilidade da desjudicialização, pontuando sua subdivisão em esferas de cunho financeiro, operacional, psicológica e moral, como entraves para o alcance a esse direito, os quais, especificamente, podem ser traduzidos em dificuldades pela ausência de recursos financeiros das partes, contato precário e reduzido com a área cibernética, excesso de formalismo jurídico, burocratização do processo, desconhecimento de direitos e outros.

Todavia, o estudo não se atém apenas às debilidades, mas, também, aos avanços que propiciaram a efetiva solução de muitos conflitos entre cidadãos, melhorias no ordenamento jurídico e gradativo desafogamento do judiciário. Nesse contexto, é citado a desjudicialização dos conflitos e amplo acesso à justiça através da esfera extrajudicial, no que tange a cartórios extrajudiciais, os métodos de Mediação e Conciliação e os Juizados Especiais promovidos pela Lei 9.099 de 1995.

A pesquisa possui natureza qualitativa, com ênfase nos aspectos subjetivos dos desafios ao Acesso à Justiça no Brasil. Deste modo, teve como base pesquisas bibliográficas de artigos científicos e livros sobre o tema, desenvolvendo leituras críticas e exploratórias dos textos de profissionais da área do Direito e disciplinas equivalentes. Destarte, o estudo terá caráter essencialmente qualitativo, com ênfase na observação e estudo documental, ao mesmo tempo que foi necessário o cruzamento dos levantamentos com toda a pesquisa bibliográfica já feita.

* Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

2 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA PARA O ACESSO E DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA.

O artigo 5º, inciso XXXV, consolida a garantia do acesso à justiça para os cidadãos brasileiros. Entretanto, essa não foi a realidade ao longo de toda a história do País, havendo uma longa senda para a solidificação dessa garantia.

De acordo com estudos do jurista Carneiro (1999), no período colonial brasileiro, havia a disponibilidade de um defensor para os indivíduos mais pobres, assim como, a atenção à paridade de armas.

Apesar disso, essa temática era pouco abordada pela legislação daquela época. Diante da realidade coletivamente enfrentada, mesmo com indícios de aspectos sociais na Constituição de 1824 e disposições sobre os direitos políticos, a garantia à justiça não era de fato efetivada. Michel Faria de Souza relatou em seu artigo sobre a história do acesso à justiça no Brasil que:

Com a independência do Brasil em 1822 e a promulgação de sua primeira constituição em 1824, podemos encontrar alguma legislação com cunho social, mas ainda era muito cedo para se falar em acesso à justiça em um país alicerçado em um regime escravocrata recém-saído das amarras do sistema colonial (SOUZA, 2016, s/n).

Somente a partir da Constituição de 1934, houve disposição expressa da prerrogativa da assistência judiciária, determinando, inclusive, a criação de órgãos específicos para essa finalidade e resguardando a isenção do pagamento de custas processuais. Dessa forma, pela influência da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, atentou-se aos direitos sociais e inaugurou o instituto da Ação Popular.

Pode-se perceber, então, os indícios de origem das Defensorias Públicas e do instituto da gratuidade da justiça. Porém, apesar desse grande avanço, a Constituição de 1937, inspirada nos modelos fascistas europeus, afastou importantes princípios constitucionais, o que ocasionou na diminuição do acesso à justiça outrora alcançado.

Entretanto, após o período ditatorial sofrido na Era Vargas, a Carta Magna de 1946 destacou-se pelo liberalismo e autonomia política e administrativa dos estados. Nesse contexto, prezou pelos direitos individuais e sociais e buscou o fortalecimento do Estado dito Democrático de Direito. Apesar disso, algum tempo depois, o Brasil enfrentou um novo regime ditatorial, o golpe civil militar realizado em 1964, o qual estabeleceu Atos Institucionais de caráter autoritário, que aos poucos levaram à invalidação dos direitos conquistados.

O AI-5, conhecido como uma das mais tenebrosas medidas do Regime Militar, limitou o direito de ação apenas permitindo a apreciação de méritos que estivessem em concordância com esse ato e restringiu a utilização do *habeas corpus* para crimes políticos, contra a segurança nacional e a ordem econômica e social. Desse modo, mais uma vez, o acesso à justiça foi afastado da sociedade brasileira, que se encontrou desamparada judicialmente para coibir as ações despóticas do governo. Assim, a Constituição de 1967 institucionalizou a ditadura, por meio da concessão de amplos poderes às forças armadas.

Em 1988, foi publicada a Constituição Cidadã, Carta Magna da redemocratização, a qual teve como foco os direitos individuais, sociais e fundamentais. Ela foi base para a consolidação do Estado dito republicano e da cidadania. Portanto, é considerada democrática e liberal, estabelecendo diversas responsabilidades assistenciais e econômicas ao Estado. Diante disso, foi imprescindível para o acesso à justiça, uma vez que garantiu o direito de ação pelo devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Além disso, garantiu a assistência jurídica gratuita e realizável aos economicamente des-

favorecidos, com a criação das Defensorias Públicas e dos Juizados Especiais, os quais solucionam conflitos de maneira célere e eficiente. Sendo assim, a Ministra Cármen Lúcia (2022), do STF, esclareceu que “a Constituição de 1988 pôs a cidadania no centro da política da República: ela começa pelo ser humano, porque é por ele e para ele que o direito se põe. Cumpri-la é assegurar que as conquistas da humanidade sejam contínuas, serias e exequíveis”.

De maneira semelhante se deu a concepção do Código de Processo Civil de 2015, em que logo no seu primeiro artigo esclarece que é ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas fundamentais da Constituição Federal.

Por conseguinte, em consonância com a legislação constitucional, procedeu no estabelecimento de normas direcionadas ao acesso à justiça, a partir da reiteração dos princípios da igualdade processual e da eficiência, da possibilidade de autocomposição e do incentivo à desjudicialização, através da mediação e da arbitragem.

3 DESAFIOS PARA O ACESSO À JUSTIÇA

Na década de 90, o Brasil passou por um movimento de neoliberalismo processual, que resultou na lotação do judiciário e, na tentativa de manejar o problema, o processo foi marcado por uma série de medidas prejudiciais para o acesso à justiça, como por exemplo, a criação de máquinas de acórdãos e sentenças. Dessa maneira, transformou os profissionais da esfera judiciária em operadores do direito.

Além disso, houve o esvaziamento do papel formador das decisões, com a aplicação em larga escala de soluções coletivas de conflitos e, assim, uma máxima sumarização do processo. Somado a isso, o alto índice de ativismo judicial permeou o judiciário. Essas questões processuais afetaram o sistema judiciário brasileiro, fato que contribui para que o acesso à justiça ainda possua entraves que dificultam sua efetivação na sociedade brasileira.

Em primeira análise, é válido ressaltar que o acesso à justiça não se resume apenas à precariedade no acesso ao judiciário e suas instituições, mas está também ligada à inviabilidade de valores e direitos fundamentais para os humanos, não restritos ao âmbito judiciário processual. Ou seja, seus principais entraves podem ser divididos em quatro esferas: a financeira; a operacional; a psicológica; e a moral.

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, 1988, p. 416).

Entre os aspectos financeiros que prejudicam o efetivo acesso à justiça no Brasil, destacam-se os altos custos para gerir os processos. Essa problemática é um fato constante que atinge, principalmente, as classes menos favorecidas financeiramente, que se deparam com custos elevados de honorários periciais, honorários de advogado, pagamento de custas judiciais, produção de provas e estadia de testemunhas, entre outros.

Ademais, outro fator econômico importante que interfere diretamente nessa questão, é o desaparecimento do Poder Judiciário, pois a insuficiência material implica na perda da qualidade de trabalho de seus serventuários (OLIVEIRA, 2016).

Além disso, a dificuldade de acesso à esfera cibernética, também, pode ser considerada um problema de caráter financeiro que influencia na falta de acesso à justiça no país. Tais fatores aliam-se devido ao alto índice de pessoas desprovidas de internet, por não possuírem renda para adquiri-la. Segundo dados do IBGE (2021), cerca de 7,8 milhões de famílias brasileiras ain-

da permaneciam sem conexão à rede em casa e, tendo em vista que a chamada “justiça digital” tem crescido de forma significativa no país, logo “excluídos digitais” também estariam sendo privados do acesso à justiça.

Em relação à esfera operacional, há problemas diretamente ligados ao alto grau de formalismo jurídico no Brasil. Isso contribui para a existência de inúmeros atos que são considerados dispensáveis ou unicamente burocráticos, fato que prolonga e dificulta a conclusão dos processos e causa descrença nas partes com relação à garantia dos direitos.

Nesse sentido, Oliveira (2016) disserta a respeito de assunto, quando diz que a estrutura organizacional do Judiciário é burocrática e hermética para o povo em geral. Uma vez que “O número excessivo de recursos, o excesso de feitos, a falta de adoção da tecnologia da informação, e a adoção do formalismo exagerado são alguns dos motivos que geram a demora na conclusão do processo” (OLIVEIRA, 2016, p. 9).

Já em relação ao aspecto psicológico enfrentado no Brasil, é o desconhecimento de grande parte da população em relação aos seus direitos. Como exemplo disso, dados de um estudo desenvolvido pela Boa Vista SCPC (2018), sobre hábitos de consumo, apontam que 67% dos brasileiros conhecem apenas um pouco ou não conhecem nada dos seus direitos enquanto consumidores. Cominado a isso é possível notar o caráter extremamente formal e intimidatório do Poder Judiciário.

[...] pressões psicológicas como caráter intimidatório nas salas de audiências e de seus respectivos juízes, além da exigência de certos tipos de vestuário para ingresso em fóruns e tribunais, acaba por confirmar ao cidadão comum que aquele espaço onde mora a Justiça não será nunca o lugar em que ele vá reivindicar seus direitos com a desenvoltura necessária (OLIVEIRA, 2016, p. 10).

Outrossim, sob o aspecto moral, muitos cidadãos estão desacreditados junto ao Judiciário Brasileiro, devido a cultura da corrupção presente no país, em que muitos juízes recebem propinas e influenciam de forma direta no resultado do processo (OLIVEIRA, 2016).

Em síntese, o acesso à justiça no Brasil, apesar de garantido por Lei, ainda enfrenta desafios para o seu pleno exercício. Entre eles, estão os das esferas financeira, operacional, psicológica e da moral, vivenciados, por exemplo, pela ausência de recursos financeiros, pelas dificuldades de acesso a área cibernética, pelo formalismo jurídico e burocratização do processo, pelo desconhecimento dos seus direitos, pela intimidação das pessoas e pelo descrédito nas decisões judiciais.

3.1 LINGUAGEM JURÍDICA

O escritor Fernando Pessoa (1999), disse que: “a linguagem fez-se para que nos sirvamos dela, não para que sirvamos a ela”. Desse modo, a linguagem deve ser um método de comunicação, transmissão de pensamentos e conhecimentos. Nesse sentido, Barthes (1977), a definiu como uma pele, por meio da qual seria possível entrar em contato com os outros.

Sendo assim, a linguagem jurídica deve ter como seu intuito a comunicação com os detentores de direitos e deveres, a sociedade, assim como, com os julgadores e as partes processuais. É por meio dos vocábulos que o bom jurista deverá defender a sua tese para atingir a justiça.

Por isso, as palavras encontram grande importância no Direito e, para Nunes (2006), o direito e a palavra se confundem, uma vez que é por meio da linguagem escrita e falada que os conhecimentos doutrinários são absorvidos; que os pronunciamentos judiciais são publicados

na imprensa oficial e os atos e termos processuais são realizados.

Assim, Luciana Helena Palermo de Almeida Guimarães esclarece: “Na área do Direito, escrever corretamente assume valores maiores que em outros setores da sociedade [...], no campo jurídico, tal transmissão precisa ser perfeita para alcançar seus objetivos, obter Justiça” (GUIMARÃES, 2012, p. 2).

Entretanto, o linguajar utilizado pelos profissionais do Direito, e até pela própria legislação, é falho em promover uma comunicação efetiva e, por sua vez, o acesso à justiça. O chamado “juridiquês” é definido por Arrudão, como o “uso de um português arrevesado, palavreiro cheio de raciocínio labiríntico e expressões pedantes” (ARRUDÃO, 2007). Por conseguinte, a área forense possui uma linguagem própria, com arcaísmos característicos da sua origem no Direito Romano Antigo e utilização de expressões em latim.

O amplo uso do latim nos procedimentos jurídicos, doutrinas e até mesmo entre os universitários das ciências jurídicas demonstra, além do agarramento ao tradicionalismo e à herança linguística, necessidade de mostrar que possui abundante conhecimento e cultura, por meio de uma linguagem erudita. Todavia, não raramente esses mesmos juristas cometem equívocos na utilização das expressões latinas, seja na sua concordância ou na sua grafia.

Além disso, as narrativas legislativas com frequência causam estranhamento aos próprios estudiosos do campo. Gérman Bidart Campos reiterou esse entendimento ao alegar que:

[...] há normas tão complicadas, tão mal redigidas, tão confusas, de tanta exuberância regulamentarista, de técnica tão deficiente, que até os especialistas da mais alta qualidade e perícia quebram a cabeça para entender o que o autor quis dizer. Como então querer que o comum das pessoas as conheça, as compreenda e as cumpra! (CAMPOS *apud* CÓRCOVA, 1998, p. 37).

Dessa forma, fica evidente a dificuldades até mesmo aos universitários que adentram no curso do Direito e profissionais atuantes na área em entender algumas normas por conta da falta de coesão na linguagem jurídica, conseqüentemente, é ilógico presumir que a coletividade conseguiria compreender sem grandes desafios o que a comunicação jurídica pretende transferir.

Sendo, então, a comunicação jurídica uma barreira “opaca” distância às normas das partes do processo, a qual “impossibilita aquele último de absorver do primeiro os seus conteúdos e sentidos, entender os seus processos e instrumentos, tornando-o, por isso, incapaz de dele se beneficiar como seria esperado. Existe, pois, uma opacidade do jurídico” (CÁRCOVA, 1998, p. 14).

Em ocasião dessa opacidade jurídica, da impossibilidade de se enxergar através dos discursos e das letras dispostas na lei, o acesso à justiça e a democratização do Direito se torna irrealizável em um País com 11 milhões de analfabetos (IBGE, 2020) e com uma larga escala de pessoas em situação de hipossuficiência. Dessa maneira, para que haja utilidade dos direitos e cumprimento efetivo da legislação é necessário a assimilação pela população.

Por fim, insta salientar que o que se pede não é a banalização do Direito ou da linguagem jurídica, mas, a difusão de aprendizado, por meio de uma linguagem prática, transparente e direta, praticável por qualquer indivíduo, sem pedantismo ou formalismos desnecessários para a verdadeira concretização da justiça, haja vista que “mesmo que Direito e linguagem formem um par indissociável, não é fácil aceitar que a linguagem seja um elemento que distancie o cidadão comum do Direito” (GUIMARÃES, 2012, p. 181).

3.2 DESCONHECIMENTO DE DIREITOS

O Art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Ou seja, o Estado Juiz não permite a alegação de desconhecimento da lei pelo infrator como justificativa para que a pena não seja aplicada. Entretanto há, no Brasil, um alto índice de desinformação jurídica por parte da população.

A situação de miséria, despreparo e carência de milhões de brasileiros torna injusta e antidemocrática a norma do art. 3º da nossa Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece (SILVA, 2006, p. 16).

Em primeira análise, é importante apontar que existem vários fatores que causaram esse alto índice de desconhecimento jurídico no país. A forma como a população foi colonizada, em que a maioria das pessoas estavam submetidas à catequização da Igreja Católica, restringindo, assim, a expressão de seus próprios pensamentos. A partir desse fator histórico, vários momentos da história do país foram marcados por uma hierarquização do conhecimento das Leis, em que apenas a elite era detentora de informações jurídicas. Devido a isso, o desconhecimento jurídico por parte da sociedade ainda é uma realidade presente no Brasil.

Além dos fatores históricos, há outras causas que contribuem para o processo de desinformação, entre elas, a internet, que apesar dos diversos benefícios que traz para o homem em relação ao conhecimento de seus direitos, como maior facilidade de busca por informações e pesquisas com conteúdo variado, além dos *hiperlinks*, conexões intertextuais que possibilitam ainda mais a construção do aprendizado dos direitos constitucionais, porém a internet traz também uma série de desvantagens.

Pesquisar na WWW é ao mesmo tempo se encontrar nas multiplicidades e se perder; é avançar e recuar o tempo todo; é não mais separar e ao mesmo tempo, com todas as forças tentar distinguir; é o ilimitado e o limitado que tentam se manifestar e se confundem [...] (LEÃO, 1999, p. 25).

Ou seja, segundo Leão (1999), a hiper informação promovida pela internet pode gerar confusão para os leitores. Isso se dá porque a rapidez na obtenção de informações faz com que não haja uma seleção de quais são realmente verdadeiras e quais são falsas, além disso, nem todos os dados possuem fonte segura, devido à crescente produção de *Fake News*.

Por fim, os problemas não se encontram apenas nas causas, mas estão presentes, principalmente, nas consequências do desconhecimento desses direitos para a sociedade, entre eles, prejuízos sociais e políticos. Sendo importante destacar que a plena cidadania consiste no exercício de seus direitos, e no cumprimento dos seus deveres na prática cotidiana.

Aqueles com conhecimento da norma jurídica poderão vir a integrar e participar ativamente na vida política, cumprindo os seus deveres e exigindo respeito de seus direitos, além de se posicionar reflexiva e criticamente frente às formas de injustiça e exclusão por parte daqueles que detém o poder econômico e político. Esses conhecimentos, necessariamente precisam compor a concepção educacional do professor da Educação Básica (SILVA; CHOUCINO; MACHADO, 2019 *apud* SCZIMINSKI, 2015).

Portanto, ao desconhecerem seus direitos e seus deveres, estão sendo privados, assim, do pleno exercício de sua cidadania e tal fato é agravante para a problemática a respeito da falta de acesso à justiça no país.

3.3 DIFICULDADE DE ACESSO NA ESFERA CIBERNÉTICA

O poder judiciário brasileiro vem a alguns anos implementando medidas que envolvam a tecnologia para a promoção do acesso à justiça, como os processos eletrônicos e a Lei nº 11.419/2006 que dispõe sobre a informatização judicial.

Porém, após a pandemia do Covid-19, o sistema judiciário foi obrigado a promover mudanças mais rápidas para dar continuidade às ações litigiosas num momento em que não poderia se ter contato humano. Conforme foi apontado por IWAKURA e VIANA (2022):

Há cinco anos seria uma heresia falar em audiências virtuais ou em juízos 100% digitais no Brasil. Não se imaginava que a tecnologia pudesse ser utilizada como instrumento de realização da justiça. Hoje, após um ano de vida pandêmica, a realidade é bastante diferente. Dos juizados de pequenas causas ao Supremo Tribunal Federal, diversos órgãos jurisdicionais se encontram em movimento de virtualização [...] (IWAKURA; VIANA, 2022, p. 141).

Nesse sentido, a justiça itinerante tem sido uma ferramenta capaz de proporcionar o acesso à justiça às populações em situação de maior vulnerabilidade, como a dificuldade do acesso por residirem em locais de grande distância das sedes de Comarca e de difícil acesso (BONFADA *et al*, 2022, p. 10).

Além disso, o emprego da tecnologia no sistema de justiça promete corrigir entraves e amplificar o acesso daqueles que estão alijados do sistema: em razão dos altos custos, da ausência de advogado e do desconhecimento do direito.

Dessa maneira, percebe-se a tecnologia como uma forma de amplificação de acesso à justiça, e pode trazer como consequência a redução do número de demandas, isso porque, a preocupação com o acesso à justiça, tem-se voltado quase que exclusivamente ao argumento do aumento do número de processos a serem resolvidos pelo judiciário. Pouco importando “quem são” ou como se dá o acesso das pessoas que procuram pela resolução das suas controvérsias no sistema de justiça nacional (NUNES; PAOLINELLI, 2021, p. 3).

Sendo o objetivo dos tribunais, a partir de uma lógica neoliberal, que se deve estruturar mecanismos para a resolução do maior número de demandas, de qualquer maneira e a qualquer custo.

Porém, ao analisarmos a dimensão continental do Brasil, fica evidente que o que acontece na prática, não é a mesma do que foi previsto nos decretos de instauração da resolução de conflitos digitalmente. Já que ao observarmos os dados da AGÊNCIA BRASIL (2022), o país ainda contabiliza 35,5 milhões de pessoas sem acesso à internet e o número de domicílios das classes B, C, D e E com computadores diminuíram no mesmo período*.

Dessa forma, somente será possível falar em um efetivo acesso à justiça após a implementação de políticas públicas para atender todos os jurisdicionados, dentre elas, a inclusão judicial, ato indispensável para a efetivação do direito ao acesso à justiça no cenário das novas tecnologias (IWAKURA; VIANA, 2022).

Nesse sentido, TEIXEIRA *et al.* (2022), conceitua inclusão digital, como:

[...] A inclusão digital vai além da disponibilização de acesso de computadores e de Internet, sendo também necessário o domínio dessas ferramentas e a concretização do amplo acesso à justiça depende da suplantação da barreira das inabilidades digitais para todos, como idosos, mulheres, pessoas de baixa renda etc. A compatibili-

* <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-06/em-2021-82-dos-domicilios-brasileiros-tinham-acesso-internet>

zação com o recurso tecnológico do público-alvo pode influenciar de maneira significativa a qualidade de uma solução consensual através do uso de aplicativos mais populares, por exemplo (TEIXEIRA *et al.*, 2022, p. 1255).

Ademais, fica claro que é necessário que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), padronize sistemas processuais eletrônicos para o acesso das partes, pois essa divergência de *softwares* acarreta uma resistência cultural dos usuários para o seu manuseio, uma vez que não há uma padronização e um desenho das plataformas e interfaces que permita uma navegação intuitiva (IWAKURA; VIANA, 2022).

Sendo possível essa padronização através do *Legal Designer*, que é uma “técnica hábil a promover um desenho dos sistemas, interfaces, fluxos de trabalho e de toda a arquitetura informacional que seja capaz de colocar o usuário no centro, prezando-se sempre pela ampla acessibilidade a todos os meios e ferramentas disponíveis” (IWAKURA; VIANA, 2022, p. 145). Por conseguinte, uma maneira para o enfrentamento de eventuais barreiras de natureza tecnológica ao acesso à justiça. Porém, deve-se ter cuidado na escolha do *design*, pois esse pode auxiliar ou prejudicar o objetivo pretendido.

Outrossim, a resistência cultural sobre novas práticas, também, é um impedimento para o desenvolvimento e o avanço tecnológico, sem que se constate algum comprometimento da ordem pública ou de direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

No entanto, o interesse público deve prevalecer sobre questões individuais, ainda mais quando ausentes justificativas plausíveis para que se sustentem. Uma vez que dependendo da situação de hipossuficiência econômica do indivíduo, ele sequer teria acesso ao Poder Judiciário se o processo estivesse na forma física, pois o deslocamento, morando bem longe da comarca, envolve custos, perda de tempo, podendo comprometer a sua rotina ou até a sua relação de trabalho (IWAKURA; VIANA, 2022).

Por fim, conclui-se que a inserção da tecnologia para a promoção do acesso à justiça traz muitos benefícios, porém para a real efetivação dessa é necessário que sistema de justiça nacional, em especial ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), levem em conta nas plataformas digitais o analfabetismo digital de boa parcela dos cidadãos brasileiros, bem como as diferenças geracionais e disparidades regionais, sob pena de gerar mais exclusão (NUNES; PAOLINELLI, 2021).

3.4 INFRAESTRUTURA JUDICIÁRIA

A administração pública passou a receber severas críticas na década de 1980, principalmente, logo após a crise do endividamento internacional, fato que veio colocar a reforma do Estado como questão central em países da Europa, nos Estados Unidos e na América Latina (DONATO, 2006). Isso se deu por conta do serviço público que se mostrava incapaz de responder às demandas contemporâneas da sociedade civil. Veja-se:

Devido à má administração das estruturas burocráticas, estas acabaram demonstrando ser impotentes para conter definitivamente o nepotismo e a corrupção. Outras formas de apropriação privada afloraram na administração burocrática, tais como a concessão de subsídios desnecessários por empresários, benefícios especiais para a classe média, funcionários públicos ineficientes ou mesmo inoperantes, mantidos e protegidos por leis e costumes (DONATO, 2006, p. 45).

Dessa maneira, a partir da dissertação de mestrado da autora acima mencionada, é possível notar os motivos de aflição da população sobre o poder Judiciário, como por exemplo,

funcionários públicos ineficientes ou mesmo inoperantes, mantidos e protegidos por leis e costumes, principalmente por conta da estabilidade do cargo.

Além disso, outra questão debatida, sobre a ineficácia do Poder Judiciário e a dificuldade do Acesso à Justiça era a forma de entrada dos juízes para exercer essa carreira, sendo o modelo tecnoburocrático, a qual é uma forma de seleção que ocorre por concurso com o intuito de garantir um melhor nível técnico. No entanto, esse modelo não é eficaz para convocar pessoas críticas e politizadas, ao contrário, são recrutados indivíduos que possuem facilidade em decorar e repetir o saber jurídico.

De acordo, com Valiati, a consequência é “juízes despreparados para lidar com os mais variados e complexos problemas práticos do Direito, o que acaba por assumir uma evidente complicação na área da infraestrutura, diante da alta complexidade que envolve os temas relativos a esta matéria” (VALIATI, 2017, p. 17). Sendo, portanto, necessário outra forma de administrar o Judiciário que encoraje a mudança de mentalidade no meio jurídico.

Outro aspecto evidenciado é a má administração burocrática que deixa de valorizar a prática e a experiência do funcionário, que acaba perdendo, por causa do desestímulo e desvalorização, o espírito de colaboração e cumplicidade ética para o aprimoramento do serviço prestado pela sua instituição, bem como, acaba perdendo, também, a noção de que ele é um dos agentes de transformação no processo democrático. Não se estimula o pensamento de que, se cada um fizer a sua parte, todos contribuirão para que a máquina institucional produza a qualidade desejada (DONATO, 2006, p. 60).

Ademais, a estrutura do Judiciário brasileiro atribui aos seus órgãos superiores sobrecarga de trabalho. As discussões menores, ou seja, de menor complexidade e importância, e as decisões de demandas repetitivas sobrecarregam os tribunais, gerando deficiência da qualidade na prestação jurisdicional das questões nacionais ou constitucionais. Logo, acaba causando a morosidade que é encarada como um dos principais problemas do Judiciário, ofensiva ao ideal de calculabilidade integrante do conteúdo do princípio da segurança jurídica (VALIATI, 2017).

Portanto, se fez necessário o surgimento e a migração de muitos processos para a área extrajudicial, cartórios e outras formas de satisfação das controvérsias, já que a morosidade do sistema judicial trouxe insegurança, quanto ao momento do seu resultado.

4 DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS A PARTIR DA ESFERA EXTRAJUDICIAL

Diante da garantia de apreciação jurisdicional, às lesões ou ameaças a direitos do indivíduo, tem-se uma crescente judicialização de conflitos e uma intensa procura ao Poder Judiciário, como um requisito para a tão sonhada pacificação social.

Contudo, essa desenfreada busca resultou em um excedente número de processos encaminhados ao Judiciário, que culminou em morosidade de decisões, sobrecarga de trabalho a juízes e servidores, tornando, assim, a resolução um resultado distante e dispendioso, e a justiça não necessariamente efetivada.

Nesta conjuntura, manifesta-se o fenômeno da desjudicialização, como meio para diminuir o número de processos no Poder Judiciário e abrandar a cultura litigiosa que se faz presente na sociedade brasileira.

Esse processo inicia-se com a consideração de que o acesso à justiça não se alcança somente com vias judiciais, mas, que também, há outros meios proveitosos, eficazes e céleres que podem ser utilizados pelas partes, a fim de solucionar seus antagonismos e dissensões. Dentre eles, podem ser destacados os Cartórios Extrajudiciais; a Mediação e Conciliação; e os Juizados Especiais.

4.1 CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS

No clamor por uma justiça acessível e a nova concepção do acesso à justiça como que está para além do tradicionalismo judicial e Tribunais, têm-se os Cartórios Extrajudiciais, que apresentam significativa importância no processo de desjudicialização, não somente por gerar uma diminuição do congestionamento processual no Judiciário, mas, principalmente, por reunir características próprias que, podem ser mais adequadas, para resolução de determinadas demandas.

A respeito dessas características, pode ser citado o fácil alcance às Serventias Extrajudiciais, tendo em vista que há instalações desses na maioria das cidades e comarcas dos estados brasileiros. Nos seus funcionamentos, os notários e oficiais de registro possuem fé pública diante dos documentos, o que garante a eles uma função de solucionadores de demandas. Os procedimentos tendem a ser mais rápidos, contando geralmente com etapa de pagamento das custas pelo usuário, análise da documentação, fase de possíveis correções ou apresentação de documentos suplementares e etapa final de registro ou lavratura.

Neste serviço, por exemplo, os Tabeliães de Notas podem vir a evitar litígios, a partir do momento em que prestam orientação na lavratura de contratos e atos que serão realizados, de modo a prevenir possíveis lacunas que podem futuramente ser questionadas judicialmente. Nesse contexto, merece realce a Lei nº 11.441 de 2007 que, regulamentada pela Resolução nº 35 de 2007, do Conselho Nacional de Justiça, possibilitou a realização de inventário, partilha e divórcio, extrajudicialmente, perante essas autoridades. Assim como, a possibilidade de apresentação de ata notarial como meio de prova, prevista no art. 384 do Código de Processo Civil de 2015.

Por sua vez, aos Registradores de Imóveis cabe a garantia da segurança jurídica às partes, em que através do registro constitui publicidade e direito real aos atos, como a celebração da compra e venda. Já os Registradores Cíveis de Pessoas Jurídicas, conferem a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado, a partir do registro de seus estatutos e contratos sociais.

Em consonância, os Registradores de Pessoas Naturais efetivam a existência legal das pessoas físicas, o que é substancial para o exercício da cidadania e, inclusive, celebração de negócios jurídicos. Ademais, os Tabeliães de Protestos que também possuem essencial papel na prevenção de litígios, por possuírem instrumentos coercitivos ao exercerem atribuições de cobrança extrajudicial à inadimplentes, principalmente com o advento da Lei nº 9.492 de 1997, que oportuniza o protesto de títulos decorrentes do descumprimento de obrigações, importante também, o banco de dados relacionados a crédito e débitos que tal Serventia possui.

Portanto, os Cartórios, são cruciais para a efetivação dos direitos e garantia eficiente e estratégica do acesso à justiça. É por reconhecer tal fato que no que tange à legislação e jurisprudência, tem havido crescente desjudicialização procedimental. Neste sentido, reforça a Juíza de Direito no Espírito Santo, Trícia Navarro Xavier Cabral:

As serventias extrajudiciais têm prestado relevante papel na temática da desjudicialização, diante da sua credibilidade, da capilaridade que possuem em um país continental como o Brasil, bem como da dupla fiscalização que sofrem (CNJ e Corregedoria do TJ). Há cidades que possuem Cartório e não contam com uma sede do Poder Judiciário. Importante ressaltar o Provimento 67/2018, da Corregedoria do CNJ, que autorizou as serventias extrajudiciais a oferecerem a conciliação e a mediação. Atualmente esse ato normativo está sendo reavaliado para permitir a efetiva implementação dessas atividades (CABRAL, 2021, p. 70).

4.2 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A Mediação e Conciliação, têm sido considerados métodos eficientes de solução de conflitos, a partir do incentivo à autocomposição e do ajuste dos interesses das partes. Isso se dá, especialmente, em razão da celeridade que consistem nestes procedimentos e do reduzido consumo emocional e financeiro, se comparado ao procedimento Judicial.

Sendo assim, são métodos que visam a concretização da paz social e o eficaz e amplo acesso à Justiça. Neste contexto, Fredie Didier Júnior contempla:

Compreende-se que a solução negociada não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático. O propósito evidente é tentar dar início a uma transformação cultural – da cultura da sentença para a cultura da paz (JÚNIOR, 2017, p. 273).

O Conselho Nacional de Justiça, especificamente, na Resolução nº 125 de 2010, estimula a solução de conflitos por autocomposição, se possível, e já prevê os procedimentos de mediação e conciliação.

A conciliação, também, está prevista nos artigos 165 a 175 do Código de Processo Civil de 2015, e se refere a um procedimento que visa o abrandamento de divergência entre os sujeitos envolvidos que não possuem vínculo anterior, estes são imbuídos de autonomia e protagonismo em suas decisões. Além disso, ela é realizada com o auxílio de um terceiro, imparcial ao caso, que irá fazer apontamentos e incitar o diálogo, para conduzir às partes a uma solução que as satisfaça. Neste modelo, não se faz necessário a apresentação de provas e demais documentos, o que resulta em menor despesa e encargo aos envolvidos.

A mediação, por sua vez, também, está prevista na Resolução e artigos do Código de Processo Civil supracitados, mas, é especialmente regulamentada na Lei nº 13.140 de 2015, a qual foi definida como método de solução consensual de conflitos, em que um terceiro imparcial se faz presente com a utilização de técnicas para conduzir às partes à melhor solução de seus desentendimentos. Ademais, o mediador atua como instrumento para a comunicação e auxilia na procura de meios para uma melhor compreensão do caso, a fim de preservar o relacionamento das partes, sem quaisquer interferências e imposições.

Diante disso, percebe-se clara semelhança entre os institutos de Conciliação e Mediação, contudo, apresentam distinções e, a esse respeito, a mediadora e professora Lília Maia de Moraes Sales estabelece:

Na conciliação o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação, as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é a consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação, o mediador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo (SALES, 2004, p. 38).

Por fim, esses institutos são regidos pelos princípios de imparcialidade, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé, conforme previsto no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação, 13.140/2015.

4.3 JUIZADOS ESPECIAIS

Outro mecanismo utilizado para a desjudicialização é o decorrente da Lei 9.099 de 1995, que se refere aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. No entanto, a Constituição Federal de 1988, já apresentava previsão da criação dos Juizados Especiais especificamente nos arts. 24, inciso X e 98, inciso I, os quais se referem em linhas gerais e, respectivamente, à competência da União, dos Estados e Distrito Federal de legislar sobre o juizado de pequenas causas. E que ainda, a União, Distrito Federal, Territórios e Estados, criarão juizados especiais providos por juízes competentes para causas cíveis de menor complexibilidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Estes dispositivos estão postos para garantir efetivo acesso e democratização da justiça, de modo a considerar o valor da causa e a complexidade do ato como forma de filtrar demandas que possam ser solucionadas sob o procedimento dos Juizados. Com o passar do tempo, foram ganhando espaço na sociedade, principalmente, por utilizarem da autocomposição para solucionamento de conflitos, resultando em eficácia por incorporar seus princípios atinentes ao procedimento comum.

Dentre eles, a gratuidade, oralidade e economia processual merecem destaque por favorecerem a simplificação do procedimento e celeridade, segurança e economia, contribuindo, portanto, com o alcance de diversas camadas da sociedade e diminuição da litigiosidade de processos judiciais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previsão de apreciação jurisdicional às lesões, ou ameaças a direitos do cidadão brasileiro, prevista no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, e a revalidação desta no artigo 3º do Código de Processo Civil de 2015, promove segurança jurídica às partes de que suas demandas serão analisadas e solucionadas sob as melhores possibilidades de acordo com a lei.

Contudo, são vários os empecilhos que dificultam a concretização deste compromisso, que se manifestam na infraestrutura judiciária, reduzido acesso e habilidade à esfera cibernética pelas partes, no que tange principalmente ao manuseio de processos eletrônicos, audiências virtuais e manejo de plataformas oficiais. Também, a desinformação jurídica e desconhecimento de direitos por parte da população, e rebuscada linguagem jurídica.

Juntamente a esses empecilhos, há uma desenfreada busca pelo Poder Judiciário como se este fosse o único responsável pela resolução dos conflitos e a pacificação social. O que culminou em excedente número de conflitos, que como sequela resultou e resulta em morosidade nas decisões, sobrecarga de trabalho a juízes e servidores, e desgaste financeiro e emocional pelas partes, tornando a conclusão do litígio um objetivo distante e a justiça democrática não concretizada.

Nesse contexto, tem-se a desjudicialização e sua considerável importância para aplacar o Poder Judiciário e abrandar a cultura litigiosa existente na sociedade brasileira, valendo-se de meios consensuais de solução de conflitos, cartórios extrajudiciais e Juizados Especiais. Ademais, entende-se que para que se alcance o acesso efetivo e democrático à justiça, não basta somente a migração de processos para a área extrajudicial, mas, também, o contínuo aprimoramento do serviço público para atender as demandas contemporâneas da sociedade civil, por exemplo, no que se refere ao modo de recrutamento de juízes e má administração burocrática.

De igual importância se faz, a necessidade de o sistema de justiça nacional, levar em consideração o analfabetismo digital que impera na população brasileira, na criação e con-

dução das plataformas digitais, a fim de facilitar seu manuseio. Ademais, o conhecimento das fundamentais normas jurídicas, precisa se fazer presente na Educação Básica, para que todo e qualquer cidadão os conheça e, assim, possam exercer plenamente sua cidadania, identificar seus direitos e cumprir seus deveres no cotidiano.

Por fim, sugere-se a difusão de aprendizado, através de uma linguagem jurídica prática e direta, destituída de formalismos desnecessários, para que, assim, o cidadão entenda efetivamente o litígio, a interlocução das partes processuais e seu direito. Para que com isso, a população consiga um efetivo acesso à justiça, obtenha a solução de seus antagonismos e/ou o reconhecimento de seus direitos, livre de obstruções.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. **Em 2021, 82% dos domicílios brasileiros tinham acesso à internet.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-06/em-2021-82-dos-domicilios-brasileiros-tinham-acesso-internet>. Acesso em: 02 dez. 2022.

ÂMBITO JURÍDICO. **A história do acesso à Justiça no Brasil.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-149/a-historia-do-acesso-a-justica-no-brasil/#:~:text=A%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201934%2C%20juntamente, vigorado%20apenas%20por%20tr%C3%AAs%20anos>. Acesso em: 02 nov. 2022.

ARAÚJO, Thicianna da Costa Porto. **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo.** Disponível em: <http://revistatema.facisa.edu.br/index.php/revistatema/article/view/17>. Acesso em: 01 nov. 2022.

ARRUDÃO, Bias. O juridiquês no banco dos réus. In: **Revista Língua Portuguesa**, ano I. São Paulo: segmento, n. 2, junho/dez. 2007, p. 18-23

BARTHES, Roland. **FRAGMENTOS DE UM DISCURSO AMOROSO.** 2ª ed. Trad. Hortênsia dos Santos. Rio de Janeiro: F. Alves, 1981.

BONFADA, LUANA CAROLINA *et al.* Como a tecnologia pode contribuir no melhor acesso à justiça: uma análise dos avanços tecnológicos e seus benefícios. **Salão do Conhecimento**, v. 8, n. 8, 2022.

BORTOLAI, Luís Henrique. Acesso à justiça e os obstáculos apresentados pela linguagem jurídica. **Redes. com: revista de estudios para el desarrollo social de la Comunicación**, n. 14, p. 168-193, 2016.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito.** Trad: Edílson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública.** Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 34.

CHOUCINO, Camila. **A Falta de Conhecimento da População em Relação aos seus Direitos e a Inclusão do Direito Constitucional nas Escolas.** Disponível em: <https://camilachoucino.jusbrasil.com.br/artigos/771965454/a-falta-de-conhecimento-da-populacao->

em-relacao-aos-seus-direitos-e-a-inclusao-do-direito-constitucional=-nas-escolas#:~:text=O%20DESCONHECIMENTO%20DOS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS,-A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal&text=Isso%20%C3%A9%20uma%20quest%C3%A3o%20de,a%20pr%C3%A1tica%20n%C3%A3o%20consegue%20efetivar. Acesso em: 09 nov. 2022.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19 ed. V. 1. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DONATO, Verônica Chaves Carneiro. **O poder judiciário no Brasil: estrutura, críticas e controle**. 2006. Tese de Doutorado. Dissertação de Mestrado (Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza. Ceará.

FERRICHE, Elisabel. **Pesquisa revela que mais de 80% dos brasileiros desconhecem direitos previstos no ECA**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/419671-pesquisa-revela-que-mais-80-dos-brasileiros-desconhecem-direitos-previstos-no-e-ca/>. Acesso em: 09 nov 2022.

GUIMARÃES, Frederico. Estatuto da Desjudicialização: Cartórios avançam no processo de solução de processos no Brasil. **Cartórios com você**, São Paulo, nº 25, p. 57-77, jul./set. 2021. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2022/02/cartorios-com-voce-edicao-25.pdf>. Acesso em: 07 nov. de 2022.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues; SEIFERT, Priscila Leal. Judiciário digital: o que é mito e o que é verdade sobre as barreiras tecnológicas e o acesso à justiça no Brasil. **Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 24, n. 1, p. 140-157, 2022.

MOREIRA STOCHER, Fernanda. CORRÊA FREITAS, Maria Fernanda. TURATTI LANGOSKI, Deisemara. A Elitização da Linguagem como Obstáculo ao Acesso À Justiça. **RELA-Cult-Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade**. V. 05, ed. Especial, abr., 2019, artigo nº 1196.

NOGUEIRA, Herbart. **Acesso à justiça: entraves e desafios**. Disponível em: <https://herbart-nogueira.jusbrasil.com.br/artigos/596658408/aceso=-a-justica-entraves-e-desafios#:~:text=Desse%20modo%2C%20percebe%2Dse%20que,a%20descren%C3%A7a%20nas%20decis%C3%B5es%20judiciais>. Acesso em: 09 nov. 2022.

NUNES, Dierle; PAOLINELLI, Camilla M. Novos designs tecnológicos no sistema de resolução de conflitos: ODR, e-acesso à justiça e seus paradoxos no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo. 2021. p. 395-425.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Nirlene da Consolação. **Linguagem jurídica e acesso à justiça**. Disponível em: http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a121.pdf. Acesso em: 01 nov. 2022.

PALERMO DE ALMEIDA GUIMARÃES, Luciana Helena. A simplificação da linguagem jurídica como instrumento fundamental de acesso à justiça. **Revista UEPG**. Ponta Grossa, 2012.

PESSOA, Fernando. **A LÍNGUA PORTUGUESA**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SENADO. **Brasil tem 11 milhões de analfabetos, aponta IBGE**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2020/11/brasil-tem-11-milhoes-de-analfabetos-aponta-ibge>. Acesso em: 10 nov. 2022.

SENADO. **Pesquisa DataSenado mostra que poucos conhecem realmente a Constituição**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/10/25/pesquisa-datase-nado-mostra-que-poucos-conhecem-realmente-a-constituicao-do-pais>. Acesso em: 09 nov. 2022.

SILVA, João; CHOUCINO, Camila; MACHADO, Sarah. **A Falta de Conhecimento da População em Relação aos seus Direitos e a Inclusão do Direito Constitucional nas Escolas**. 2019. Disponível em: <https://camilachoucino.jusbrasil.com.br/artigos/771965454/a-falta-de-conhecimento-da-populacao-em-relacao-aos-seus-direitos-e-a-inclusao-do-direito-constitucional-nas-escolas>. Acesso em: 12 fev 2023.

STF - SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Ministras e ministros do STF refletem sobre os 34 anos da Constituição Federal. **Jusdecisium**, 2022. Disponível em: <https://jusdecisum.com.br/ministras-e-ministros-do-stf-refletem-sobre-os-34-anos-da-constituicao-federal/>. Acesso em: 10 nov. 2022.

TEIXEIRA, Sergio Torres; ORENCO, Beatriz Souto; COSTA, Pâmella Giuseppina Parisi. **Novas tecnologias e direito: Uma análise do acesso à justiça na era digital**. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 23, n. 2, 2022.

VALIATI, Thiago. **Insegurança jurídica, infraestrutura e Poder Judiciário: a insegurança decorrente dos problemas relacionados à morosidade e imprevisibilidade das decisões judiciais**. 2017. Disponível em: <https://thvaliati.jusbrasil.com.br/artigos/482572509/inseguranca-juridica-infraestrutura-e-poder-judiciario-a-inseguranca-decorrente-dos-problemas-relacionados-a-morosidade-e-imprevisibilidade-das-decisoes-judiciais>. Acesso em: 08 nov. 2022.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo**. Tradução. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1988.

JUDICIÁRIO COMO TERMÔMETRO DA DEMOCRACIA: ENTRE A VONTADE POPULAR E O PODER

JUDICIARY AS A THERMOMETER OF DEMOCRACY: BETWEEN POPULAR WILL AND POWER

Cesar Augusto Queiroz Feitoza Alves

Formado em Gestão Pública pela Universidade Federal de Campina Grande. Mestrando em Ciência Política pela Universidade Federal de Campina Grande.

Orientador: Prof. Dr. José Iivaldo Alves Oliveira Silva

Doutor em Ciências Sociais, doutor em Direito e Desenvolvimento, pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Resumo: O presente artigo teve como escopo mostrar, num resgate histórico, a concepção de democracia e suas fases, bem como a importância de uma democracia pautada nas regras ou instituições. Incisivamente, notamos que existe um embate perceptível e conflitante entre a perspectiva de democracia clássica que pressupõe um poder soberano e ilimitado nas mãos do povo e ao mesmo tempo um poder limitado, que passa a ser imiscuído pela concepção Liberal de estado e elitista, posteriormente, do ponto de vista procedimental, pelo Judiciário enquanto mecanismo de controle dos poderes representativos e pelo estado de direito enquanto dimensão indissociável à democracia contemporânea. Esse artigo é de natureza bibliográfica com análise descritiva de dados. Foram discutidas algumas concepções de democracia e somado a isto a importância do judiciário. Percebemos que, claramente, a busca pelo controle do poder se tornou uma necessidade imprescindível vide que, seja a máxima Ateniense “todo poder está nas mãos do povo”, seja o poder incontestado e indivisível do governante ou assembleia em Hobbes, ambas as concepções pressupõem uma ideia de poder ilimitado e perigoso. O Liberalismo, enquanto concepção de estado, adentrou neste embate revisando tais premissas, enfatizando a necessidade para se pensar em limites para esta máxima. Por fim, o Judiciário aparece como ator que assume função precípua em ditar os limites seja da vontade do povo, seja da vontade dos que governam e, como garantidor do estado de direito, atuando assim como um termômetro que indica se a democracia está com febre ou em hipotermia.

Palavras-chave: Democracia. Poder. Instituições. Governabilidade.

Abstract: *This essay aimed to show the evolution of democracy and its phases, as well as the importance of a democracy based on rules or institutions. Incisively, we note that there is a very noticeable and conflicting clash between the perspective of classical democracy that presupposes sovereign and unlimited power in the hands of the people and at the same time a limited power, which becomes intertwined by the Liberal and elitist conception of the state, later, from an institutional point of view, by the Judiciary as a control mechanism for representative powers. This article is bibliographic in nature with descriptive data analysis. Some conceptions of democracy will be discussed and added to this the importance of the judiciary. We realize that, clearly, the search for power control has become an essential necessity, see that, be it the Athenian maxim “all power is in the hands of the people”, be it the uncontested and indivisible power of the ruler or assembly in Hobbes, both conceptions presuppose an idea of limitless and dangerous power. Liberalism, as a conception of the state, enters this struggle by revising such premises, emphasizing the need to think of limits to this maxim. Finally, the Judiciary appears as an actor that assumes the main function of dictating the limits of either the will of the people or the will of*

those who govern, thus acting as a thermometer that indicates whether democracy has a fever or hypothermia.

Keywords: *Democracy. Power. Institutions. Governance.*

Sumário: 1 Introdução – 2 A democracia ainda como embrião – 3 O poder e a soberania: Rompendo com o ideal clássico ateniense – 4 Locke e a crítica ao poder absoluto – 5 Democracia Elitista: o poder de produzir governos – 6 Poder judiciário e estado constitucional: discutindo os limites do poder. 6.1 O Judiciário no contexto Latino-Americano. 6.2 O estado de direito e a soberania da lei - 7 Liberalismo: Liberdade dos antigos e Liberdade dos modernos: 7.1 O’Donnell’: uma abordagem institucional da democracia e sua dimensão legal - 8 Considerações finais – Referências

1 INTRODUÇÃO

Liberalismo e Democracia não se constituem necessariamente como dois fenômenos interdependentes (BOBBIO, 1994). Dito de outra forma, o primeiro está relacionado ao controle do poder ou funções do estado, está preocupado em pôr limites na vontade do rei/governante. Nesse sentido, configura-se numa concepção de estado que assim como o constitucionalismo, tem em suas bases o estado constitucional. Em contraponto, o segundo é uma forma de governo que implica na ideia de poder desconcentrado a muitos ou a poucos, nesse sentido contrapõe-se às formas de governos que não tenham em seu cerne a vontade popular como soberana.

Segundo O’Donnell’ (1999), “a democracia é uma aposta institucionalizada” e as constituições a institucionalizaram. Nesse sentido, as constituições assumem um caráter legitimador sobre a democracia, além de sugerirem a forma de ser do estado. O’Donnell’ está preocupado em uma democracia com um estado de direito sólido. Nesse introito, surge uma problemática do século: É possível, num estado de direito, definirmos a “vontade da maioria” concebida como “absoluta” sendo ilimitada frente a um judiciário que busca controlar o poder? Ou melhor, é possível pensarmos, numa democracia procedimental, em uma “vontade popular” que excede as instituições?

Ainda nessa direção, segundo Canotilho (2003) as constituições surgem para garantir direitos e limitar o poder. Quer dizer, estamos falando de um estado constitucional, de um estado de direito onde o judiciário assume papel fundamental. À medida que elas devem resguardar direitos, elas pressupõem até onde o poder deve ir. Esse artigo é de cunho bibliográfico com análise descritiva de dados, faz-se necessário discutirmos o papel do judiciário, atualmente, sobretudo em face de um contexto de polarização ideológica e riscos ao estado de direito.

O presente trabalho visa apresentar uma discussão sobre a democracia e suas fases, trazendo o judiciário não só como mecanismo de controle de poder, mas como instituição que deve assegurar os limites da tirania da maioria e do próprio poder, isto é, que deve assegurar o estado de direito.

Resgatando uma discussão que tem em suas bases o liberalismo, atrelando a moderna discussão da democracia procedimental/regras, o desafio central é entendermos o lugar do judiciário na democracia, mais precisamente como ferramenta que deve garantir que a democracia não morra, ou ao menos não caminhe para seu sepultamento.

2 A DEMOCRACIA AINDA COMO EMBRIÃO

Discutir a democracia, obrigatoriamente, é olhar para o passado, ou melhor, para a Gré-

cia clássica. Ao buscar ou resgatar a democracia partindo de variantes e processos históricos, Held em seu livro “modelos de democracia” faz um incisivo ensaio histórico sobre aquela.

Segundo Held (1987), a Atenas pré-clássica estava passando por um processo de crescimento econômico acelerado, especificamente nas cidades costeiras. Porém, a continuidade política das primeiras cidades-estados foi interrompida pelo surgimento de “tiranos” ou autocratas, salientando-se que estes representavam os interesses daqueles que possuíam terras ou haviam enriquecidos graças à expansão do comércio.

Surge a pergunta: O que é Demos? A resposta é simples: governo pelo povo. Seus ideais pressupõem igualdade entre os cidadãos, liberdade, respeito pela lei, ou pela justiça, tal perspectiva foi de suma importância para o pensamento político moderno. A fim de ilustrar sobre o que é a democracia ateniense, temos a seguinte citação de Péricles:

Deixe-me dizer que nosso sistema de governo não é uma cópia das instituições de nossos vizinhos. É mais provável que ele venha a ser um modelo para outros do que uma imitação de qualquer outro. Nossa constituição é chamada de democracia porque o poder está nas mãos, não de uma minoria, mas de todo o povo [...] (HELD *apud* PÉRICLES, 1987, p. 17).

Como se observa acima, a democracia ateniense pressupõe um poder absoluto nas mãos do povo, quer dizer, não é o poder e sim todo o poder. Mas o que devemos questionar é até onde esse poder deve ir. Ainda nessa discussão, Held nos remete a outra citação de Péricles, sobre os ideais políticos da democracia ateniense:

Aqui cada indivíduo está interessado não apenas em seus próprios assuntos, mas também nos assuntos do estado [...] não dizemos que um homem que não tem interesse na política é um homem que cuida de seus próprios afazeres; dizemos que ele não tem quaisquer afazeres aqui. Nós atenienses, individualmente, tomamos nossas decisões relativo à política ou a submetemos a discussão adequada (HELD *apud* PÉRICLES, 1987, p. 17).

Diante disso, é possível entendermos o ideal político ateniense como orientado para a coletividade, com o diferencial de que a resolução dos problemas é parte de todos e não de alguns. Em suma, a política assume um sentido universal na qual o cidadão ateniense está incluso no processo decisório.

Nesse introito, devemos nos perguntar: todos participavam da composição do demos? A citação a seguir deixa bem clara a resposta:

Questões de culpabilidade e responsabilidade políticas eram, nesse contexto, quase inevitáveis e o tipo de obstáculos à participação política impostos por grandes e complexas sociedades ainda não eram significativas. Estes fatores – tamanho, complexidade e discordância na heterogeneidade política- são de grande importância para a teoria democrática, embora, como irei argumentar, o eventual abandono da democracia clássica grega não signifique a perda de uma das únicas oportunidades históricas para uma extensa e plena participação nos assuntos públicos. Mas, dito isto, é bom lembrar que mesmo em Atenas a composição do demos consistia inteiramente de homens adultos e de descendência estritamente ateniense (HELD, 1987, p. 15).

Destarte, como se percebe, a ideia de participação ampla ou plenamente inclusiva em Atenas não era como tal, era reservada somente para os adultos e de linhagem ateniense. Portanto, isso pressupõe que nem todo o poder estava nas mãos do povo, ora, ao menos o decisório.

Também, ainda nessa direção, é preciso destacarmos que o demos tinha poder soberano no sentido de poder se envolver em funções legislativa e judiciária, isso nos leva para o conceito ateniense de cidadania que implicava, justamente, na participação direta dos assuntos do estado (HELD, 1987).

Vide a explicação acima, segundo Held (1987) a realização dos seres humanos dar-se-ia somente na polis, tendo em vista que ética e política estavam arraigadas e fundidas na comunidade política. Ser cidadão era viver na polis. Nesse espectro, o público e o privado eram indissociáveis e sua máxima era o bem comum.

Em suma, estamos falando de uma sociedade que parte da perspectiva de autogoverno, de participação direta onde a lei do estado é a lei do povo (HELD, 1987). Aqui, não há que se falar em vida privada, pois esta deveria se submeter aos assuntos públicos e ao bem comum, direitos e deveres eram componentes públicos. Nesse espectro, o que se coloca é a participação ativa do cidadão no processo decisório, portanto isso pressupõe que aqueles que governavam também deveriam ser governados.

Ainda segundo Held (1987), Aristóteles vê na democracia de seu tempo dois pilares essenciais: liberdade e igualdade. A primeira tem no seu bojo dois critérios: o primeiro nos remete para a ideia de que o “povo” deve “governar” e ser governado, mas isso só existe em função da igualdade de participação no governo, então a igualdade tornar-se-ia a base prática e moral da liberdade. Na verdade, Aristóteles os vê como elementos indissociáveis. O segundo critério da liberdade seria a autonomia dos cidadãos, ou seja, ter a possibilidade de viver como escolhera desde que esta escolha não interfira na liberdade de outrem. Em suma, diante deste relato de Aristóteles a democracia clássica pressupõe liberdade e esta pressupõe igualdade.

3 O PODER E A SOBERANIA: ROMPENDO COM O IDEAL CLÁSSICO ATENIENSE

Diferentemente da Grécia clássica (onde havia o ideal de autogoverno), a ideia de poder e soberania tomam novas formas. Segundo Held (1987), é a partir do pensamento liberal, mais especificamente de Hobbes, que emerge a preocupação com a ideia de “autogoverno” celebrada em Atenas.

Segundo o autor, se partirmos da premissa Hobbesiana de que o estado de natureza é um estado de “guerra de todos contra todos”, em outras palavras, de que a natureza humana é corrompida pela disputa de interesses e de poder, o que ele vai chamar de condição humana, Hobbes sugere que, destarte, o respeito mútuo e o cumprimento dos contratos, a confiança uns nos outros, nada disso pode existir sem um poder comum. O poder comum é traduzido como o estado que passaria a impor regras e limitar o comportamento dos indivíduos, viver no estado de natureza é viver na ausência daquele primeiro. Em suma, apenas este poder comum/estado pode garantir que todos cumpram o contrato social. Para entendermos melhor, vejamos a seguinte citação:

Se os indivíduos abrirem mão de seus direitos transferindo-os para uma poderosa autoridade que possa forçá-los a manter suas promessas e tratados, uma esfera privada e pública, uma sociedade e um estado eficientes e legítimos podem ser formados. Assim, um contrato entre os indivíduos é essencial: um contrato social. Ele consiste de indivíduos entregando seus direitos de autogoverno a uma única autoridade com a condição de que todos os outros indivíduos façam o mesmo. Uma relação sem igual de autoridade é o resultado: A relação do soberano com o súdito. Um poder político sem igual é criado: O exercício do poder soberano [...] (HELD, 1987, p. 44).

Portanto, isso significa dizer que a democracia ateniense e sua máxima do “autogoverno” morre aqui. Isto é, seu sepultamento ocorre quando o estado nasce assumindo a forma Hobbesiana, no sentido de que o povo governa mediante o soberano.

Ainda nesse introito, é preciso notarmos que, por um lado, fundamentando-se na ideia de direitos naturais e, portanto, de sujeitos livres e iguais, Hobbes vê no estado o meio para o fim, ou seja, a garantia da segurança e da paz; por outro lado, ao prospectar um estado dotado de poder soberano, a rigor, surge um problema muito gravoso: quem limitaria o poder do soberano? Isso será discutido adiante.

4 LOCKE E A CRÍTICA AO PODER ABSOLUTO

Ao contrário de Hobbes, Locke não concordava com a ideia de que somente governado por um soberano indivisível seria possível os indivíduos viverem pacificamente. Significa dizer que é ilusório acreditar que, se os indivíduos desconfiam uns dos outros, podem acreditar que um governante assumindo uma forma de todo poderoso possa cuidar de seus interesses (HELD, 1987).

Locke rejeita a ideia de um estado como a personificação de uma soberania ou poder incontestado e sem limites. Ele entende o governo como sendo um instrumento para a proteção da “vida, liberdade e do estado” dos indivíduos, ou seja, a razão de ser do governo seria proteger os direitos dos indivíduos (HELD, 1987). Nesse espectro, vale salientar que Locke se refere à ideia de propriedade num sentido mais amplo do que um mero objeto, o direito à propriedade é um direito de “vida, liberdade e bens”.

Mas, para além disso, na opinião de Locke o problema dos indivíduos no estado de natureza é a regulamentação da propriedade. Ele entende a propriedade como precedendo a sociedade e até mesmo o próprio estado. Destarte, partindo dessa premissa a razão de ser da fundação tanto da sociedade quanto do estado e que impulsiona “homens igualmente livres” é a necessidade de regulá-la (HELD, 1987).

Portanto, Locke sugere que a alternativa para resolvermos ou galgarmos o estado de natureza seria um acordo que criasse duas coisas: Uma sociedade independente, e uma sociedade política ou governo. Uma sociedade independente no sentido de que é ela quem transfere autoridade para o governo, mas com o objetivo que este busque atingir os fins desta sociedade, porém, se esses fins não forem representados ou cumpridos devidamente, o povo enquanto juiz final (cidadãos do estado) pode dispensar, se necessário, a própria forma existente de governo (HELD, 1987).

Diante disso, enquanto Hobbes nos leva a um estado indivisível e soberano e não nos fornece meios de limitar tal onipotência, colocando-nos sob a imperatividade da força, Locke sugere que os detentores do poder são os indivíduos, em suma, o poder soberano, mesmo que em última instância, ainda permanece nas mãos do povo (HELD, 1987).

Ainda segundo Held (1987), Locke também parte da premissa de que a formação do supracitado estado não implica necessariamente que, ao contrário de Hobbes, os indivíduos transferiram todos os seus direitos para aquele, apenas os direitos de elaborar as leis (legislativo) e impô-las (executivo). Assim sendo, o estado constitucional começa a ser desenhado, o “poder público” ou estado passa a ser legalmente delimitado e dividido.

Ainda nessa discussão, é importante destacarmos que embora Locke já nos fornecesse a necessidade de separação ou divisão das funções do estado, somente Montesquieu vai trazer uma definição mais robusta num sentido mais institucionalizado ou consolidado. Porém, enquanto Locke pensava num judiciário como braço do executivo, Montesquieu enxergava-o como sendo crucial não só para a garantia dos direitos individuais, mas para o controle do po-

der (HELD, 1987).

5 DEMOCRACIA ELITISTA: O PODER DE PRODUZIR GOVERNOS

Como se percebe, a democracia tem uma trajetória longa e suscitou fortes debates. Se na Grécia clássica a ideia de “participação direta” e “todo poder nas mãos do povo” estava no cerne do pensamento ateniense, o estado moderno começa assumir uma forma antagônica a esta perspectiva, ou seja, erige-se a preocupação em controlar ou pôr limites a este poder.

Para Weber a democracia é como um “mercado”, um mecanismo institucional que visa podar os mais fracos e mediante a competição política pelo poder decisório, colocar os mais competentes nesta disputa pelo voto e pelo poder. Weber entende a democracia como um campo de testes para líderes em potencial, e isso seria fruto dos modernos partidos políticos (HELD *apud* WEBER, 1987).

Weber parte da premissa que o povo assume um caráter passivo porque tem poucas chances de exercer uma participação institucional, e que ele não teria capacidade adequada para julgar as questões públicas, ele teria apenas a capacidade de escolha entre um líder ou outro que aspiram ao poder. Nesse sentido, ele está falando de uma democracia de lideranças. Weber sugere que a própria dinâmica dos partidos modernos, no parlamentarismo, tende a produzir a necessidade de liderança na competição pelo poder (HELD *apud* WEBER, 1987).

Então, isso sugere que é importante buscar o equilíbrio entre a autoridade e responsabilidade políticas sem delegar demasiado poder ao demos, portanto mais uma vez vemos a necessidade de impor limites ao poder. Em suma, a democracia tornar-se-ia um método para se tomar decisões políticas.

Ainda nessa discussão, emerge Schumpeter e sua concepção minimalista e elitista de democracia. Não muito diferente de Weber, ele rompe com o ideal clássico de democracia nascido em Atenas e sustentado bem depois por Rousseau.

Schumpeter entende a democracia como um método de maneira que deve ser reservada somente aos competentes. Em outras palavras, é uma estrutura institucional pela qual as deliberações políticas devem ser tomadas. Esse arranjo institucional produz e legitima líderes, é concebido como o único meio pelo qual os indivíduos acessam o poder e que se coloca como um instrumento que defende os próprios indivíduos da tirania, dos governantes inamovíveis (SCHUMPETER, 1961).

Em outras palavras, ele entende a ideia de uma sociedade auto regulada como fantasiosa e cínica, vide que os indivíduos possuem uma pluralidade de interesses o que, a rigor, o bem comum tornar-se-ia uma abstração. Uma sociedade auto regulada implicaria que aqueles que estivessem no comando colocariam seus interesses sobre os comandados. Portanto, Schumpeter pressupõe que o método democrático, entendido como um mecanismo institucional para se chegar ao poder, colocar-se-ia como um instrumento contra a própria tirania (SCHUMPETER, 1961).

Destarte, o caráter participativo do eleitor resumir-se-á ao direito de escolher quem o governará, e a democracia nas eleições. Portanto, o seu papel é produzir governos. Se na Grécia clássica havia a ideia de uma participação ativa dos indivíduos na vida política, isto é, no processo decisório, para Schumpeter assim como para Weber essa participação resume-se ao voto. E mais ainda, a ideia de “todo poder nas mãos do povo”, portanto, é materializada nas urnas.

6 PODER JUDICIÁRIO E ESTADO CONSTITUCIONAL: REDISCUTINDO OS LIMITES DO PODER

Como supracitado no tópico anterior, a democracia desde sua origem até chegarmos ao estado moderno passou por um vasto processo de debates conceituais. Mas, a discussão não para por aqui. Citamos Weber e Schumpeter para mostrar que a máxima ateniense “todo poder está nas mãos do povo” pressupõe um poder ilimitado ou indivisível, e que o povo movido por emotividade e por uma pluralidade de interesses não assimilariam tal ideia por ser uma mera abstração. O mercado de votos requer políticos profissionais ou líderes, nesse sentido, o direito de escolhê-los seria o único mecanismo contra a tirania dos governantes inamovíveis.

Porém, quem ditará os limites, seja da vontade popular, seja do próprio poder? Temos uma boa ilustração na seguinte citação: “[...] A importação do modelo de controle de constitucionalidade norte-americano e junto com ele a possibilidade jurídica do exercício de controle dos poderes representativos por parte do judiciário” (CARVALHO, 2010). Embora Carvalho esteja analisando o judiciário no contexto histórico e constitucional brasileiro, ele sugere que o judiciário assume missão precípua de controlar o poder. A rigor, isso pressupõe que a ideia de uma vontade popular soberana ilimitada entra em atrito com a ideia de um poder limitado.

O autor pressupõe que um judiciário tutelado ou sem independência implica em um poder sem limites, a rigor, isso sepultaria o estado de direito e por conseguinte a democracia, sem levar em conta até mesmo a separação de poderes. Quer dizer, um judiciário tutelado ou sem independência indica fortes riscos para um regime que está caminhando para um autoritarismo.

Não obstante, a discussão não para por aqui. É importante invocar neste debate a missão precípua da suprema corte e, portanto, do judiciário. Segundo Dahl (1957), o judiciário configurado nos tribunais superiores tem que defender, essencialmente, uma minoria contra uma maioria tirânica e isso se dá em virtude de que os conflitos na sociedade consistem em uma disputa de uma maioria contra uma minoria em busca de alternativas.

A rigor, portanto, isso efetivamente atrita com o ideal clássico do princípio da maioria como a máxima da teoria clássica da democracia. Em outras palavras, o judiciário também tem como papel dizer até onde a vontade popular soberana deve ir, e isso não significa que um regime não seja democrático, mesmo que partindo da máxima “todo o poder está nas mãos do povo” (DAHL, 1957).

Então, o judiciário assume um papel precípua na manutenção da democracia, não só no controle dos demais poderes, mas também nos riscos da vontade de uma maioria tirânica. Isso pressupõe que ele serve como um termômetro que indica se a democracia está saudável ou perpassando os limites. Adiante, será mostrada uma tabela que retrata a situação do judiciário na América Latina entre 1904-2006.

6.1 O JUDICIÁRIO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

Tabela 01

Country	1904-1944	1945-1977	1978-2006
Argentina	73	238	120
Brazil	89	93	94
Chile	137	98	87
Colombia	196	273	166
Costa Rica	125	80	87
El Salvador	314	313	205
Guatemala	180	217	222
Honduras	143	205	232
México	178	91	78
Panamá	166	158	169
United States	68	61	34
Uruguay	137	127	159

Fonte: PEREZ-LINÁN; CASTAGNOLA, A. *apud* Data base on supreme court justices (2009)

A tabela supracitada mostra o nível de nomeações de juízes para as supremas cortes na América Latina entre 1904 a 2006. Segundo Perez-Linán e Castagnola (2009), o judiciário durante essa série temporal foi instrumento político do executivo, e a variável dependente consiste nas nomeações excessivas dos juízes. Os presidentes fizeram isso pois preferiam ter uma corte leal e partidária do que uma corte de oposição.

Em outras palavras, a volatilidade excessiva das supremas cortes nesta região sugere o controle do judiciário pelos presidentes Latino-Americanos. Os países que tiveram uma maior proporção esperada de ingressantes em suas cortes foram: El Salvador, Argentina, Colômbia e Honduras. Em suma, o golpe contra a democracia não se dá mais com armas ou tanques, mas com o domínio das supremas cortes como meio de controlar o judiciário.

A rigor, isso sugere que o estado de direito nesta região sofre sérios abalos tendo em vista que o judiciário é condição fundamental para que ele seja assegurado. E mais do que isso, que o controle do poder nesta região se mostra extremamente comprometido, pressupondo fortes riscos à liberdade em geral. Na próxima seção será discutido, embora minimamente, o estado de direito e a importância do judiciário como instrumento que garanta sua manutenção.

6.2 O ESTADO DE DIREITO E A SOBERANIA DA LEI

Conforme O'donnell (1998), falar sobre um regime democrático, antes de tudo, é falar de um sistema jurídico que não só promulgue direitos, mas também que lhes assegure. Quer dizer, para o autor o estado não é apenas um conjunto de burocracias, ele possui uma dimensão legal em função de sua supremacia sobre a coerção em um território delimitado. Esse sistema jurídico é um aspecto do estado e constitui assim como configura os indivíduos como sujeitos jurídicos em um dado território, daí o conceito de *Agency* ter em suas bases este sistema legal.

Portanto, para o autor devemos entender que a democraticidade é um atributo do estado e não somente do regime, na perspectiva que é o sistema legal que sustenta a aposta democrática bem como eleições competitivas e algumas liberdades simultâneas. Isto sugere que a democracia requer um estado de direito e que ambos possuem uma relação indissociável.

Contudo, isso nos leva ao seguinte questionamento: o que é estado democrático de direito? Segundo O'donnell (1998) o estado de direito é definido como sendo um estado que promulga e sustenta às normas legais que implicam na existência e relutância de um regime democrático. Porém, não paramos aqui. A citação a seguir nos ajudará melhor a compreender, ainda que minimamente, a definição do estado de direito:

Isso me permite completar o quadro de um sistema legal: Não se trata apenas de um agregado de normas, mas de um sistema caracterizado pelo fato fundamental de que nem no estado, nem no regime (nem na sociedade) existe um poder *Legibus Solutus*, isto é, que se possa declarar acima do sistema jurídico ou isento das obrigações que ele estabelece. Em um sistema legal democrático, ou seja, em um *Rechtsstaat* democrático ou um estado democrático de direito todos os poderes estão sujeitos à autoridade legal dos outros poderes. [...] quer dizer, ninguém pode estar acima ou além de suas normas” (O'DONNELL, 1998, p. 18).

Como podemos perceber, ao buscar uma explicação mais incisiva sobre o supracitado sistema legal, enquanto aspecto do estado, em um estado democrático de direito soberano é a lei. Ainda nesta discussão, contudo, cabe destacarmos que o autor entende essa dimensão legal como sendo não apenas um conjunto de normas (como supracitado), mas como uma vasta rede de instituições do estado cuja sua atuação é no sentido de garantir a efetividade deste último.

O estado de direito ou princípio da lei requer *accountability*, preservação das liberda-

des e garantias da Poliarquia e, mais do que isso, ele requer a proteção dos direitos civis para a população em geral (O'DONNELL, 1998). A *accountability*, neste caso, é no sentido de que os agentes públicos e privados se submetem a uma rede de controles sobre a legalidade de seus atos. Então, isso pressupõe que nele não há uma autoridade absoluta ou inconteste. Quer dizer, não é só necessário que um governo seja regido pela lei, ele também deve se sujeitar a ela. Para que isso ocorra de modo concreto, segundo O'donnell (1998) precisamos ter, dentre várias características, as seguintes:

[...] 4. A independência do judiciário deve ser garantida; 5. Os princípios de justiça natural devem ser observados (isto é, audiência pública e justa, e ausência de pressupostos); 6. Os tribunais devem ter poderes [...] para assegurar conformidade ao princípio da lei; 7. Os tribunais devem ser facilmente acessíveis; 8. Não se pode permitir que o arbítrio dos órgãos de prevenção ao crime deturpam a lei (O'DONNELL *apud* RAZ, 1998, 1977, p. 49).

Como podemos perceber acima, não há estado de direito sem um judiciário independente bem como sem tribunais com poderes para tornar factível o cumprimento e aplicabilidade da lei efetivamente. Em outras palavras, isso pressupõe que na ausência de um judiciário que preencha esses requisitos o que prevalece é o autoritarismo ou uma perspectiva de uma vontade tirânica da maioria.

Portanto, novamente, quando voltamos nossa atenção para a tabela supracitada na seção anterior, perceber-se-á que, ao menos, até 2006 a América Latina estava muito mais caminhando para um autoritarismo do que para um estado de direito sólido.

7 LIBERALISMO: LIBERDADE DOS ANTIGOS E LIBERDADE DOS MODERNOS

Segundo Bobbio (1994), devemos entender que liberalismo e democracia não são necessariamente interdependentes. O primeiro, enquanto concepção de Estado, implica em controle dos poderes e funções do estado, então ele se contrapõe ao estado absolutista. Segundo o autor, o liberalismo realiza-se, historicamente, em sociedades onde a participação popular nos governos é bastante limitada, a qual limita-se às classes possuidoras. Em contraponto, a democracia enquanto forma de governo, destarte, implica na ideia de um poder desconcentrado distribuído a muitos ou a todos, e nesse sentido contrapõe-se às formas oligárquicas e autocráticas de governos. Destarte, nesse caso, estamos discutindo nesse espectro a democracia clássica rousseauiana.

Para Bobbio (1994), o estado liberal clássico tem no cerne do seu colapso o progressivo processo de democratização resultante ou gerado pela ampliação gradual do sufrágio, até chegarmos ao que chamamos de sufrágio universal. Em linhas gerais, o que se destaca diante dessa discussão é o fato de a liberdade ter tomado duas formas: liberdade dos antigos que consiste na distribuição do poder, na participação popular nas decisões coletivas, isso nos remete a democracia ateniense, que mesmo com uma “participação” popular restrita, tinha esse elemento como característica. Por outro lado, a liberdade que se baseia no limite desse poder, numa liberdade cujo cerne está nas relações privadas. Aqui o autor está se referindo ao liberalismo.

Conforme o autor, o estado liberal parte do pressuposto Jusnaturalista, para entendermos tal assertiva é preciso conceituarmos o que é essa concepção. Esta corrente filosófica consiste em que existem leis que precedem o próprio estado ou associação política, as mesmas configuram direitos naturais sagrados e que devem ser resguardadas por àquele, tais como o direito à vida, à liberdade, à felicidade e à segurança. Porém, esses direitos devem ser defendidos não só da ameaça dos outros indivíduos, mas também do próprio estado. Esses são os direitos fundamentais defendidos pela escola do direito natural.

O Jusnaturalismo definir-se-á como sendo uma doutrina que acredita que existem certas leis que precedem a vontade humana e a própria norma positivada, leis essas que configuram direitos e deveres naturais. Daí que, destarte, entendemos claramente tal concepção como pressuposto para o estado liberal, justamente porque ela assume originalmente o caráter limitante do poder partindo de uma concepção geral e hipotética da natureza do homem.

7.1 O'DONNELL': UMA ABORDAGEM INSTITUCIONAL DA DEMOCRACIA E SUA DIMENSÃO LEGAL

Ainda na direção cujo rumo é definirmos a democracia, ao analisarmos O'Donnell (1999), a conceituação de democracia não se assenta especificamente no minimalismo, ou seja, em apenas eleições livres competitivas e recorrentes, como ensina Schumpeter (1961), mas para além disso. Segundo ele, as presentes teorias sobre democracia devem ser revistas sob uma perspectiva analítica, histórica, contextual e legal. Logo, ele faz uma análise sobre o “método democrático” de Schumpeter e conclui que tal método não pode ser definido factualmente como minimalista, pois, no que se refere a classificação da democracia e, especificamente, na exposição das condições as quais qualificam-na, ele não traça uma definição clara sobre esta como reduzida ou plena. Não obstante, outros autores como Samuel Huntington e Przeworski no que concerne a definição de democracia seguem os critérios minimalistas de Schumpeter mantendo, portanto, os aspectos do seu “método democrático” (*apud* O'DONNELL, 1999).

O dito método democrático Schumpeteriano, resume a democracia, ao menos em seu aspecto teórico, aos procedimentos das instituições que passam pelo crivo eleitoral. Przeworski *et al.* (2000, *apud* MAINWARING *et al.*, 2001) chega a resumir a democracia a competição eleitoral. Mas, segundo Mainwaring *et al.* (2001), é preciso levar em conta o Estado de Direito democrático e o verdadeiro exercício do poder, ou seja, é preciso que os eleitos de fato governem sem nenhum ator, seja militar ou outra figura nos bastidores.

Portanto, não basta eleições, elas devem promover a governabilidade e partindo dessa perspectiva de Mainwaring, os governantes devem governar e dominar as arenas políticas sem domínios reservados, ou seja, sem serem tutelados. Então, o autor, embora minimalista, entra em atrito com Schumpeter pois enxerga as eleições como instrumentos insuficientes para definir a democracia, visto que seu método democrático não releva o contexto dos resquícios autoritários que permearam os regimes autoritários para as democracias latino-americanas, enfraquecendo o estado de direito.

Para Przeworski (1996) e Huntington (1991), as eleições livres, limpas, competitivas e os partidos e, sobretudo, a oposição com espaços ou chances de exercer os seus direitos políticos, são aspectos fundamentais e que nos levam a caracterização da democracia. Para Przeworski, por exemplo, definir-se-á um regime como democrático se este tiver uma oposição que esteja podendo atuar, ou seja, assumir ou tomar posse dos cargos e, sobretudo, concorrer. Em suma, competição e participação são critérios categóricos (*apud* O'DONNELL, 1999).

As eleições em um regime democrático devem ser livres, isto é, o cidadão deve agir por espontaneidade no momento de exercer o sufrágio e isso significa que não deve haver coerção para tal, igualitária pelo fato de que não deve haver diferenciação no voto do cidadão, ou seja, não pode haver desconsideração ou exclusão deste em função de posição social e de filiação partidária ou de qualquer outro atributo. Devem ser decisivas e isso implica que, primeiro, os eleitos devem assumir os cargos para os quais se candidataram e, segundo, os eleitos devem usar da autoridade conferida a seus cargos, ou seja, eles devem poder tomar as decisões que o marco democrático legal e constitucional lhes autoriza e, por fim, eles devem concluir seus mandatos nos prazos ou condições estipuladas pela estrutura institucional (O'DONNELL, 1999).

Conforme O'Donnell (1999), a democracia adquiriu uma nova característica, qual seja, a inclusividade. Sobre isso, aliás, como coloca o autor, o direito de votar e ser votado é outorgado a todos os membros adultos de um país havendo, contudo, algumas poucas exceções. Para ele, outro componente importante para a caracterização de um regime democrático é a institucionalização das eleições, logo, sendo institucionalizadas elas passam a ser um componente central para esse regime e, ao mesmo tempo, são o único meio de acesso às principais posições de governo.

Então, O'Donnell (1999) traz novos ingredientes para a conceituação de um regime democrático que são: a institucionalização das eleições e a inclusividade. Portanto, ele traça um novo horizonte sobre a democracia não limitando-a a um processo eleitoral e, nesse sentido, diverge de Schumpeter. Assim, para ele as eleições não devem ser apenas competitivas, mas, também devem ser institucionalizadas e, portanto, esse tipo de eleição é um dos elementos que definem um regime democrático.

Por outro lado, ele discorda de Dahl (2005) quando este acredita que as liberdades tidas como mais importantes (expressão, associação e informação) possam assegurar eleições competitivas e, conseqüentemente, isso significa que as condições propostas por Dahl são insuficientes em assegurar eleições limpas, pois esquecem de incluir a real capacidade do eleitor em seu conceito de *Agency*.

Conforme O'Donnell (1999), o importante no direito de votar e ocupar cargos eletivos é que isto define um agente e esta definição é jurídica. Assim, para o autor, atribuir ao indivíduo adulto a condição de agente, significa conferir-lhe a capacidade de tomar decisões ou fazer escolhas pelas quais será responsabilizado. Diante disso, por mais que os indivíduos não exerçam tais direitos, o sistema jurídico os define como capazes de exercê-los, bem como de desempenharem obrigações correspondentes.

De modo geral, a democracia é um produto resultante de uma aposta institucionalizada a qual configurar-se-á no sistema jurídico e, ao mesmo tempo, deste mesmo sistema jurídico o indivíduo passa a ser reconhecido na arena social como sujeito dotado de direitos subjetivos. Portanto, passamos a entender que a partir deste momento, ou seja, da institucionalização da democracia, o indivíduo torna-se o objeto e finalidade da lei e que, sobretudo, nesse sentido, sob um viés histórico as constituições consolidaram a democracia (O'DONNELL, 1999).

Como exemplo, afirma: “[...] e as constituições, independentemente do que possam conter a mais, protegem direitos subjetivos. Foram essas as constituições que institucionalizaram pela primeira vez a aposta democrática [...]” (O'DONNELL, 1999, p. 13). Ou seja, a democracia é, antes de mais nada, fruto de um arranjo institucional que tem nas constituições sua legitimidade, o sistema legal como atributo não do regime em si, mas do estado propriamente falando.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi abordado, foi possível perceber que existe um embate entre a concepção clássica ateniense de democracia que resguarda a ideia de uma “vontade popular absoluta” frente a um judiciário que busca limitar o poder e assegurar o estado de direito. Destarte, o judiciário passa a ter um papel fundamental em pôr limites seja numa vontade tirânica de uma maioria sobrecarregada de emotividade e irracionalidade que estaria nos bastidores do processo decisório, como sugerem Weber e Schumpeter, seja na proteção de uma minoria que corre forte risco de ser suplantada por aquela vontade tirânica, seja na garantia do estado de direito como sendo indissociável à democracia.

Foi discutido, ainda que ligeiramente, a necessidade de se pensar numa democracia cujo poder teria um limite, onde “todo o poder está nas mãos do povo” teria assumido um caráter demasiadamente conflitante com a evolução e formatação do estado liberal. Como se percebe, o contrato social Hobbesiano simbolizou a negação da ideia de um poder absoluto nas mãos do povo, transferindo essa máxima para uma ideia de poder personificado ou inconteste seja no rei, seja numa assembleia.

Não obstante, num estado de direito não há soberanos e isso implica em dizermos que a perspectiva de “vontade popular soberana ou ilimitada” não se sustenta, visto que nele soberano é a lei. Mais do que isso, a lei assume um caráter absoluto e isso pressupõe que o poder deve ser limitado por aquela.

Também se tornou possível observar, tanto em Weber quanto em Schumpeter, que a ideia de “todo o poder está nas mãos do povo” passou a ser materializada na produção de governos, mais ainda, que a democracia passou a ser um arranjo para se chegar a decisões políticas na competição eleitoral pelo poder. Um método para os competentes, numa linguagem mais simples: um mercado que requer lideranças competindo pelo poder decisório.

Por fim, demonstramos a importância de se pensar numa democracia cuja premissa seja o respeito pelas instituições, sobretudo pelo judiciário que assume função precípua de controlar os poderes representativos e defender as minorias contra uma maioria tirânica. Um judiciário independente que emerge como instrumento fundamental para se garantir o estado de direito e, portanto, a soberania da lei. Portanto, o judiciário passa a pôr limites à perspectiva de uma vontade popular inconteste ou “absoluta”, essencialmente ele se contrapõe à tirania da maioria. O judiciário aparece como ator cujo compromisso maior é fazer com que a democracia não morra, como um termômetro que indica se está febril ou em hipotermia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **LIBERALISMO E DEMOCRACIA**; 4ª reimpr. São Paulo, Brasiliense, 2000.

CANOTILHO, José J. Gomes. **DIREITO CONSTITUCIONAL** - 4.ª edição; Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO, Ernani. **TRAJETÓRIA DA REVISÃO JUDICIAL NO DESENHO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**: Tutela, Autonomia e Judicialização; Porto alegre, ed: Sociologias; 2010.

DAHL, Robert. **TOMADA DE DECISÕES EM UMA DEMOCRACIA**: A Suprema Corte como uma Entidade Formuladora de Políticas Nacionais; **Journal of Public Law**, 1957. p. 279-295.

HELD, D. **MODELOS DE DEMOCRACIA**. Ed. Paidéia. Belo Horizonte. 1987.

MAINWARING, S.; BRINKS, D.; LINÁN, A. P. CLASSIFICANDO REGIMES POLÍTICOS NA AMÉRICA LATINA, 1945-1999. **Revista Dados** – Rio de Janeiro. 2001.

O'DONNELL, Guillermo. **TEORIA DEMOCRÁTICA E POLÍTICA COMPARADA**; Rio de Janeiro, Scielo, 1999.

O'DONNELL, Guillermo. **Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina**; São Paulo, Novos estudos Cebrap; 1998.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal, and ANDREA Castagnola. PRESIDENCIAL CONTROL OF HIGH COURTS IN LATIN AMERICA: A LONG-TERM VIEW (1904-2006); IN: **Journal of politics in Latin America**; 2009.

SCHUMPETER, J. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**; Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

OS MOTORISTAS DE APLICATIVO COMO TRABALHADORES INTERMITENTES

APP DRIVERS AS ZERO-HOUR WORKERS

Lincoln Simões Fontenele

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Sete de Setembro (Uni7). Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Mestre em Direito, Constituição e Ordens Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutorando em Sociologia pela Universidade de Bielefeld, Alemanha, e doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Resumo: O motorista de aplicativo, também chamado de “uberizado”, é considerado empregado intermitente. Para tanto, a pesquisa passa por uma análise da conjuntura da sociedade para descrever que novas relações de trabalho flexíveis nascem com o toyotismo e a *sharing economy*. O direito do trabalho, como consequência e para se manter funcionando, precisa criar algum nível de adequação a essa realidade. O modelo empregatício tradicional celetista não é suficiente para dar conta desta nova modalidade de trabalho, razão pela qual a dogmática e a jurisprudência trabalhista brasileira encontram-se em dificuldade para chegar em um ponto em comum. Utilizando-se do método dedutivo para a aplicação das regras de trabalho intermitente, tem-se que esse regime jurídico se apresenta como uma solução viável na medida em que o trabalho destes motoristas cumpre com seus requisitos legais, principalmente o da presença de subordinação jurídica. Apesar de ser uma novidade técnica e hermenêutica, o presente artigo defende a viabilidade jurídica de o motorista de aplicativo ser considerado empregado intermitente.

Palavras-chave: Trabalho intermitente. Motorista. Aplicativo. Uber.

Abstract: *The app driver, also called “uberized”, is considered a zero-hour worker. To do so, the research analyzes the conjuncture of society to describe that new flexible labor relations are born with toyotism and the sharing economy. Labor law, as a consequence and to keep itself functioning, needs to create some level of adequacy to this reality. The traditional employment model of the Brazilian labor law is not enough to deal with this new modality of work, which is the reason why the Brazilian labor theory and labor courts find it difficult to reach a common point of view. By using a deductive method to apply the rules of zero-hour work, this legal arrangement presents itself as a possible solution to the extent that the work of these drivers complies with its legal requirements, especially the presence of legal dependency. Despite it is a technical and hermeneutic novelty, this paper advocates the legal viability of the app driver as zero-hour workers.*

Keywords: *Zero-hour work. Driver. App. Uber.*

Sumário: 1 Introdução – 2 O surgimento da “uberização” na realidade social do trabalho – 3 O trabalho intermitente e seus critérios legais na jurisprudência brasileira – 4 Os motoristas de aplicativo como trabalhadores intermitentes – 5 Considerações finais – Referências.

1 INTRODUÇÃO

As relações de trabalho sempre estiveram em constante transformação. O papel do di-

reito, para continuar exercendo sua função, não pode ser outro senão o de conseguir adequar-se às novas condições materiais. A Quarta Revolução Industrial e a *sharing economy* trazem novas realidades para o direito do trabalho que desafiam sua forma tradicional de ser. Nesse cenário, justifica-se a pesquisa sobre o trabalho exercido pelos motoristas de aplicativo, pois ele demanda novas respostas do direito.

A hipótese do presente trabalho aponta que tais motoristas são efetivamente empregados intermitentes, dada as características encontradas na realidade dos fatos e a regulação inserida na CLT sobre essa nova modalidade de emprego. Apesar de essa alternativa técnica e hermenêutica ser novidade no debate dogmático e jurisprudencial, será possível observar neste artigo, a partir de uma dedução lógica dos requisitos fático-jurídicos do vínculo de emprego na modalidade de trabalho intermitente, as condições necessárias para a sua configuração e verificar que, realmente, esse trabalho “uberizado” pode ser regulado por esse novo arcabouço legal que veio com a Reforma Trabalhista de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

2 O SURGIMENTO DA “UBERIZAÇÃO” NA REALIDADE SOCIAL DO TRABALHO

A “uberização”, considerada aqui como exercício do trabalho por plataformas digitais, faz parte de uma tendência que hoje pode ser associada ao que se chama de “Quarta Revolução Industrial” (cf. SCHWAB, 2016). Em breves palavras, esse movimento da economia tem mudado a forma de se exercer o labor, o que vem gerando irritações e transformações no direito do trabalho, que precisa, de alguma forma, dar respostas a essa nova realidade. Portanto, é uníssono que ele deve ser repensado, seja do ponto de vista legislativo, seja do ponto de vista jurídico-dogmático.

A literatura de história da economia não deixa de mencionar a importância de alguns fenômenos que efetivamente transformaram a produção capitalista. Consequentemente, o programa jurídico é afetado de forma indireta, porque ele tenta se adequar à nova realidade. Pode-se dizer que tais transformações se encontram dentro de um novo ramo do conhecimento que foi criado para gerar mais eficiência produtiva, a saber: a organização do trabalho (PINTO, 2013, p. 21-22). Taylor, que teve grande participação na construção do corpo de conhecimento sobre esse assunto, tratou de inaugurar sua obra *The Principles of Scientific Management*, de 1911, com a proposta de que a administração tinha, como objetivo, a máxima prosperidade da empresa e do empregado (1968, p. 19). A ideia era que cada ação de um trabalhador fosse precedida por atos preparatórios e já executados por outros trabalhadores (TAYLOR, 1968, p. 42). Por esta razão, no taylorismo, o exercício da gerência ganha um grande destaque, pois garante a máxima efetividade na organização do trabalho, controlando os tempos e as ações dos trabalhadores.

O taylorismo foi reformado por Henry Ford, na *Ford Motor Company*, ganhando uma nova roupagem, o que ficou conhecido como fordismo. A grande mudança, aqui, foi a inserção de esteiras de trabalho. Havia um interesse em eliminar os períodos em que o trabalhador ficasse andando para procurar peças e ferramentas (FORD; CROWTHER, 1923, p. 79-80). Agora, para poupar tempo, o trabalho seria entregue ao trabalhador na posição em que ele estivesse. Isso, somado à produção em massa para ser acessível a um maior número de consumidores, tornou-se a grande característica do fordismo.

A partir dos anos 1970 e do fim da “Era de Ouro” da economia, o mercado internacional fica cada vez mais competitivo. A administração e a organização do trabalho tornam-se objeto de profundas transformações como forma de aumentar a concorrência e eficiência. O modelo toyotista surge e começa a dar destaque a grandes empresas quando empregado. Não significa que o fordismo e o taylorismo foram extintos, mas apenas que perderam sua predominância,

restando em empresas de países periféricos e voltadas ao mercado interno.

O toyotismo foi desenvolvido por Taiichi Ohno, na *Toyota Motor Company*, e foi fruto de diversas inovações que duraram em torno de 30 anos após a década de 1950 (MURAMATSU, 1997, p. 19). A ideia era produzir em pequenas quantidades e com baixo custo, mas com maior variedade, indo de encontro com a produção massificada americana do fordismo (OHNO, 1997, p. 24).

Duas características do toyotismo podem ser pensadas com paralelos na forma de trabalho dos motoristas por aplicativo: *just-in-time* e autonomia. Enquanto o *just-in-time* evita desperdício com a diminuição no uso de estoques e produção apenas na medida em que há demanda, a autonomia significa a utilização de maquinário com a menor necessidade de mão de obra possível (OHNO, 1997, p. 28). Essa busca pela eficiência e flexibilidade acabou se tornando orientadora da chamada *sharing economy*, como é o caso do trabalho desempenhado pelos motoristas de aplicativo.

O fato de se utilizar de aplicativos e Internet tem caracterizado um contexto chamado de “Quarta Revolução Industrial” por Klaus Schwab (2016, p. 16). O seu uso em novos sistemas de produção, como é o caso do serviço prestado pela empresa Uber, trouxe um novo modelo de trabalho que precisa, de alguma maneira, ser recepcionado pelo direito. A *sharing economy*, assim como outros novos modelos de produção, foi alvo de preocupação do Fórum Econômico Mundial, que produziu um relatório para tentar analisar seus impactos (cf. 2015). Por essa razão, fica cada vez mais clara a importância de serem pesquisadas consequências trabalhistas oriundas desse novo movimento da economia com o suporte da tecnologia.

As plataformas digitais de trabalho, dentre as quais estão aquelas que gerenciam motoristas de aplicativo, questionam fortemente o tradicional vínculo de emprego celetista. Observa-se que a dogmática trabalhista precisa encontrar um ponto em comum para que o direito continue a exercer a sua função, desta vez englobando essa nova realidade produtiva. Nesse caso, a proposta, como já se adiantou anteriormente, é pela aplicabilidade do regime de emprego intermitente, o que se aprofundará em seguida.

3 O TRABALHO INTERMITENTE E SEUS CRITÉRIOS LEGAIS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Entende-se, aqui, que o esforço de entender o trabalho de motoristas por aplicativo, no Brasil, não tem como deixar de também enfrentar sua caracterização como trabalho intermitente, o que parece desafiar, em alguma medida, os requisitos gerais da relação de emprego estabelecidos pela CLT. É claro que, a esta altura do debate, propor que esse grupo de trabalhadores seja regulado pelo regime de trabalho intermitente ainda se trata de uma proposta nova e ainda pouco desenvolvida no direito brasileiro.

A Reforma Trabalhista de 2017 (Lei nº 13.467/2017) trouxe esse regime de trabalho ao acrescentar na CLT os arts. 443, § 3º, e 452-A. A grande característica que gera discussão na dogmática trabalhista é a falta de pagamento enquanto não houver efetiva prestação de serviços. Porém, esse é um debate que não importa no momento, porque a proposição de o trabalho em plataforma digital ser considerado vínculo de emprego intermitente ainda precisa ser pacificada para, após, discutir a possibilidade jurídica de remuneração em momentos ociosos do trabalhador. Enquanto alguns procuram as características do vínculo de emprego do trabalho uberizado nas normas gerais e tradicionais da CLT, parece ser mais útil e promissor enfrentá-lo como emprego na modalidade de contrato de trabalho intermitente.

As regras gerais do vínculo empregatício encontram-se nos arts. 2º e 3º da CLT, sendo nominadas como (1) pessoa física, (2) pessoalidade, (3) onerosidade, (4) não-eventualidade e

(5) subordinação. A dificuldade em verificar se o motorista uberizado preenche essas características geralmente esbarra no problema da eventualidade e da subordinação. Nesse sentido, é possível encontrar decisões tanto do STJ quanto do TST.

O STJ, no Conflito de Competência nº 164.533-MG, reconhece que o momento atual da *sharing economy* traz realmente novas modalidades de trabalho, mas entendeu não se tratar de relação de emprego, porque os motoristas de aplicativo Uber seriam “empreendedores individuais” e estariam em uma relação “eminente civil”:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS AJUIZADA POR MOTORISTA DE APLICATIVO UBER. RELAÇÃO DE TRABALHO NÃO CARACTERIZADA. SHARING ECONOMY. NATUREZA CÍVEL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL. 1. A competência *ratione materiae*, via de regra, é questão anterior a qualquer juízo sobre outras espécies de competência e, sendo determinada em função da natureza jurídica da pretensão, decorre diretamente do pedido e da causa de pedir deduzidos em juízo. 2. Os fundamentos de fato e de direito da causa não dizem respeito a eventual relação de emprego havida entre as partes, tampouco veiculam a pretensão de recebimento de verbas de natureza trabalhista. **A pretensão decorre do contrato firmado com empresa detentora de aplicativo de celular, de cunho eminentemente civil.** 3. As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (*sharing economy*), em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, **os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma.** 4. Compete à Justiça Comum Estadual julgar ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos materiais e morais ajuizada por motorista de aplicativo pretendendo a reativação de sua conta UBER para que possa voltar a usar o aplicativo e realizar seus serviços. 5. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Estadual (CC n. 164.544/MG, relator Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 28/8/2019, DJe de 4/9/2019). (BRASIL, 2019, grifamos).

O TST (5ª Turma), em 2020, entendeu que, pelo fato de o motorista possuir uma autonomia maior que a dos sujeitos que se enquadram como empregados nos termos tradicionais da CLT, não lhe seria permitido o reconhecimento do vínculo de emprego. Para os ministros, ao se considerar a possibilidade de o trabalhador ficar “*off line*” sem delimitação de tempo, haveria uma autodeterminação e uma ampla liberdade que seriam incompatíveis com o pressuposto da subordinação empregatícia:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. Em razão de provável caracterização de ofensa ao art. 3º, da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. Destaque-se, de início, que o reexame do caso não demanda o revolvimento de fatos e provas dos autos, isso porque a transcrição do depoimento pessoal do autor no acórdão recorrido contempla elemento fático hábil ao reconhecimento da confissão quanto à autonomia na prestação de serviços. Com efeito, **o reclamante admite expressamente a possibilidade de ficar “*off line*”, sem delimitação de tempo, circunstância que indica a ausência completa e voluntária da prestação dos ser-**

viços em exame, que só ocorre em ambiente virtual. Tal fato traduz, na prática, a ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia. Tal auto-determinação é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação, elemento no qual se funda a distinção com o trabalho autônomo. Não bastasse a confissão do reclamante quanto à autonomia para o desempenho de suas atividades, é fato incontroverso nos autos que o reclamante aderiu aos serviços de intermediação digital prestados pela reclamada, utilizando-se de aplicativo que oferece interface entre motoristas previamente cadastrados e usuários dos serviços. Dentre os termos e condições relacionados aos referidos serviços, está a reserva ao motorista do equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário, conforme consignado pelo e. TRT. O referido percentual revela-se superior ao que esta Corte vem admitindo como bastante à caracterização da relação de parceria entre os envolvidos, uma vez que o rateio do valor do serviço em alto percentual a uma das partes evidencia vantagem remuneratória não condizente com o liame de emprego. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 10001238920175020038, Relator: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 05/02/2020, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/02/2020) (BRASIL, 2020a, grifamos).

Apesar disso, em 2022, já é possível encontrar no TST decisão divergente, como é o caso de uma proferida pela 3ª Turma, com relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado, que entendeu ser uma prestação de serviço preenchida por todos os requisitos do vínculo de emprego, conforme trecho selecionado:

Dados fáticos constantes do acórdão regional referindo-se a relação socioeconômica abrangente do período de quase dois meses. Presença dos elementos integrantes da relação empregatícia. Incidência, entre outros preceitos, também da regra disposta no parágrafo único do art. 6º da CLT (inserida pela lei n. 12.551/2011), a qual estabelece que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”. **Presença, pois, dos cinco elementos da relação de emprego, ou seja: pessoa humana prestando trabalho; com personalidade; com onerosidade; com não eventualidade; com subordinação** (BRASIL, 2022, grifamos).

A questão do preenchimento dos requisitos da relação de emprego na modalidade dos arts. 2º e 3º da CLT pelos motoristas de aplicativo ainda repousa em divergência na jurisprudência brasileira.

Uma forma de se afastar essa discussão seria com a adesão dogmática e jurisprudência trabalhistas ao reconhecimento de vínculo de emprego na modalidade de trabalho intermitente. É essa a proposta que se faz aqui. Continuar insistindo no modelo tradicional dos arts. 2º e 3º da CLT para dar conta de uma relação de trabalho que tem em sua natureza a flexibilidade da *sharing economy* não tem permitido segurança jurídica até o presente momento, porque a margem de discussão dogmática* no preenchimento dos requisitos ainda está muito grande, gerando várias divergências.

A proposta aqui é, então, tratar o trabalho flexível com as normas de trabalho flexível. Por isso, o vínculo de emprego na modalidade de trabalho intermitente se mostra profícuo. Como disse o Deputado Federal Rogério Marinho, relator do Projeto de Lei nº 6.787/2016, que

* Entendendo a dogmática aqui como uma mediação que resulta em decisões jurídicas consistentes, isto é, realiza um controle de consistência de decisões no direito para definir as condições do juridicamente possível (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 97).

resultou na Lei nº 13.467/2017, “é hora de disciplinarmos na CLT as novas modalidades de contratação decorrentes das inovações tecnológicas e suas consequências, tais como o contrato de trabalho intermitente e o teletrabalho” (BRASIL, 2017, p. 21). Ao justificar as alterações legislativas referentes ao trabalho intermitente, o relator pretendeu incluir situações de “subemprego” que não eram reconhecidas pela ordem jurídica trabalhista:

Reforçamos que o objetivo que pretendemos alcançar com essa reforma é o de modernizar as relações do trabalho, sem que haja precarização do emprego. Não mais podemos aceitar que as rígidas regras da CLT impeçam a absorção pelo mercado de trabalho dos milhões de brasileiros que integram as estatísticas oficiais do desemprego, do subemprego e dos que desistiram de procurar por um emprego, após anos de busca infrutífera por uma ocupação no mercado. Mas, nem por isso, estamos propondo a revogação de direitos alcançados pelos trabalhadores após anos de lutas intensas. Até porque, grande parte desses direitos estão inseridos no art. 7º da Constituição Federal, de observância obrigatória pelos empregadores, os quais não são objeto de apreço nesta oportunidade. Nessa linha de atuação, um dos modelos que buscamos regulamentar é o contrato de trabalho intermitente (BRASIL, 2017, p. 49).

Seguindo a mesma intenção do legislador, vale a pena verificar se o trabalho intermitente permite a inclusão de motoristas de aplicativo como verdadeiros empregados, mas inseridos nessa modalidade especial.

As novas características de contrato de trabalho nessa modalidade de emprego estão tanto no art. 443, § 3º, quanto no art. 452-A, ambos da CLT. O primeiro tratou de conceituá-lo:

Art. 443 [...]

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

A não continuidade (ou eventualidade) é a grande diferença do regime de trabalho intermitente para as relações dos contratos de trabalho comuns. Quem dita o ritmo de trabalho é a demanda pelo serviço, nada mais flexível e toyotista que isso. É possível que a pessoa possa ser contratada por dias, meses ou horas. Com isso, uma conclusão jurídica que se tira é que a mera disponibilidade sem que haja prestação de trabalho não gera qualquer pagamento.

Portanto, a sua grande característica é a falta de continuidade, porque são admissíveis interrupções contratuais a depender de haver demanda de serviço ou não. Embora o trabalhador possa ficar meses sem trabalhar nem receber salário, ele contará, para as estatísticas, como um vínculo de emprego ativo. Dessa forma, é importante que se destaque que ele estará fora dos números de desemprego.

O fato de só se receber pelo trabalho prestado gera consequências nos direitos trabalhistas, muitos dos quais simplesmente não são devidos a essa modalidade de empregado. A saber, Delgado identifica que estão alheios a direitos oriundos do regime de duração do trabalho, como tempo à disposição*, intervalos intra e interjornadas, descansos semanais remunerados e descansos em feriados:

* Por expressa previsão legal, no art. 452-A, § 5º, da CLT, a disponibilidade ou inatividade do trabalhador não contará como tempo de serviço a ser pago.

Ademais, por meio da rigorosa correlação que fixa entre o estrito trabalho prestado e o estrito salário devido, não só viabiliza eliminar (ou restringir) diversas parcelas e garantias inerentes à contratação empregatícia padrão, tais como, por exemplo, tempo à disposição, intervalos intra e interjornadas, descansos semanais remunerados, descansos em feriados. A par disso, instiga o empregador a não preencher, com o seu empregado intermitente, a duração padrão diária, semanal e mensal do contrato (oito horas ao dia, 44 horas na semana, 220 horas no mês – neste caso já considerados os descansos semanais remunerados), tornando, com essa estratégia, muito mais desvalorizado, precário, barato mesmo, o trabalho humano (2019, p. 673).

Em que pese a ausência destes direitos, o art. 452-A da CLT e seus parágrafos orientam como a prestação deste serviço se dá e quais parcelas salariais são devidas. Nesse ponto, também é importante dar destaque ao procedimento de oferta e aceitação de demanda, do qual fazem parte as disposições dos §§ 1º a 4º:

Art. 452-A [...]

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

Veja-se que é estabelecido um sistema de convocação, que em muito ajuda a pensar o exercício do trabalho por motoristas de aplicativo. O § 1º indica que a convocação pode ser feita por qualquer meio de comunicação eficaz, indicando a jornada. Em seguida, os §§ 2º e 3º tratam da possibilidade de o empregado simplesmente recusar a demanda. Portanto, também caracteriza o trabalho intermitente a faculdade em se aceitar trabalhar ou não, sem que isso resulte em falta que justifique extinção do contrato.

Por fim, o § 4º estabelece uma penalidade em caso de descumprimento da oferta que fora aceita, a qual pode ser imputada tanto ao empregado quanto ao empregador. Até então, não é algo incomum de se encontrar em contratos de trabalho, porque tanto uma parte quanto a outra podem descumprir cláusulas que gerem penalidades.

Os parágrafos que se seguem no art. 452-A, CLT, fazem parte da descrição de suas demais características. Tratam apenas das parcelas salariais que serão pagas e não auxiliam na seleção de seus requisitos fático-jurídicos, isto é, naquilo que implicará na observância do regime do contrato de trabalho intermitente.

4 OS MOTORISTAS DE APLICATIVO COMO TRABALHADORES INTERMITENTES

Apresentados o contexto produtivo aliado à tecnologia e as formas legais de se desenvolver o trabalho intermitente, resta entender como o serviço prestado por motoristas de aplicativo, dos quais são exemplos aqueles que trabalham na plataforma da Uber, podem ser considerados trabalhadores intermitentes. Como dito antes, deve-se tratar o trabalho flexível com as normas de trabalho flexível, e este é o caso do empregado intermitente e do trabalho “uberizado”.

O trabalho intermitente tem como característica legal a não continuidade, segundo o

art. 443, § 3º, da CLT. Não há uma expectativa de ser sempre chamado ao serviço, porque isso é decisão do empregador. Ele escolherá quando o trabalho precisará ser prestado. Essa situação consegue ser observada também no caso dos motoristas de aplicativo. Afinal, é o algoritmo que decide o momento de chamar o trabalhador para realizar um serviço. Trata-se de um processo automatizado de união entre demanda de serviço pelo cliente e o trabalhador prestador desse serviço.

Como se depreende das regras do art. 452-A, §§ 1º a 4º, CLT, existe uma proposta de serviço feita pelo empregador e uma possível aceitação pelo trabalhador. No caso dos motoristas, isso já acontece pelo próprio aplicativo de forma automatizada. A Uber, por exemplo, notifica o trabalhador de que há um cliente precisando de transporte, informa os detalhes da corrida e o preço da prestação do serviço. Em seguida, o motorista decide se aceita a proposta ou não.

Os referidos dispositivos trazem prazos para se realizar a oferta e para ela ser aceita. Contudo, nenhuma interpretação jurídica poderia afastar a caracterização e o funcionamento do trabalho intermitente pelo fato de isso se dar quase que instantaneamente, situação em que a oferta é feita poucos minutos antes de o motorista buscar o passageiro e prestar o transporte. É uma realidade que a Quarta Revolução Industrial impõe, à qual o direito deve se permitir alguma adequação.

A alternância de períodos de prestação de serviços e inatividade também ocorre com os tais motoristas. Eles têm a liberdade de ligar e desligar sua disponibilidade no aplicativo, informando aos algoritmos quando podem exercer o trabalho. Ainda, quando ligado, fica na espera de uma demanda para realizar o transporte. Portanto, segundo esse critério, não há incompatibilidade alguma entre o transporte por aplicativo e o trabalho intermitente.

A questão da subordinação também não traz grandes transtornos para o reconhecimento dos pressupostos fático-jurídicos que caracterizam o empregado como trabalhador intermitente. Afinal, o motorista assina um contrato com a plataforma digital, o qual regerá a relação. É claro que tal contrato pode prever que se trata de apenas uma relação civil, mas isso não impede a aplicação do princípio da realidade dos fatos para reconhecer uma relação de emprego quando efetivamente houver uma, como é o caso do trabalho intermitente.

Um desdobramento dessa subordinação tem sido discutido, do qual surge a alegação de que o motorista é autônomo para realizar o serviço e da forma que o queira. Contudo, esse tipo de proposição não encontra amparo quando uma visão mais aprofundada é realizada. Veja-se que, além do próprio contrato ao qual está sujeito, o motorista ainda se submete às decisões do algoritmo da plataforma.

Durante a relação de trabalho, é o algoritmo que distribui o cliente, seleciona o percurso, calcula o seu valor e escolhe o motorista. Ainda, o próprio algoritmo decide atraí-los para determinada região a fim de suprir a demanda, como acontece com o aumento de preço para incentivar o deslocamento a determinadas localidades da cidade.

Outro ponto que fere a tese da autonomia do motorista é a solução de disputas realizadas com o cliente e a aplicação de penalidades. Quem decide eventuais frustrações e reparação de danos é a plataforma. Por isso, pode-se dizer que, assim como os empregados celetistas comuns e o intermitente, a relação de trabalho de motoristas de aplicativo também os sujeita à aplicação de penalidades, como a suspensão temporária de sua conta junto à plataforma e até a sua efetiva expulsão, o que exerce a mesma função das penalidades aplicadas pelos empregadores no direito do trabalho brasileiro. Dessa forma, é possível identificar o exercício do poder punitivo típico de empregador, mas dessa vez exercido pelas plataformas digitais.

O art. 443, § 3º, CLT, permite que as normas de trabalho intermitente sejam aplicáveis a qualquer relação laboral, independentemente do tipo de atividade, com exceção dos aeronautas. Não se pode falar, portanto, de exclusão legal dos motoristas de aplicativo, porque a autorização

legal é ampla.

Por fim, existe uma situação que é pouco tratada pela literatura e que diz respeito à “greve” realizada por tais motoristas. Em termos gerais, greve é a paralisação de serviço até que seja atendida determinada reivindicação. Acontece que, quando há uma prática coletiva de recusa de determinadas corridas, o preço costuma subir, segundo a dinâmica do algoritmo. Independentemente do nome que isso receba, acaba exercendo a mesma função que uma verdadeira greve, porque há paralisação do trabalho até que a remuneração seja aumentada. A Uber, por exemplo, sabe que perde receita com esse tipo de prática. Por essa razão, ela mede a “taxa de aceitação” do motorista e pune aqueles que não a cumprirem, pois, segundo ela, “o abuso do recurso de cancelamento de viagens configura mau uso da plataforma” (UBER, 2022). Se essa punição ocorresse em outras situações mais tradicionais de emprego, seria uníssona na dogmática que tal hipótese configuraria frustração ao movimento grevista ou conduta antigrevista. Por que não tão claro quando se trata do trabalho “uberizado”?

Até o presente momento, não há quase nenhuma manifestação jurisprudencial sobre a caracterização dos motoristas de aplicativo como empregados intermitentes. Recentemente, ocupou espaço em jornais do meio jurídico uma decisão da juíza Anna Beatriz de Castilhos Costa, do TRT da 17ª Região, no processo 0001089-09.2021.5.17.0007, que reconheceu vínculo de emprego a tal categoria (PAIVA, 2022). No entanto, o cenário é de pouca segurança jurídica, merecendo a dogmática e a jurisprudência se debruçar mais sobre o assunto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível observar que o trabalho “uberizado” faz parte de uma realidade de flexibilização e desregulamentação das relações de trabalho, típico do toyotismo e da *sharing economy*. Enquanto o presente estudo se dedicou à realidade dos motoristas de aplicativo, nada impede que esse mesmo contexto seja considerado para a observação de outras modalidades flexíveis de prestação de serviço.

Depois dessa descrição de conjuntura social, jurídica e econômica, a pesquisa se dedicou à verificação dos requisitos fático-jurídicos do vínculo de trabalho intermitente em comparação com os do vínculo de emprego tradicional. Foi possível destacar os critérios legais do vínculo intermitente e sua utilidade para o trabalho de motoristas de aplicativo.

Por fim, em último momento, a pesquisa entende que a tais trabalhadores são aplicáveis as normas do trabalho intermitente, porque seus requisitos encaixam-se quando verificada a realidade dos fatos de tal categoria. A subordinação, principal requisito, foi identificada na relação entre empregado e algoritmo, permitindo que seja hipótese de vínculo de emprego, mas na modalidade de trabalho intermitente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Parecer ao projeto de lei nº 6.787, de 2016**. Brasília, 26 abr. 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em: 9 set. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Conflito de Competência nº 164.544-MG**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 4 set. 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=CC%20164544>. Acesso em 26 set. 2022.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **RR – 1000123-89.2017.5.02.0038**. Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos. Brasília, 7 fev. 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/afastado-v%C3%ADnculo-de-emprego-entre-motorista-e-plataforma-de-transporte-por-aplicativo>. Acesso em 26 set. 2022.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **RR – 100353-02.2017.5.01.0066**. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. Brasília, 11 abr. 2022. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/3%C2%AA-turma-reconhece-v%C3%ADnculo-de-emprego-entre-motorista-e-uber>. Acesso em: 26 set. 2022.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FORD, Henry; CROWTHER, Samuel. My life and work. Nova York: **Doubleday, Page & Company**, 1923.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. Deep shift: technology tipping points and societal impact. **Global agenda council on the future of software and society**, [S.l.] set. 2015. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_Technological_Tipping_Points_report_2015.pdf. Acesso em: 30 set. 2022.

MURAMATSU, Rintaro. Introdução. In: OHNO, Taiichi. **O sistema Toyota de produção**: além da produção em larga escala. Porto Alegre: Bookman, 1997, p. 19- 20.

OHNO, Taiichi. **O sistema Toyota de produção**: além da produção em larga escala. Porto Alegre: Bookman, 1997.

PAIVA, Letícia. Juíza de Vitória reconhece motorista de Uber como trabalhador intermitente. **Jota**, 02 set. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/juiza-de-vitoria-reconhece-motorista-de-uber-como-trabalhador-intermitente-02092022>. Acesso em: 30 set. 2022.

PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século XX**: taylorismo, fordismo e toyotismo. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

TAYLOR, Frederick Winslow. **Principios de administración científica**. Tradução de Ramón Palazón. 10. ed. México: 1968.

UBER. Como funcionam as taxas de aceitação e cancelamento. **Uber blog**, 11 jul. 2022. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/blog/como-funciona-taxa-aceitacao-cancelamento>. Acesso em 30 set. 2022.

A MIGRAÇÃO NO MUNDO GLOBAL SOB O OLHAR DO PROJETO EXTENSIONISTA: Migração, Identidade e Cidadania (MIC)

MIGRATION IN THE GLOBAL WORLD AS SEEN BY THE EXTENSIONIST PROJECT: MIGRATION,
IDENTITY AND CITIZENSHIP (MIC)

Alessandra Figueiró Thornton

Aluna do 6º semestre do Curso de Direito, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS.

Resumo: O seguinte trabalho tem como objetivo apresentar um relato de experiência acerca das vivências desenvolvidas no Projeto Extensionista Comunitário, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP-RS, denominado Migração, Identidade e Cidadania, cujo escopo principal foi abordar a questão da migração nacional e transnacional, bem como seus desdobramentos à sociedade atual. Além disso, o projeto buscou analisar as consequências causadas pelos processos migratórios em relação à cidadania e identidade dos migrantes envolvidos nos mais diversos cenários do mundo global. O projeto contou com encontros remotos, que se desenvolveram ao longo do ano de 2020, 2021 e 2022, ocorrendo uma vez por semana, com duração de 1 hora, além de encontros extras (palestras, formações) e estudos diversos relativos ao tema presente. O projeto teve a orientação da docente da disciplina de Direito Internacional e contou com alunos oriundos da graduação, bem como egressos do curso de Direito da respectiva instituição. Ao final do ano de 2021, os participantes do projeto elaboraram um artigo, individual ou em dupla, resultante dos estudos abordados durante o mesmo. Esses artigos foram compilados em um livro, o qual deverá ser publicado no 1º semestre de 2023.

Palavras-chave: Mundo Global. Migração. Identidade. Cidadania.

Abstract: *The following paper aims to present an experience report about the experiences developed in the Community Extension Project, of the Superior School of Public Prosecution Foundation of Rio Grande do Sul – FMP-RS, called Migration, Identity and Citizenship, whose main scope was to address the issue of national and transnational migration, as well as its developments in today's society. In addition, the project analyzed the consequences caused by migratory processes in relation to citizenship and identity of the migrants involved in the most diverse scenarios of the global world. The project included remote meetings, which took place throughout 2020, 2021 and 2022, once a week, lasting 1 hour, as well as extra meetings (lectures, trainings) and several studies related to the present theme. The project was supervised by the professor of International Law and included undergraduate students, as well as graduates from the Law course of the respective institution. At the end of the year 2021, the participants of the project wrote an article, individually or in pairs, resulting from the studies covered during the project. These articles were compiled into a book, to be published in the first semester of 2023.*

Keywords: *Global World. Migration. Identity. Citizenship.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Apresentação e Método: 2.1 O Projeto Extensionista. 2.2 A Criação do Curso: Precursor do Projeto. 2.2.1 Oficina de Capacitação. 2.3 O Início do Projeto. 2.3.1 Fundação Escola Superior do Ministério Público e Serviço Jesuíta para Migrantes e Refugiados – Aulas de Português. 2.4 Participantes do projeto. 2.5 Ações do Projeto. 2.6 Produção Acadê-

2.6.1 A Migração no Contexto Brasileiro. 2.6.2. A Migração no Contexto da América Latina. 2.6.3. A Migração no Contexto Mundial. 3 Considerações Finais – Referências.

1 INTRODUÇÃO

A formação de grupos de estudo em campos diversos tem se desenvolvido na maior parte das instituições superiores como uma busca constante, objetivando consolidar a produção do conhecimento e aperfeiçoamento do arcabouço acadêmico dos estudantes. Isso oportuniza ao corpo discente uma familiarização na construção da pesquisa como atividade intelectual e produtiva, com vistas a assuntos que mais tarde serão esmiuçados em pesquisas mais profundas. Com isso, a atividade de pesquisa torna-se uma das molas propulsoras do conhecimento, bem como da construção de novos saberes, associados a temas transversais e multidisciplinares (PINHO, 2017).

No campo das ciências jurídicas e sociais, um tema que se torna cada vez mais relevante é a questão da migração e seus mais diversos desdobramentos às sociedades em geral. Nessa direção, sublinham-se as consequências oriundas dos processos migratórios, que, em um contínuo, se estenderão por anos, ganhando cada vez mais intensidade em âmbito nacional e transnacional, à medida que os fluxos migratórios crescem exponencialmente (PINTO; ALVAREZ, 2020).

Esse contexto traz implicações de ordem social, cultural, econômica, política dentre tantos outros fatores que atravessam a migração. Além disso, a migração aborda um fenômeno integrante da própria história da humanidade, ocorrendo desde os primórdios da vida na terra. Nessa perspectiva, Resstel (2015, p. 37) realça o pensamento de Marcel (1967), que “[...considerava tão importante a itinerância do homem que não teve dúvidas em considerá-lo como Homo viator”. A autora aborda ainda a visão de Rouanet (1993), que na mesma linha de pensamento de Marcel (1967), destaca que, “[...a essência do homem é viajar, mesmo que sejam viagens fortuitas e fugazes...]” (RESSTEL, 2015, p. 37).

Diante dessa mobilidade, surge uma sociedade com diferentes dimensões e aspectos culturais, sociais e humanos. A migração não é apenas um fenômeno social, mas um direito humano, ou seja, uma ampliada expressão do direito de ir e vir. Sendo, portanto, essencialmente transversal, a migração pode ser analisada sob vários aspectos, isto é, pode ser entendida pelo viés político, econômico, cultural, esportivo, demográfico, tecnológico, educacional, geohistórico, psicoantropológico, dentre tantos quantos forem os campos do saber.

Pinto e Pinto (2019, p. 100), acerca do fenômeno da migração, realçam que este “[...] comporta categorias que retratam o deslocamento forçado e aquele considerado voluntário, a exemplo do migrante econômico”. Compreender as migrações, suas causas e características, portanto, é somente uma das formas de entender o mundo a partir de elementos humanos e interacionais, os quais estão presentes nos processos migratórios.

Nesse sentido, é de extrema importância que esse tema seja trazido à discussão nas instituições superiores de ensino, especialmente no âmbito sociológico, de forma que possa a pesquisa apontar caminhos e/ou soluções à sociedade sobre a questão da migração no mundo, seus processos, seus atores – os migrantes (pessoas deslocadas/refugiadas). Em face disso, é necessário ainda que a migração se torne um debate em permanente construção em um cenário globalizado. Faz-se destaque a este aspecto, pois, de fato, o que se percebe concretamente, na atualidade, são os muros territoriais – reais ou simbólicos – impostos por fronteiras demarcantes, que não hesitam em barrar os comumente frágeis deslocamentos humanos.

A migração, nesse aspecto, não se caracteriza de forma linear ou voluntária. Na maioria das vezes, trata-se de um deslocamento forçado. Além disso, a migração refere-se a um

dos fenômenos sociais mais pertinentes do mundo contemporâneo, de forma que o próprio conceito em torno da palavra “migração”, ou mesmo suas derivações (emigrante e imigrante), “banalizaram-se ao ponto de, em muitas circunstâncias, serem assumidos de forma acrítica e simplista, com a consequência de reduzir a complexidade do fenômeno migratório a um simples movimento de pessoas” (NOLASCO, 2016, p. 1). É essencial, com isso, compreender que a própria conceituação em torno do vocábulo “migração” imprime uma objetificação em torno da terminologia da palavra e seus pressupostos sociais e identitários.

Nolasco (2016) acrescenta que essa coisificação do termo, por vezes até no meio científico, deve ser confrontada com os próprios fatos migratórios, de forma a levantar questionamentos sobre essa categorização preconceituosa e estereotipada. Para tanto, o autor refere-se à distinção, em geral feita por sociedades receptoras de migrantes, designando indivíduos com termos diferenciados, mesmo que esses compartilhem a mesma categoria conceitual, ou seja, migrantes são provenientes da periferia europeia, africanos ou sul-americanos, que têm um estatuto profissional indiferenciado. Essa categorização traz um aspecto negativo ao indivíduo. É fácil entender a diferença quando o mesmo termo é comparado à palavra “estrangeiro”, que classifica o indivíduo oriundo de países centrais, ou ainda, sujeitos que possuem um estatuto social e profissional relevante (NOLASCO, 2016).

Assim, a falta de definições precisas e distintas, bem como a gama de categorias migratórias utilizadas, além da dificuldade em dimensionar os diferentes deslocamentos formam obstáculos à ampla compreensão do fenômeno da migração. Com isso, aumenta, em escala global, a falta de conhecimento, de acesso e o consequente desenvolvimento de políticas adequadas sobre a realidade migratória de um dado momento e lugar (NOLASCO, 2016). Ademais, criam-se estereótipos em relação à figura do sujeito migrante, deslocado e/ou refugiado.

Sob a perspectiva histórica, Sasaki e Assis (2000) salientam que até pouco antes do início do século XX, a migração ainda não era vista como um problema sociológico. Todavia, com a alta mobilidade de populações oriundas da Europa, Ásia e Oriente Médio para os países do Novo Mundo, especialmente para os Estados Unidos, esse tema passou a integrar a discussão dos fenômenos sociais, que passou a envolver a migração. Esse deslocamento, resultado do crescimento populacional, das crises econômicas, religiosas e políticas de nações migrantes, gerou um forte “[...]debate político nos Estados Unidos, sobretudo tendo em vista a preocupação emergente nesse país com a constituição da sociedade frente à presença de imigrantes, debate este que ainda hoje é bastante polêmico” (SASAKI; ASSIS, 2000, p. 4).

Um ponto de partida em torno das migrações são os números desta realidade. Entender as mudanças, bem como os dados demográficos variáveis relativos às transformações sociais e econômicas globais, auxilia a compreender o mundo dinâmico atual. Além disso, expõe perspectivas para planejar o futuro. Em 2019, a estimativa migratória global foi de cerca de 272 milhões de migrantes internacionais. Isso corresponde a 3,5% da população mundial. Esse número é pequeno contingencialmente, de forma que, permanecer no país de origem continua sendo a regra.

No entanto, é um número alto em um recorte local e temporal e, alguns casos, até mesmo populacional. Outro dado relevante acerca da migração é que, a grande maioria das pessoas não migra utilizando as fronteiras terrestres em direção a outros países, isto é, um número cada vez maior de pessoas migra dentro de seus próprios territórios – 740 milhões de migrantes internos em 2009 (ONU, 2019). A respeito do exposto, destaca-se o trazido pelo último Relatório Mundial das Nações Unidas sobre Migração, o qual revelou que “[...]havia 281 milhões de migrantes internacionais, no ano passado, o equivalente a 3,6 % da população global” (ONU, 2022). Em comparação à década de 70, esse dado conta com 200 milhões a mais de pessoas (ONU, 2022).

Depreende-se, portanto, que a maioria esmagadora dos migrantes internacionais desloca-se por razões ligadas ao trabalho, à família ou aos estudos. Esse processo, todavia, não desafia os que migram ou os países em que os migrantes adentram. Entretanto, é esse o ponto alto deste relato; outras pessoas deixam suas casas e países, e até mesmo suas famílias, por uma série de razões, às vezes trágicas, tais como os conflitos armados, as perseguições e os desastres naturais.

Assim, apesar de as pessoas deslocadas, como as refugiadas e deslocadas internas, fazerem parte de um percentual relativamente pequeno de todos os migrantes, em geral, são elas as que mais precisam de assistência e apoio (ONU, 2019).

Diante do exposto, o presente relato busca apresentar as vivências trazidas durante os encontros do Projeto Extensionista Comunitário – MIC, a fim de tratar do tema da migração, que configura-se como a mais alta relevância às ciências jurídicas e sociais. Para tanto, será apresentada a metodologia do presente estudo, o qual pretende descrever como o trabalho se desenvolveu, as discussões e apresentações elaboradas acerca do tema central, bem como as considerações finais.

2 APRESENTAÇÃO E MÉTODO

2.1 O PROJETO EXTENSIONISTA

A partir dos desafios de que fazem parte o mundo contemporâneo, dentro do contexto da mobilidade humana, a presente extensão busca o conhecimento e a compreensão do complexo fenômeno dos deslocamentos forçados e voluntários, além de suas implicações em um cenário global, regional e local*.

O projeto tem como objetivo proporcionar um conhecimento qualificado acerca da temática envolvendo os movimentos migratórios, a fim de compreender o intenso deslocamento contemporâneo e seus desdobramentos, visto que se enquadra como um dos principais desafios a ser enfrentado pela sociedade internacional. Para alcançar esse objetivo e promover o debate sobre a temática, o projeto contou com a criação de um grupo extensionista, o qual será apresentado na sequência.

2.2 A CRIAÇÃO DO CURSO: PRECURSOR DO PROJETO

O Grupo Extensionista Universitário, Migração, Identidade e Cidadania, surgiu a partir de um curso de extensão, denominado Migrações Internacionais Contemporâneas, que teve início em agosto de 2020. O curso, composto voluntariamente por 90 inscritos da instituição, bem como egressos, adotou encontros remotos, às quartas-feiras (05/08; 19/08; 26/08; 02/09; 09/09), das 17h às 19h, contando com uma carga horária total de 10h. O grupo culminou com uma oficina de capacitação, que se deu em um único encontro, na instituição e reuniu vários setores e órgãos da sociedade que tratam da questão da migração no Rio Grande do Sul.

2.2.1 Oficina de Capacitação

Além da ocorrência do curso de extensão, em agosto de 2020, foi realizada na sede da

* Os termos “global”, “regional” e “local”, adotados no presente estudo, dizem respeito à divisão em relação aos artigos desenvolvidos pelo grupo extensionista, na qual, global refere-se à esfera mundial. Já o termo regional faz alusão à migração nas Américas. Por fim, o termo local se refere ao deslocamento interno.

instituição uma oficina de capacitação para servidores municipais e estaduais, além da participação da sociedade civil organizada e dos extensionistas do presente projeto. A parceria se deu entre a instituição que sediou o evento, o Comitê Nacional para Refugiados – CONARE e o Departamento de Migrações – DEMIG – órgãos vinculados ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. A atividade objetivou capacitar os participantes na causa do refúgio e da migração.

2.3 O INÍCIO DO PROJETO

O projeto teve duração anual, sob a coordenação da Professora titular da disciplina de Direito Internacional Público, e vem desde o ano de 2020, estendendo-se ao ano de 2021, com encontros que ocorreram às quartas-feiras, das 17h às 19h. Neste período, o projeto também operou na modalidade remota, em razão das restrições impostas pela pandemia; e exigiu, para a obtenção do certificado de extensão, a presença mínima de 75% de presença, com carga horária total de 108h. A segunda edição, vigente em 2022, com início no mês de março, está dando continuidade às pesquisas sobre migração, e conta atualmente com 13 integrantes, entre estudantes e egressos.

2.3.1 Fundação Escola Superior do Ministério Público e Serviço Jesuíta para Migrantes e Refugiados – Aulas de Português

A Fundação Escola Superior do Ministério Público, por meio do Projeto de Extensão Acadêmico, com viés comunitário – MIC – mantém uma parceria, firmada em 2021, com o Serviço Jesuíta para Migrantes e Refugiados (SJMR), com o objetivo de fortalecer a rede de apoio a migrantes e refugiados, através do ensino da língua portuguesa nas regiões atendidas pelo SJMR.

2.3 PARTICIPANTES DO PROJETO

Ao todo, participaram do Projeto Extensionista Universitário 16 alunos (discentes e egressos) da FMP, os quais operaram de forma voluntária, a fim de prestar suporte às ações que foram sendo feitas em conjunto com outros setores da sociedade. A faixa etária dos estudantes variou de 18 a 45 anos, e o grupo ainda conta com dois egressos da instituição.

2.4 AÇÕES DO PROJETO

Entre as ações desenvolvidas ao longo do projeto, destacam-se as aulas de português síncronas, que foram ministradas uma vez por semana, por discentes voluntários. O monitoramento das atividades assíncronas, bem como o engajamento com os alunos migrantes em grupos de WhatsApp; além do planejamento semanal das aulas e a participação de encontros de formação, dentre outras atividades pedagógicas, foram desenvolvidos pelos estudantes, com a supervisão da professora coordenadora do projeto e dos órgãos que atuaram como mediadores da ação, como o SJMR.

Em relação às atividades desenvolvidas para o ensino da língua portuguesa, incluiu-se: ministrar aulas síncronas uma vez por semana, monitorar atividades assíncronas, engajar-se com os alunos em grupos de WhatsApp, planejar semanalmente as aulas, participar de encontros de formação, dentre outras atividades pedagógicas.

A frequência desta atividade pela instituição se deu uma vez por semana, com duração de 1 hora/aula durante o ano de 2021. A respeito desta ação, traz-se o depoimento de uma das

discentes envolvidas no ensino da língua portuguesa aos migrantes:

Particpei do voluntariado para educação em língua portuguesa para migrantes e refugiados pela Associação Jesuíta durante o primeiro semestre de 2021, dando aulas semanais. Nessa iniciativa tive uma das melhores experiências da minha vida, podendo ter contato direto com pessoas e histórias reais sobre refúgio e migração. Nesse processo, cativei amizade com meus alunos e criamos um vínculo que foi muito além do ensino da língua. Acredito que aprendi muito mais do que ensinei nessa atividade, mas ainda assim, senti que pude fazer uma pequena diferença na vida de algumas pessoas. Foi incrível. Além disso, lidar com culturas e histórias de vidas diferentes transformou minha visão sobre a migração, os direitos humanos e as realidades sociais, e me fez uma melhor estudante (e futura profissional) da área (INFORMAÇÃO VERBAL)*.

Além do depoimento destacado acima, sublinha-se o que trouxe um outro participante do projeto a respeito do voluntariado com os migrantes**:

Estou desde maio como Educador. São mais de 70h incluindo aulas com os migrantes e atividades/reuniões de formação entre os educadores. Uma excelente experiência tanto pelo contato com os migrantes de diversas nacionalidades como o contato com educadores em sua maioria das Letras e de diversas regiões do Brasil, que agregam valores e conhecimentos. Ainda, as aulas são de português como língua de acolhimento, ou seja, foge um pouco das regras gramaticais como estou acostumado. Por isso, acredito que há uma baixa assiduidade dos alunos que estão buscando mais saber como falar do que com quem falar, entretanto, os migrantes que comparecem aos encontros demonstram uma grande necessidade de conversar, pois nem sempre possuem com quem praticar o idioma. Entrei como voluntário ajudante e já dei várias aulas sozinho. Tem sido muito gratificante (INFORMAÇÃO VERBAL).

2.5 PRODUÇÃO ACADÊMICA

Além das ações práticas, exercidas pelos participantes do grupo, como o ensino de língua portuguesa, o Projeto Extensionista Comunitário buscou desenvolver ações de cunho teórico, tais como os estudos dirigidos através de pressupostos conceituais que tratam do assunto da Migração. Um dos pontos acertados foi a construção de artigos, cuja apresentação se daria ao término do ano de 2021. Nesse sentido, a temática da migração trouxe os mais diversos assuntos relativos ao tópico, de forma que cada participante buscou pesquisar e trazer ao debate um ponto diferente sobre o fenômeno migratório. Assim, destacam-se as produções, conforme Quadro 1, que ao final do projeto deram origem ao livro que trata de assunto relativo à migração, identidade e cidadania.

Parte I A Migração No Contexto Brasileiro E Seus Desdobramentos	
1 - O Contrabando de Migrantes: A Ocorrência do Crime Organizado Transnacional no Contexto Brasileiro na Última Década	Joseane Mariéle Schuck Pinto
2 - Erradicação da Apatridia: Análise da Legislação Brasileira entre o Período de 2007 a 2018	Maria Carolina Fachinelli Bertolin
3 - A Relevância do Papel da Iniciativa Privada na Integração Local de Refugiados no Brasil: Uma Análise da Atuação da Sodex So	Milena Sgaria Friedrich E Valentina Refosco Bottezzini
4 - Migrantes e o Acesso à Vacinação da Covid-19 no Brasil: O Exemplo de Nova Iguaçu/RJ e sua Comparação com o Município de Porto Alegre/RS	Gabriela Lacerda Zechin
5 - Narrativas da Imigração de Holandeses para o Estado do Rio Grande Do Sul no Período de 1951 a 1953: Um Estudo de Caso	Leticia Melis Cursino

* Trecho do depoimento da discente, Maria Luiza Trevisan, acerca das aulas de língua portuguesa ministradas aos migrantes, em parceria com o SJMR.

** Trecho do depoimento do egresso, Bernardo De Marchi Carneiro, acerca das aulas de língua portuguesa ministradas aos migrantes, em parceria com o SJMR.

Parte II A Migração No Cenário Latino-Americano	
6 - A Migração Infantil no Triângulo Norte da América Central: Uma Outra Face do Processo Migratório	Alessandra Figueiró Thornton
7 - O Contexto Migratório de Venezuelanos: Perspectivas da Operação Acolhida no Brasil entre 2015 e 2020	João Victor Moreira Da Rosa Silva
8 - Entre Foucault e Mbembe: Análise do Fechamento da Fronteira Brasil-Venezuela Durante a Pandemia de Covid-19 Sob a Ótica dBio-Necro-Política	Laura Ferrari Flores Ruschel
Parte III A Migração Na Esfera Mundial	
9 - Refugiados Ambientais: A Busca pelo Reconhecimento Internacional no Contexto das Nações Unidas	Maria Luisa Pigatto Trevisan E Maria Vitória Paiva Dos Santos
10 - O Protagonismo da Líbia como Ator Relevante no Cenário Migratório após 2011: A Análise da Rota pelo Mediterrâneo	Lais Abreu Da Silva

Fonte: Produção própria.

Os 10 artigos do projeto, apresentados no quadro acima, têm como objetivo não só o registro do que foi pesquisado e debatido ao longo do ano de 2020 e 2021, mas também pretende firmar conhecimento acerca de tema ainda carente de debate e pesquisa no âmbito das ciências jurídicas e sociais – a migração em uma variada gama de aspectos. Os artigos foram divididos, para melhor compor a obra, em 3 partes. A 1ª trata da migração no contexto brasileiro, e seus desdobramentos no meio social, histórico e cultural. A 2ª, aborda a migração no cenário da América Latina. Por fim, a 3ª parte faz destaque para a temática da migração em âmbito mundial.

2.5.1 A Migração no Contexto Brasileiro

O 1º artigo, intitulado “O Contrabando de Migrantes: A Ocorrência do Crime Organizado Transnacional no Contexto Brasileiro na Última Década” aborda o fenômeno social da migração, e suas implicações na vida daqueles que se deslocam e cruzam fronteiras transnacionais, como o registrado nas fronteiras territoriais brasileiras.

Grande parte desses deslocados são migrantes vítimas da violência sexual e de gênero. E dentre esses indivíduos, sublinha-se o grande número de crianças que são detidas para fins de determinar seu status de migração, além de serem estereotipadas como “ilegais”. Ressalta-se, no entanto, que não é possível considerar, juridicamente, que algum ser humano seja ilegal. O que o artigo discute é que nem todas as pessoas migrantes têm as oportunidades legais para tanto. Além disso, a obtenção de documentação para transpor a fronteira nacional é privilégio de poucos.

Sendo assim, são os migrantes denominados indocumentados aqueles que chegam a outro Estado de maneira irregular ou clandestina, contando com o auxílio de intermediários para a realização do deslocamento (OIM, 2020). É muito comum nesses atravessamentos clandestinos a ação criminosa por parte de atravessadores, que por sua vez visam exclusivamente ao lucro. Em muitos lugares são chamados de “coiotes”. Essa prática denomina-se contrabando de migrantes, pois caracteriza-se como crime organizado internacional e altamente lucrativo (UNODC, 2021). Dito isso, o 1º artigo questiona qual a capacidade do Estado brasileiro quanto à migração indocumentada.

O 2º artigo, denominado “Erradicação da Apatridia: Análise da Legislação Brasileira entre o Período de 2007 a 2018” discorre acerca da necessidade de conscientização em relação à apatridia, cujo foco é sua erradicação. O artigo se divide em duas partes, de forma que a primeira apresenta a questão da apatridia e seus desdobramentos para quem vive nessa condição, ao passo que a segunda parte analisa o tema no âmbito legal e jurídico no Brasil. Desse modo, o 2º artigo pretende analisar como se dá a atuação brasileira no combate efetivo à apatridia entre o período de 2007 e 2018. Para tanto, o estudo elencou dois marcos legislativos de extrema importância para a questão: a Emenda Constitucional nº 54 de 2007, e a Lei de Migrações 13.447/2017, cujos reflexos são percebidos a partir de 2018.

O 3º artigo que compõe a obra, intitulado “A Relevância do Papel da Iniciativa Privada na Integração Local de Refugiados no Brasil: Uma Análise da Atuação da Sodex So” buscou conhecer as ações da iniciativa privada, no auxílio à integração de refugiados no Brasil. O 3º artigo, portanto, pretendeu debater como se dá o processo de diminuição da intervenção do Estado, e de que modo a postura da iniciativa privada concorre para esse desdobramento. Para isso, o estudo explorou os conceitos relacionados ao processo de globalização e a atuação do Estado x iniciativa privada no Brasil. Por fim, o estudo apresentou as principais ações por parte da iniciativa privada, e as ações da empresa SODEXO, na promoção da integração local de refugiados no território brasileiro.

O 4º artigo, denominado “Migrantes e o Acesso à Vacinação da Covid-19 no Brasil: O Exemplo de Nova Iguaçu/RJ e sua Comparação com o Município de Porto Alegre/RS” trouxe um comparativo de ações durante a pandemia. Essas ações foram promovidas por meio de políticas públicas, entre os municípios de Nova Iguaçu, no Rio de Janeiro e Porto Alegre, no Rio Grande do Sul. O objetivo do estudo foi demonstrar que o acesso à saúde, por meio de uma política pública municipal, trouxe benefícios à população migrante, mas neste caso, dada a alta taxa de contaminação do vírus, a toda a comunidade local.

A partir desta iniciativa, o município carioca foi parabenizado pelo Alto-comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). O grupo de migrantes vacinados contou com 20 idosos venezuelanos que foram abrigados na localidade.

O 5º artigo do projeto, intitula-se “Narrativas da Imigração de Holandeses para o Estado do Rio Grande do Sul no Período de 1951 a 1953: Um Estudo de Caso”. Este artigo traz uma perspectiva histórico-bibliográfica acerca da Segunda Guerra Mundial e os principais países envolvidos no conflito, bem como o deslocamento de comunidades europeias para outros territórios fora da Holanda; em especial, a comunidade de holandeses, que necessitou refúgio, tendo um dos pontos de busca, o Brasil.

Desse modo, o artigo apresentou um caso, a partir do recorte do pós-Segunda Guerra Mundial, no contexto da migração holandesa rumo ao Brasil entre 1951 e 1953ª história de um migrante. Além disso, analisou as motivações desses deslocamentos para o Estado do Rio Grande do Sul.

2.5.2 A Migração no Contexto da América Latina

A segunda parte da obra aborda a migração no cenário latino-americano, da qual também faz parte o cenário brasileiro, mas com desfechos diferenciados.

Assim, o 1º artigo da segunda parte, “A Migração Infantil no Triângulo Norte da América Central: uma outra face do processo migratório” traz a questão da migração infantil nos países do triângulo norte da América Central. Atualmente é crescente o número de crianças que cruzam divisas em busca de refúgio.

Dados do Fundo das Nações Unidas para a Infância indicam que 31 milhões de crianças encontravam-se fora de seu país de nascimento em 2015, sendo 8 milhões em condição de refugiadas (UNICEF, 2016). Esse estudo buscou conhecer e abordar as principais rotas de migrações no continente americano, essencialmente as rotas do “Triângulo Norte da América Central”, composta por Honduras, Guatemala e El Salvador. Além disso, traça um panorama dos menores desacompanhados em seus deslocamentos, analisando o fenômeno da caravana de migrantes com destino ao México, entre o período de 2010 a 2020.

O 2º artigo, “O Contexto Migratório de Venezuelanos: Perspectivas da Operação Acolhida no Brasil entre 2015 e 2020, visa compreender o processo de recepção e acolhimento de venezuelanos quando chegam ao Brasil. O estudo aborda a *Operação Acolhida*, desenvolvida

pelo Estado brasileiro, atuante desde a recepção dos migrantes no estado de Roraima, até o processo de interiorização aos demais Estados brasileiros. O tema do artigo decorre do cenário venezuelano, que traça um contraste da condição de potência petrolífera da Venezuela e sua condição econômica e social no mundo atual, bem como a imensa massa migratória que sai do país.

Assim, com 25,5% da retenção mundial, seguida da Arábia Saudita, que possui 22,4%, a situação venezuelana deveria ser próspera e desenvolvida. Todavia, a economia apresenta uma inflação de 3.000%, segundo o Banco Central da Venezuela (O GLOBO, 2021). O último artigo da 2ª parte, intitulado “Entre Foucault e Mbembe: análise do fechamento da fronteira Brasil-Venezuela durante a pandemia de Covid-19 sob ótica da bio-necro-política” analisa o fechamento de fronteiras, bem como a implementação de políticas discriminatórias, que passaram a obstaculizar os pedidos de proteção internacional (refúgio).

O estudo aponta que, com essas políticas adotadas durante a pandemia, fica visível a preferência sobre quem é o migrante desejado para fins de ingresso e permanência no país. Entretanto, fica mais visível ainda quem é o migrante “indesejado”, tendo em vista as restrições e autorizações aplicadas, muitas vezes de maneira arbitrária, sem a devida visualização das condições referente à pandemia e fatores de impactos relativos à migração (SERRA, *et al.*, 2021).

2.5.3 A Migração no Contexto Mundial

Por fim, a terceira parte da obra contempla a migração na esfera mundial, como a questão dos refugiados ambientais e sua relação no contexto das Nações Unidas; além do protagonismo exercido pela Líbia, após 2011 e a rota escolhida via mediterrâneo. Assim, o 1º artigo da 3ª parte, intitulado “Refugiados Ambientais: A Busca pelo Reconhecimento Internacional no Contexto das Nações Unidas” aborda, a partir de um viés histórico, os deslocamentos forçados, relacionados à degradação ambiental, bem como analisa o conceito de “refugiado ambiental”, diante da problemática do não reconhecimento pelo Direito Internacional. O estudo, portanto, parte da Convenção de 1951, das migrações ambientais, bem como das respostas oferecidas pelas Nações Unidas frente ao problema.

Com isso, o estudo buscou investigar as razões pelas quais ainda não há concessão a essa tutela, nem mesmo o reconhecimento do status de “refugiado ambiental”, por parte da ONU e demais entes do Direito Internacional contemporâneo. Esse debate sugere enumerar possíveis soluções e estratégias à organização em relação à problemática (DESHWAL; SHRIVASTAVA, 2019; MONT’ALVERNE; PEREIRA, 2012).

Por fim, o último artigo da 3ª parte, denominado “O Protagonismo da Líbia como Ator Relevante no Cenário Migratório após 2011: A Análise da Rota pelo Mediterrâneo” trata das rotas encontradas por diversas populações africanas que, impossibilitadas de fazer o atravessamento de maneira regular e documentada, optaram pelo trajeto realizado entre Líbia e Itália, sendo esta a porta de saída da África Subsariana e entrada para a Europa.

Entretanto, a Líbia não se encontra representada na esfera global, apesar de possuir mecanismos, inclusive de cooperação, para coibir fluxos migratórios dentro de seu território. A problemática levantada no seguinte estudo concentra-se em torno do papel da Líbia, visto como um player internacional, em face do contexto atual nos processos migratórios transnacionais naquele espaço (ANDREATTA, 2017; AL-DAYEL; ANFINSON; ANFINSON, 2021).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente relato de experiência buscou apresentar as ações e produções acadêmicas

desenvolvidas pelo Projeto Extensionista Comunitário, intitulado Migração, Identidade e Cidadania, o MIC; que iniciou a partir de um curso de extensão, de 10h, em 2020, avançando para o projeto, que teve sequência em 2020, 2021 e continuou em 2022. O projeto desenvolveu através de parcerias com entidades públicas e privadas ações de acolhimento e formação para a comunidade migrante no Rio Grande do Sul, como o ensino da língua portuguesa, que contou com voluntários do projeto, em associação ao Serviço Jesuíta para Migrantes e Refugiados. Além disso, o projeto contou com estudos referentes à migração, cujo produto foi a produção de artigos, por parte dos integrantes do projeto, que observaram os mais variados temas acerca da migração no contexto nacional, latinoamericano e mundial.

Dessa produção, compilaram-se os artigos, que deram origem a obra, intitulada “Migrações Transnacionais na Contemporaneidade: olhares multidisciplinares”, que será publicada até o final do 1º semestre do ano de 2023.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AL-DAYEL, Nadia; ANFINSON, Aaron; ANFINSON, Graeme. Captivity, Migration, and Power in Libya. **Journal of Human Trafficking**, 2021.

ANDREATTA, Angela. Libia tras la primavera árabe. Una senda hacia Europa entre narcoterrorismo y refugiados (2011-2016). **La fortaleza de Europa: Vallas y Puentes**, 2017.

DESHWAL, Vishakha Singh; SHRIVASTAVA, Stuti. The Curious Case of Environmental Refugees: Environmental Refugees May be Better Protected without Being Declared as ‘Refugees’. **OIDA International Journal of Sustainable Development**, v. 12, n. 11, p. 31-42, Nov. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3571737>. Acesso em: 20 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **International Migrant Stock 2019**. Departamento das Nações Unidas para Assuntos Econômicos e Sociais (DAES das Nações Unidas), Divisão de População Nova York. Disponível em: < <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates19.asp>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Mundo registrou cerca de 281 milhões de migrantes internacionais no ano passado**. 2022. Disponível em: < <https://unric.org/pt/mundo-registrou-cerca-de-281-milhoes-de-migrantes-internacionais-no-ano-passado/>>. Acesso em: 10 Mar. 2022.

MARCEL, Gabriel. **Homo Viator**. Turim: Borla, 1967.

MONT’ALVERNE, Tarin Cristino Frota; PEREIRA, Ana Carolina Barbosa. Refugiados ambientais e tutela jurídica internacional: algumas considerações. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 3, p. 45-55, abr./maio 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/issue/archive>. Acesso em: 19 jul. 2021.

NOLASCO, Carlos. Migrações internacionais: conceitos, tipologia e teorias. **Oficina do CES**, n. 434, 2016. Disponível em: <https://ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/14615_Oficina_434.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2022.

O GLOBO. **A inflação na Venezuela fechou 2020 em quase 3.000%, segundo Banco Cen-**

tral do país, Negócios 2021. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2021/02/inflacao-na-venezuela-fechou-2020-em-quase-3000-segundo-banco-central-do-pais.html>. Acesso em: 25 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES (OIM). ONU MIGRACIÓN. **Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020**. Disponível em: <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020>. Acesso em: 25 jan. 2021.

PINHO, Maria José de. Ciência e ensino: contribuições da iniciação científica na educação superior. **Avaliação**: Campinas, v. 22, n. 03, p. 658-675, nov. 2017. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/aval/a/T33wvHSY5PvjWvdpfMmmTby/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

PINTO, Joseane Mariéle Schuck; ÁLVAREZ, Rodrigo Rios. Desplazados de Haití: movilidad intrarregional sudamericana y las medidas compulsivas en Brasil y Chile. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 56, n. 3, p. 368-380, set/dez. 2020. Disponível em: < http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2020.56.3.10/60748345>. Acesso em: 27 mar. 2022.

PINTO, Joseane Mariéle Schuck; PINTO, Emerson De Lima. Refugiados: Limites e desafios jurídicos no campo da fronteira conceitual. In: **Direito internacional dos direitos humanos II**. Organização: CONPEDI/ UFG / PPGDP Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin; Maurides Batista De Macedo Filha – Florianópolis: CONPEDI, 2019. Disponível em: < <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/no85g2cd/q65xj7i6/zm5CygyphT5f9xo3.pdf>>. Acesso em: 9 mar. 2022.

RESSTEL, Cizina Célia Fernandes Pereira. Fenômeno migratório. In: **Desamparo psíquico nos filhos de dekasseguis no retorno ao Brasil** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 35- 52. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielo-books/xky8j/pdf/resstel-9788579836749.pdf>>. Acesso em: 9 mar. 2022.

ROUANET, Paulo Sérgio. **A razão nômade**: Walter Benjamin e outros viajantes. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 1993.

SERRA, Caio Cesar; *et al.* O novo coronavírus e as migrações no Brasil: a instrumentalização da pandemia para a implementação de uma política discriminatória e utilitarista de controle de fronteiras no país. **TRAVESSIA – Revista do Migrante**, [S.l.], v. 02, n. 91. 2021. Disponível em: <https://revistatravessia.com.br/travessia/article/view/986>. Acesso em: 08 set. 2021.

UNICEF. Desarraigados. Uma crisis creciente para los niños refugiados y migrantes. **Resumen y conclusiones fundamentales**. Estados Unidos da América: Nova York, 2016.

UNODC. **A short introduction to migrant smuggling**. 2010. Disponível em: <http://apmagnet.ilo.org/resources/a-short-introduction-to-migrant-smuggling> Acesso em: 20 maio 2021.

(IN)SEGURANÇA ALIMENTAR NO ÂMBITO ESCOLAR E A PROBLEMÁTICA DO DESVIO DE VERBAS

FOOD (IN)SECURITY IN SCHOOLS AND THE PROBLEM OF EVASION OF PUBLIC FUNDS

Lara Rufino Pinheiro

Graduanda em Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Maria Cecília Macena Gama

Graduanda em Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: Este trabalho tem como objetivo analisar o desvio de verbas destinadas à merenda escolar como um dos fatores responsáveis por promover a insegurança alimentar, dando ênfase à problemática no Estado da Paraíba. Este Estado foi escolhido por ser palco da Operação Famintos, responsável pela investigação que se tornou grande foco da mídia nacional e local no ano de 2019, transformando-se em uma das referências ao que tange desvio de verbas de merenda escolar. Com o referido trabalho, objetiva-se ainda apontar a importância da Segurança Alimentar e Nutricional no ambiente escolar, a trajetória de conquista desse direito na legislação, a partir do Direito Humano à Alimentação Adequada, e como ele é disposto e assegurado atualmente, nos termos da Lei nº 11.346/2006 (Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional - LOSAN). No âmbito da discussão pretende-se apresentar a Operação Famintos, seu *modus operandi* baseado na criação de empresas de “fachada”, utilizando documentação de “laranjas” ou até mesmo de pessoas inexistentes. Ademais, a realização de fraudes em licitações e diversos esquemas que envolvem o desvio de dinheiro público destinado à nutrição dos discentes no ambiente educacional. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, servindo-se da técnica bibliográfica, devendo utilizar-se de consulta à legislação, à jurisprudência e à literatura acerca da temática abordada, além de dados constantes de acervos de organismos oficiais, tais como: Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) e Organização das Nações Unidas no Brasil (ONUBR).

Palavras-chaves: Direito humano à alimentação adequada. Segurança alimentar e nutricional. Desvio de verba. Operação famintos. Nutrição escolar.

Abstract: This paper aims to analyze the deviation of funds intended for school meals as one of the factors responsible for promoting food insecurity, emphasizing the problem in the state of Paraíba. This state was chosen for being the stage of Operation Famintos, responsible for the investigation that became a major focus of the national and local media in 2019, becoming one of the references when it comes to the embezzlement of school lunch funds. This work also aims to highlight the importance of Food and Nutritional Security in the school environment, the trajectory of the conquest of this right in the legislation, starting from the Human Right to Adequate Food, and how it is currently provided and ensured, according to the law 11.346/2006 (Organic Law of Food and Nutritional Security - LOSAN). In the scope of the discussion, we intend to present Operation Famintos, its *modus operandi* based on the creation of shell companies, using documentation from straw-men or even non-existent people. Furthermore, fraudulent bidding and various schemes involving the detour of public money intended for the nutrition of students in the educational environment. This is a qualitative research, benefiting from the bibliographic

technique, using the consultation of the legislation, jurisprudence and literature on the subject addressed, as well as data from official organizations, such as: National School Feeding Program (PNAE); National System for Food and Nutrition Security (SISAN) and United Nations Organization in Brazil (ONUBR).

Keywords: *Human right to adequate food. Nutritional and food security. Evasion of public funds. Operation Famintos. School nutrition.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Da evolução do conceito de segurança alimentar e nutricional – 3 SAN no âmbito escolar: desenvolvimento do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) – 4 Breve exposição sobre a operação famintos – 5 Corrupção e insegurança alimentar – 6 Considerações finais – Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) foi reconhecido em 1966 pelo Pacto Internacional de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais, posteriormente ratificado por 153 países, incluindo o Brasil. Em 1999 o DHAA foi reafirmado por meio do Comentário Geral nº 12 adotado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos, sendo definido como direito inerente à todo ser humano ao acesso ininterrupto a uma alimentação adequada, em quantidade e qualidade suficientes, respeitando as particularidades culturais do povo ou região.

Um dos principais pilares do DHAA é a Segurança Alimentar e Nutricional (SAN). No Brasil, o conceito de SAN foi concretizado por meio da Lei nº 11.346/2006 (Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional - LOSAN), que a definiu, em linhas gerais, como a realização do acesso de todos à alimentos saudáveis, dentro dos padrões higiênico-sanitários e em quantidade suficiente, respeitando a diversidade cultural. O ambiente escolar é um importante meio para a promoção da SAN. Para isso, o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) busca fornecer aos alunos matriculados na rede pública da educação básica refeições saudáveis que atendam a pelo menos 15% (quinze por cento) das necessidades básicas do estudante.

A problemática do desvio de verba de merenda escolar é uma realidade em todo território brasileiro. Com isso, grandes operações investigativas sobre essa temática tomam grandes proporções e condenam diversos envolvidos em esquemas de corrupção que possuem o objetivo de usurpar o dinheiro público destinado pela União para compra desses alimentos. Na Paraíba a situação não é diferente e em consequência disso, o estado foi palco da “Operação Famintos”, responsável por investigar irregularidades no que diz respeito à merenda escolar, sendo constatados crimes como fraudes licitatórias, falsidade ideológica pela constituição de empresas de fachada, uso de documento falso, lavagem de dinheiro, dentre outros delitos.

Nessa perspectiva, esse estudo busca apontar como o desvio de recursos destinados à merenda escolar favorece a problemática da insegurança alimentar nas escolas no estado da Paraíba. Dessa forma, procura-se demonstrar a importância da Segurança Alimentar e Nutricional no ambiente estudantil e apresentar a operação “Famintos” realizada na Paraíba.

2 DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL

A alimentação, por atender a uma das necessidades básicas do homem, sempre foi objeto de preocupação individual e coletiva (ABRANDH, 2013, p. 27). O Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) foi abordado pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos

Humanos, em 1948. Posteriormente sua definição foi ampliada em outros tratados e convenções internacionais, como o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Comentário Geral nº 12, adotado em pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1999. De acordo com esses dois dispositivos, o DHAA consiste no acesso permanente, regular e irrestrito, a alimentos adequados e seguros, em quantidade e qualidade suficientes, respeitando a diversidade cultural e garantindo a dignidade da pessoa humana.

Ao longo da história e do processo de redemocratização, o Brasil ratificou diversos dispositivos de Direito Internacional, como os que foram mencionados anteriormente. Entretanto, o acesso à alimentação adequada só foi expressamente positivado como direito fundamental assegurado na Constituição Federal em 2010, por meio da Emenda Constitucional nº 64. Sendo assim, o artigo 6º da Constituição Federal passou a ter a seguinte redação: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 2010).

O ditado popular brasileiro “saco vazio não para em pé” trata da importância da alimentação para o desenvolvimento de outras atividades, em outras palavras, demonstra como o DHAA é essencial para a realização dos demais direitos humanos. Entretanto, é necessário compreender que apenas o ato de alimentar-se não é suficiente. Josué de Castro, logo no início do século XX já tratava dessa questão. Nas palavras do escritor:

É que existem duas maneiras de morrer de fome: não comer nada e definhar de maneira vertiginosa até o fim, ou comer de maneira inadequada e entrar em um regime de carências ou deficiências específicas, capaz de provocar um estado que pode também conduzir à morte. Mais grave ainda que a fome aguda e total, devido às suas repercussões sociais e econômicas, é o fenômeno da fome crônica ou parcial, que corrói silenciosamente inúmeras populações do mundo (CASTRO, 2005, p. 77).

Durante muitos anos, a Segurança Alimentar foi tratada como uma questão quantitativa de insuficiência de alimentos, ligada diretamente às questões econômicas e sociais. Questões qualitativas referentes à qualidade nutricional, seguridade e sustentabilidade dos alimentos só foram reconhecidas como fatores agravantes da insegurança alimentar no início dos anos 90, por meio da Conferência Internacional de Nutrição. A conferência foi organizada pela FAO e agregou de forma definitiva o aspecto nutricional e sanitário ao conceito, agora denominado de Segurança Alimentar e Nutricional. Sendo assim, é importante não só assegurar à população menos favorecida o acesso a esses alimentos, mas também é necessária a promoção de práticas alimentares saudáveis por meio de políticas públicas.

No Brasil, o conceito de SAN vem sendo debatido há mais de 30 anos, entretanto, foi somente com a criação do Fórum Brasileiro de Segurança Alimentar e Nutricional (FBSAN), em 1998, que passou a ter mais destaque. Em 2004, por conta da II Conferência Nacional de SAN, foram associadas outras dimensões ao termo:

A Segurança Alimentar e Nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis (CONSEA, 2004).

Esse conceito foi reafirmado por meio da Lei nº. 11.346 (Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional - LOSAN), criada em 15 de setembro de 2006, responsável também por

instituir o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), importante passo para a promoção do DHAA e da SAN no Brasil.

O ambiente escolar é um meio de formação e desenvolvimento de crianças e adolescentes, sendo assim, é de extrema importância tratar tanto da quantidade quanto da qualidade das merendas disponibilizadas, como meio de garantir a segurança alimentar. Entretanto, antes de entrar nessa questão, faz-se necessário uma breve contextualização a respeito da situação da alimentação escolar, tanto em escala mundial, quanto nacional.

3 SAN NO ÂMBITO ESCOLAR: DESENVOLVIMENTO DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR - PNAE

Crianças e adolescentes de diversas partes do mundo são beneficiados com a alimentação escolar (AE). A oferta da alimentação saudável nas escolas é uma maneira de apoiar o desenvolvimento infantil por meio da nutrição adequada e da melhoria das habilidades cognitivas dos estudantes, além de contribuir para diminuição da evasão escolar (CESAR, 2018, p. 991-1007).

O ambiente escolar é o espaço estratégico e fundamental para a promoção da SAN entre os escolares, por possibilitar o fornecimento de refeições e também atuar na formação de hábitos alimentares saudáveis, sendo que o consumo da AE pelos estudantes é um ponto-chave para o alcance desse objetivo. Segundo dados da Organização das Nações Unidas no Brasil (ONU-BR), em todo o mundo uma a cada cinco crianças recebe refeições na escola, aproximadamente 368 milhões de estudantes.

No Brasil, o debate a respeito da Alimentação Escolar não é recente. Entre os anos 1930 e 1940 aconteceram diversos movimentos sociais que buscavam arrecadar dinheiro para disponibilizar alimentos aos estudantes. Em 31 de março de 1955, o presidente Juscelino Kubitschek assinou o Decreto nº. 37.106, criando assim a Campanha da Merenda Escolar (CME). O nome sofreu diversas modificações com o passar dos anos, até que em 1979 foi denominado Programa Nacional de Alimentação Escolar. Entre as décadas de 50 e 80, alguns alunos começaram a ser beneficiados com o programa, mas foi somente com a Constituição Federal de 1988 que o direito à alimentação escolar foi garantido para todos os alunos do ensino fundamental, creches e pré-escolas.

O artigo 208 da CF/88 determina que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante determinadas garantias, tais como as mencionadas no inciso VII desse mesmo artigo: “atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.”

Dessa forma, o papel do Estado como um dos responsáveis por financiar a alimentação dos alunos nas escolas ficou legalmente registrado, podendo assim ser exigido. Cabe à União prestar o amparo financeiro tanto às Instituições de ensino públicas federais, exercendo uma função redistributiva e supletiva garantido uma equalização de oportunidades e um padrão de qualidade para as escolas mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

O Ministério da Educação, por meio do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, garante a transferência de recursos financeiros para subsidiar a alimentação escolar de todos os alunos da educação básica de escolas públicas e filantrópicas. O repasse é feito diretamente aos estados e municípios, com base no censo escolar realizado no ano anterior ao do atendimento (BRASIL, 1988).

O Programa Nacional de Alimentação Escolar, que integra o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), é uma iniciativa do Governo Federal e tem o dever de suprir, no mínimo, 15% (quinze por cento) das necessidades nutricionais dos estudantes durante a permanência na escola. O PNAE possui o objetivo de ofertar refeições saudáveis e uma educação alimentar e nutricional contribuindo, dessa forma, para o crescimento, aprendizagem, desenvolvimento biopsicossocial, rendimento escolar e formação de hábitos alimentares saudáveis dos alunos. É reputado como um dos maiores programas na área de alimentação escolar no mundo e o único com atendimento universalizado (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2018).

Durante os 200 (duzentos) dias de período letivo, de fevereiro a novembro, o governo federal repassa aos estados, municípios e escolas federais, valores financeiros de caráter complementar efetuados em parcelas mensais, de acordo com o número de matriculados em cada rede de ensino. No caso da Paraíba, o Governo faz a complementação dos recursos vindos da União com receita estadual. Para uma fiscalização mais efetiva das quantias repassadas, o Governo possui uma série de aparatos de supervisão, como os Conselhos de Alimentação Escolar (CAE), o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), o Tribunal de Contas da União (TCU), a Controladoria Geral da União (CGU) e o Ministério Público.

Uma das diretrizes desse programa é a Lei nº 11.947/2009 que desenvolveu regulamentações novas ao PNAE, desde as disposições sobre o repasse de recursos para as instituições de ensino até ao que concerne a prestação de contas das unidades executoras junto ao Governo Federal.

Em relação à segurança alimentar, a Resolução 23/2013 do FNDE dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do PNAE. De acordo com o artigo 14 do dispositivo, no caso da educação básica, a escola deve suprir, pelo menos, 30% (trinta por cento) das necessidades nutricionais diárias dos alunos matriculados. Já em escolas participantes do Programa Mais Educação e escolas de período integral, deve-se fornecer no mínimo 70% (setenta por cento) das necessidades nutricionais dos matriculados em, no mínimo, três refeições.

O que já estava previsto no artigo 14 da Lei nº 11.947/2009, foi reforçado na Resolução por meio do artigo 24 que trata da aquisição de gêneros alimentícios da agricultura familiar e do Empreendedor Familiar Rural ou suas organizações. Ficou definido que pelo menos 30% (trinta por cento) dos recursos repassados pelo FNDE para PNAE precisam ser destinados à aquisição de alimentos provenientes da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas.

Entretanto, grande parte das entidades executoras do FNDE (estados, Distrito Federal e municípios) não têm cumprido o requisito de uso da porcentagem indicada dos recursos destinados à merenda escolar sejam utilizados para compras de alimentos provindos da agricultura familiar, vista a dificuldade dos agricultores familiares em atender à políticas públicas como a falta de informação e burocratização.

O apoio ao desenvolvimento sustentável local ocorre pela priorização da compra de produtos diversificados, orgânicos ou agroecológicos, e que sejam produzidos no próprio município onde está localizada a escola, ou na mesma região, com especial atenção aos assentamentos rurais e comunidades indígenas e quilombolas. Nesse sentido, para o município, significa a geração de emprego e renda, fortalecendo e diversificando a economia local, e valorizando as especificidades e os hábitos alimentares locais (MANUAL PNAE, 2016).

Dessa forma, em 2018, o Ministério Público Federal na Paraíba reforçou e recomendou

ao governo do estado e seus municípios a destinar no mínimo os 30% (trinta por cento) exigidos por lei. Essa medida incentiva a permanência dos agricultores familiares no campo através da diminuição da pobreza e insegurança alimentar no meio rural, além de valorizá-los.

4 BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE A OPERAÇÃO FAMINTOS

De fato, a merenda é de extrema importância para os discentes, visto que a alimentação no ambiente escolar é para muitos uma fonte nutricional primordial. Entretanto, no contexto nacional é comum que as verbas destinadas, através dos programas federais, para compra desses alimentos sejam desviadas por meio de fraudes que têm como objetivo favorecer os fornecedores, políticos e secretários envolvidos.

Como é o caso da Operação Alba Branca de 2016, no Estado de São Paulo, que ficou conhecida como a “Máfia da merenda”. Segundo a acusação, o dinheiro desviado foi utilizado para financiamento de campanhas partidárias. No Estado do Espírito Santo, em 2019, a operação ‘Snack Zero’ investigava fraudes na compra de merenda usando verbas federais além de oferta e o pagamento de vantagens indevidas a servidores públicos que participavam do esquema. Ademais, foi constatado o fornecimento de alimentos fora do prazo de validade.

A situação do Estado da Paraíba não é diferente. Em 2019, o Ministério Público Federal apresentou uma denúncia em face de 16 (dezesseis) indivíduos, entre eles empresários, um vereador, comerciantes, entre outros. Essa denúncia é fruto da denominada Operação Famintos:

Pela qual se investiga a atuação de organização criminosa voltada para prática de fraudes licitatórias em grande parte do Estado da Paraíba, falsidade ideológica pela constituição de empresas de fachada, uso de documento falso, lavagem de dinheiro, dentre outros delitos, sendo, neste momento, apurada a atuação, em especial, das infrações penais no âmbito de licitações e contratações realizadas pela Prefeitura Municipal de Campina Grande/PB a partir do ano de 2013, sobretudo para a compra de merenda escolar com recursos provenientes do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE).

Segundo a denúncia, os crimes praticados pelo grupo são os de falsidade ideológica, uso de documento falso, lavagem de capitais, obstrução de justiça e fraude ao caráter competitivo de 15 (quinze) procedimentos licitatórios da Prefeitura de Campina Grande/PB.

A notícia de Fato nº 1.24.001.000119/2018-12, deu ensejo a investigação que sucedeu a Operação Famintos, a fim de apurar a ocorrência de irregularidades em licitações de merenda escolar por meio de verbas oriundas do PNAE. Com isso, o MPF conseguiu apurar que uma empresa iniciou suas atividades em 2013 e logo passou a participar de licitações de alto valor em vários municípios paraibanos. Foi averiguado que ao ser celebrado o contrato entre essa empresa foram celebrados aditivos com a finalidade de aumentar a vigência e o valor do contrato em desacordo com a legislação pertinente.

Ao investigar sobre a empresa, ficou constatado que no endereço correspondente à sede da empresa não funcionava nenhum estabelecimento comercial, tampouco a empresa detinha registro de empregados. Ademais, não foi encontrada a certidão de nascimento indicada no RG da pessoa responsável pela empresa que fornecia os alimentos para merenda escolar, de modo que se concluiu pela falsidade de tais informações e documentos, bem como pela inexistência da pessoa. Além de outros fatos que levaram a essas conclusões.

Em 2016, a empresa foi impedida de licitar e contratar com a Administração Pública durante cinco anos, por ter descumprido obrigações firmadas com a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado da Paraíba.

Com isso, uma segunda empresa passou a vencer dezenas de procedimentos licitatórios para aquisição dos mesmos produtos antes fornecidos pela empresa anterior e nas mesmas cidades, além de ser também representada em procedimentos licitatórios pela mesma pessoa que a empresa que foi impedida de licitar.

O Ministério Público Federal concluiu que indícios enérgicos apontam para criação de pessoas jurídicas de fachada que tinham como finalidade a prática de fraudes licitatórias e crimes contra a Administração Pública, fatos esses que resultaram na instauração de inquérito policial, tombado sob o número 119/2018.

A Informação Nº 07/2019 – Apenso II, Vol. 2, indica que o responsável pela empresa se tratava de um “laranja” por possuir poucos bens e casa humilde, não condizente com os valores recebidos pela empresa. O mesmo aconteceu com a empresa que foi impedida de licitar, pois os valores dos rendimentos declarados ao fisco eram muito inferiores ao volume de dinheiro recebido.

Foi constatado ainda que o representante dessas duas empresas e que possuía acesso à conta bancária da empresa, que foi constatada a falsificação de documentos, juntamente com um empresário que porventura era seu chefe, sendo os dois responsáveis pelas falsidades e pelos usos constantes dos documentos falsos relacionados à empresa.

Um segundo empresário também era responsável pelo fornecimento dos alimentos para merenda escolar, através de uma empresa inexistente e que estava no nome de um “laranja” consciente. Fatos esses confirmados através de ligações telefônicas interceptadas, além de documentos apreendidos nas residências de três dos denunciados que evidenciam o uso ilícito da empresa.

Dessa forma, é possível dividir os membros dessa organização criminosa em dois grupos: o da empresa que foi proibida de licitar e logo foi substituída por uma no nome de “laranja” consciente e o segundo que utilizava uma empresa de fachada em nome de “laranja” também consciente e dividida em subgrupos. Essa empresa foi constituída em 15/06/2016 e desde então não apresenta registro de empregados.

No desenrolar da operação, constatou-se a diversificação da ORCRIM na forma de criação das empresas de fachada, passou-se a fazer uso de pessoas inexistentes, registradas utilizando dados e documentos falsos, ou até mesmo a partir de dados de pessoas reais, que cedem as identidades visando vantagens financeiras.

Outrossim, foi apontada a criação de outras empresas para facilitar a organização criminosa, além de fraudes na competição das licitações de alimentos para merenda, entre outros detalhes dos crimes correspondentes à ORCRIM.

“O grupo foi condenado pelos crimes de pela prática do crime de organização criminosa, falsidade ideológica, uso de documento falso, lavagem de capitais, obstrução da justiça e fraude ao caráter competitivo de licitação” (G1 PB, 2019).

5 CORRUPÇÃO E INSEGURANÇA ALIMENTAR

Uma alimentação insatisfatória afeta o crescimento físico e o desenvolvimento mental da criança, pois além de nutrir, os alimentos funcionam como estimuladores metabólicos implicando diretamente na aprendizagem. De acordo com o relatório sobre a situação da Segurança Alimentar de 1996 entre a Cúpula Mundial de Alimentação, na Itália, a pobreza é a maior causa de insegurança alimentar e fatores como a corrupção contribuem significativamente para o agravamento dessa problemática.

A merenda escolar não pode ser pensada como “auxílio aos carentes” nem como

forma de combate à fome ou à deficiência nutricional, mas apenas como direito do cidadão que frequenta a escola por um período de tempo longo, o que torna necessário que ele se alimente no local onde estuda. Em países desenvolvidos ou em escolas de tempo integral, a merenda é considerada apenas mais um momento da rotina escolar (HOLLANDA, 2008, p. 57-62).

A afirmação feita pela socióloga e pesquisadora Eliane Hollanda não se aplica em um país como o Brasil, onde mais de 54,8 milhões de pessoas se encontram em situação de pobreza (renda inferior a 406 reais por mês), sendo 25,5 milhões apenas na região nordeste (IBGE, 2017), a merenda escolar para muitos se tornou uma necessidade. Um estudo realizado pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) constatou que para 50% dos alunos matriculados em escolas da rede pública no Nordeste, a alimentação escolar é a principal refeição do dia (Sturion et al., 2005). O impacto da AE ultrapassa as paredes do ambiente escolar, sendo essencial para diversas famílias que se encontram em situação de vulnerabilidade.

No ano de 2017, um aluno de 8 anos da Escola Classe 8 (Cruzeiro - DF), desmaiou de fome enquanto assistia a aula. A criança que morava a 30 km da escola e tinha que sair de casa às 11 horas para utilizar o transporte escolar do governo, quando atendido pelo SAMU, revelou que sua última refeição tinha sido realizada no dia anterior. Na época, a Secretaria de Educação informou que como a escola não é de ensino integral, apenas um lanche era ofertado, composto por biscoito e suco (RODRIGUES, 2017). Até hoje essa é a realidade de diversos estudantes brasileiros, muitos são enviados às escolas para tentar suprir algo que falta em casa, dessa forma, segurança alimentar e vulnerabilidade social são fatores que não podem ser desvinculados.

De fato não é o papel da escola suprir todas as necessidades do estudante, mas para que este possa ter rendimento nas aulas, é necessário que seja oferecida uma alimentação saudável e suficiente durante seu período de permanência na escola, como previsto por lei. Para que isso ocorra, é de extrema importância que o dinheiro destinado a AE seja exclusivamente utilizado para benefício dos estudantes.

Atualmente o valor repassado pela União a estados e municípios por dia letivo para cada estudante varia entre RS 0,32 e RS 2,00, dependendo da etapa e modalidade de ensino. A verba repassada para as instituições que participam do PNAE é insuficiente, ainda assim, a alimentação escolar é um dos principais alvos de corrupção no país. Mais da metade dos estados do Brasil apuram irregularidades na merenda escolar, de licitações fraudadas a falta de alimento, os anos passam e a problemática permanece. O desvio de recursos destinados à alimentação escolar afeta diretamente a qualidade dos alimentos repassados aos estudantes e conseqüentemente o desempenho acadêmico dos alunos. Assim como a merenda escolar não é o simples ato de servir, corrupção na AE não se resume ao ato de desviar o dinheiro; as conseqüências dessa ação são muito mais profundas e demandam cada vez mais atenção.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na análise da legislação referente ao PNAE e da Denúncia n.º 3487/2019, responsável pela Operação Famintos e a condenação de 16 investigados, percebeu-se que a problemática do desvio de verbas destinadas à merenda escolar no Estado da Paraíba está correlacionada à insegurança alimentar sofrida por diversos alunos da rede pública de ensino.

O Direito à alimentação deve atender ao princípio de Segurança Alimentar e Nutricional, assegurado pela LOSAN. Segundo a Lei n.º 11.947/2009, a merenda deve suprir as necessidades dos estudantes, tanto em questão de quantidade quanto de qualidade nutricional, durante o período de permanência na escola. Casos de desvio de verba, como o da Operação Famintos, comprometem a garantia à segurança alimentar.

Nesse sentido, observa-se o demasiado impacto do desvio de verbas destinadas à merenda escolar em um país onde para muitos se tornou uma necessidade a alimentação escolar.

O objetivo deste artigo é demonstrar como a corrupção é um dos principais entraves enfrentados no país atingindo setores como o da educação e o direito a uma alimentação adequada no ambiente escolar. Dessa forma, somada à quantidade insuficiente de verba destinada à merenda e os desvios que ocorrem nesse meio, o comprometimento da segurança alimentar é perceptível sendo esse um dos pontos observados nas escolas denunciadas e fiscalizadas por órgãos como a CGU.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Casa Civil. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL, Casa Civil. **Lei nº 11.947, de 16 de Junho de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11947.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

BURITY, Valéria; *et al.* **Direito humano à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional**. Editora Abrandh: Brasília, 2010.

CESAR, Josiane Tiborski *et al.* Alimentação Escolar no Brasil e Estados Unidos: uma revisão integrativa. **Ciência e saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 3, p. 991-1007, Mar. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/g3nFFYXxXC5Th8zXDzSKT4L/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 27 jun. 2020.

Conexão Repórter (22/05/16) - Arroz, feijão e corrupção - parte 1. Disponível em <https://youtu.be/LS6rs531O3c>. Acesso em: 27 jul. 2020.

FNDE. **Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE**. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/programas/pnae>. Acesso em: 13 jun. 2020.

FNDE. **Cartilha Nacional de Alimentação Escolar**, 2015. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/index.php/programas/pnae/pnae-area-gestores/pnae-manuais-cartilhas/item/6820-cartilha-pnae-2015>. Acesso em: 15 abr. 2020.

FNDE. **Histórico do PNAE**. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/index.php/programas/pnae/pnae-sobre-o-programa/pnae-historico>. Acesso em: 15 abr. 2020.

FNDE. **Resolução CD/FNDE nº 02/2012**. Estabelece orientações, critérios e procedimentos para a utilização obrigatória a partir de 2012 do Sistema de Gestão de Prestação de Contas (SiGPC), desenvolvido pelo FNDE para a gestão do processo de prestação de contas.

FNDE. **Resolução CD/FNDE nº 26 de 17 de junho de 2013**. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Ali-

mentação Escolar – PNAE.

FNDE. **Sobre o PNAE**. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/index.php/programas/pnae/pnae-sobre-o-programa/pnae-sobre-o-pnae>. Acesso em: 4 maio 2020.

GARCIA, Maria Fernanda. **Invisíveis e ignorados: 5,2 milhões de pessoas passam fome no Brasil**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/merenda-escolar-alimenta-386-milhoes-de-criancas-em-todo-o-mundo-destaca-levantamento-do-pma/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

HOLLANDA, Eliane. A merenda pode ajudar a superação do fracasso escolar? **Em Aberto**, Brasília, v. 67, n. 15, p. 57-62, set. 1995.

Justiça condena vereador de Campina Grande e mais 15 investigados na ‘Famintos’. **G1 PB**, 19 dez. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2019/12/19/justica-conde-na-vereador-de-campina-grande-e-mais-15-investigados-na-famintos.ghtml>. Acesso em: 27 jul. 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Manual de metodologia da pesquisa para o Direito**. EDUNISC: Santa Cruz do Sul, 2007.

LEÃO, M. **O Direito Humano à Alimentação Adequada e O Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional**. Editora Abrandh: Brasília, 2013.

Manual PNAE: Aquisição de Produtos da Agricultura Familiar para a Alimentação Escolar. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/programas/pnae/pnae-area-gestores/pnae-manuais-cartilhas/item/8595-manual-de-aquisi%C3%A7%C3%A3o-de-produtos-da-agricultura-familiar-para-a-alimenta%C3%A7%C3%A3o-escolar>. Acesso em: 27 jun. 2020.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Apresentação Merenda Escolar**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=216:merenda-escolar-apresentacao>. Acesso em: 24 jun. 2020.

MORELLI, Mauro. **A pior corrupção é gerar exclusão e fome - Entrevista concedida ao jornal Zero Hora**, 28 ago. 2013. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/171-noticias/noticias-2013/521492-a-pior-corrupcao-e-gerar-exclusao-e-fome>. Acesso em: 27 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **State of School Feeding Worldwide 2020**. Roma, 2020. Disponível em: https://docs.wfp.org/api/documents/WFP-0000131586/download/?_ga=2.25423614.278183009.1689560728-421413801.1689560728. Acesso em: 16 de jul. 2023.

RODRIGUES, Robson; BARRETO, Rodrigo. Criança de 8 anos desmaia de fome em escola pública no Cruzeiro. **Correio Braziliense**. 2017. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/ensino_educacaobasica/2017/11/17/interna-educacaobasica-2019,641763/crianca-de-8-anos-desmaia-de-fome-em-escola-no-cruzeiro.shtml. Acesso em: 27 jul. 2020.

STURION, G. L *et al.* Fatores condicionantes da adesão dos alunos ao Programa de Alimentação Escolar no Brasil. **Revista de Nutrição**, Campinas, v. 18, n. 2, p. 167-181, mar./abr. 2005.

WEIS, Bruno *et al.* **Vamos fiscalizar a merenda escolar – de volta à luta contra a corrupção eleitoral.** São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/noticias-1/manuais-e-cartilhas/publicacoes-diversas/cartilha.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.

EDUCAÇÃO ESPECIALIZADA E EDUCAÇÃO INCLUSIVA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E DOS ASPECTOS PEDAGÓGICOS ENVOLVIDOS

SPECIAL EDUCATION AND INCLUSIVE EDUCATION: AN ANALYSIS FROM BRAZILIAN LEGISLATION AND THE PEDAGOGICAL ASPECTS INVOLVED

Emily Catarina Andrade dos Santos

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

Natália Cândida Silva Andrade

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

Resumo: A nova Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida (PNEE), lançada em 2020 e revogada pelo Decreto nº 11.370/2023, de 01 de janeiro de 2023, teve como principal objetivo ampliar a oferta de atendimento educacional especializado a mais de 1,3 milhão de educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação no país. No entanto, foi recebida com bastante crítica pelos pesquisadores e educadores da área. O objetivo desta pesquisa é analisar a educação especializada e a inclusiva, sob o ponto de vista da legislação brasileira e dos aspectos pedagógicos envolvidos. Para isso, este trabalho consiste em uma pesquisa documental, realizada com base na legislação nacional e internacional referentes às crianças com deficiência e documentos divulgados pelo Ministério da Educação e pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef). Além de fontes bibliográficas, como as obras de Sasaki e de Débora Diniz. Obteve-se como resultado a conclusão de que a educação especializada é maléfica para a parte das crianças com deficiência que se beneficiariam mais com o estudo na rede regular de ensino, ou seja, junto com as outras crianças, do que com o aprendizado nas escolas especializadas.

Palavras-chave: Educação especializada. Educação inclusiva. Crianças com deficiência.

Abstract: *The new National Special Education Policy: Equitable, Inclusive and with lifelong learning (NSEP), launched in 2020 and repealed by Decree No. 11.370/2023, issued on 01 January 2023, had as main point the increase in supply of special educational service to more than 1,3 million students with disability, pervasive developmental disorder and high abilities or giftedness in the country. However, it has been received with much criticism by researchers and area educators. The goal of this research is analyzing the special and the inclusive education, from the point of view of Brazilian legislation and the pedagogical aspects involved. For that purpose, this work consists on a documentary research, performed based on national and international legislation regarding children with disabilities and documents publicized by the Ministry of Education. Furthermore, it has been used bibliographical references, such as Sasaki's and Débora Diniz' books. We obtained as a result the conclusion that special education is harmful for the part of children with disabilities that would be more benefited by studying in the regular education network, in other words, together with other children, than by the learning in special schools.*

Keywords: *Special education. Inclusive education. Children with disabilities.*

Sumário: 1 Introdução - 2 Histórico da educação das crianças com deficiência - 3 Convivência entre crianças com e sem deficiência - 4 Papel familiar na educação das crianças com deficiência - 5 Considerações finais - Referências.

1 INTRODUÇÃO

A tentativa de instituição da nova Política Nacional de Educação Especial (PNEE), instituída pelo Decreto nº 10.502, no dia 30 de setembro de 2020, trouxe à baila um debate acerca das implicações das escolas especializadas e das inclusivas na educação das crianças com deficiência. Com ela, houve uma tentativa de trazer algumas mudanças para o ensino das crianças com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

O principal objetivo deste artigo é analisar os aspectos da educação especializada e da inclusiva, sob o ponto de vista da legislação brasileira e dos aspectos pedagógicos envolvidos. O principal argumento apresentado é que as escolas especializadas apresentam retrocessos em relação às conquistas alcançadas pela visão do modelo social acerca da deficiência, além de induzirem a uma maior segregação das crianças com deficiência, que se beneficiariam mais com o estudo nas escolas regulares inclusivas do que nas escolas especializadas.

Para alcançar seus objetivos, esse artigo foi dividido em três partes seguidas de conclusões. Na primeira parte, são colocadas as quatro fases da história da educação das crianças com deficiência propostas por Sasaki, procurando entender qual seria a fase educacional estabelecida com a tentativa de implementação da PNEE e, conseqüentemente, das escolas especializadas. Além disso, é feito um comparativo entre o modelo médico e o modelo social da deficiência. Ainda na primeira parte, são analisadas as legislações, tanto nacionais quanto internacionais, que são mais relevantes para o estudo acerca da inclusão das crianças com deficiência no ambiente escolar.

Na segunda parte, iremos investigar a importância da convivência escolar das crianças com deficiência com as que não possuem deficiências, observando quais os benefícios que esse convívio pode gerar. A terceira parte tem por finalidade analisar a importância do papel familiar quanto ao estudo das crianças com deficiência nas escolas especializadas ou nas regulares inclusivas e ainda compreender a relação entre os familiares dos educandos com deficiência e a escola.

Na realização da pesquisa efetuada, foi utilizado o método científico comparativo, tendo em vista que foi realizada uma análise comparativa entre as modalidades de educação inclusiva e especializada, tomando-se como parâmetro a lei e os aspectos pedagógicos envolvidos. As técnicas de pesquisa utilizadas, por sua vez, são a documental e a bibliográfica (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 174), com base em leis referentes às crianças com deficiência e em documentos divulgados pelo Ministério da Educação e pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), além de fontes bibliográficas, como revistas e monografias. Ainda, trata-se de pesquisa de abordagem qualitativa, com conteúdo que busca examinar a natureza da educação especializada e da inclusiva (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2009, p. 110).

2 HISTÓRICO DA EDUCAÇÃO DAS CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA

É recente o processo de inclusão das crianças com deficiência na sociedade. Historicamente, segundo Correia (1999), citado por Alberton Frias (2008/2009, p. 5), eram marginalizadas na Idade Antiga, em Esparta, por exemplo, onde eram desprezadas e mortas por seus familiares. Em Roma, na Lei das Doze Tábuas, havia expressamente na tábua quarta que pai poderia matar seu filho, mediante o julgamento de cinco vizinhos, caso nascesse com algum tipo de deficiência. Na Idade Média, a situação era semelhante, porque eram consideradas fruto do pecado dos seus pais, sendo segregadas no meio em que viviam.

Esse tratamento excludente foi se modificando, principalmente, no século XIX, com os estudos e teorizações acerca dos tipos de deficiência de um ponto de vista médico, como os

realizados por Pinel e Itard, por exemplo. Mesmo que tenha havido avanços no campo médico, situação semelhante não ocorreu na área educacional. Sassaki (1998, p. 15), ao falar sobre a história da educação das crianças com deficiência, divide-a em quatro fases: exclusão, segregação institucional, integração e inclusão.

A primeira é a existente durante a maior parte do referido período histórico e é marcada pela rejeição, pelo abandono das pessoas com deficiência e, desse modo, pela negligência e desatenção à sua educação. Nesse sentido, “A exclusão ocorria em seu sentido total, ou seja, as pessoas portadoras de deficiência eram excluídas da sociedade para qualquer atividade porque antigamente elas eram consideradas inválidas, sem utilidade para a sociedade [...]” (SASSAKI, 1997, p. 31).

A segunda fase é caracterizada não necessariamente pelo total abandono dessas pessoas, mas ainda existe a segregação, já que elas são isoladas em casas de caridade, onde recebem alimento, abrigo e cuidados médicos, permanecendo no local junto aos doentes e aos idosos. Assim, nesse momento elas recebiam cuidados que provinham de um trabalho voluntário, assistencialista e que na maior parte dos casos era pautado na solidariedade defendida pela religiosidade, como afirma o autor: “Excluídas da sociedade e da família, pessoas deficientes eram geralmente atendidas em instituições por motivos religiosos ou filantrópicos e tinham pouco ou nenhum controle sobre a qualidade da atenção recebida” (SASSAKI, 1997, p. 111).

No Brasil, a primeira instituição voltada para crianças com deficiência foi o Imperial Instituto dos Meninos Cegos em 1854, que tinha por atribuição ministrar a instrução primária e alguns ramos da secundária, educação moral e religiosa, ensino de música, bem como ofícios fabris. Em 1928, foi criado o Instituto de Cegos Padre Chico, que oferecia diversos cursos e prestava serviços de assistência médica, dentária e alimentar.

Apesar dessas instituições possuírem um caráter assistencialista, ensejando a segregação das crianças com deficiência, elas foram um marco na história da educação dessas crianças no Brasil. Isso se dá, porque antes não havia nenhum tipo de preocupação com elas e depois passaram por anos de modificações e lutas em todo o país que culminaram em uma educação inclusiva.

Pode-se perceber, portanto, que as pessoas nesse segundo momento ainda são tratadas como inválidas. Essa situação só se modifica com a fase da integração social, em que começa a haver uma maior inclusão das pessoas com deficiência, como a de algumas das crianças com deficiência nas escolas, por exemplo. Esse momento, entretanto, ainda não é inclusivo, porque, segundo ele, esses indivíduos é que devem se adaptar aos ambientes em que se inserem, não o contrário, de modo que haveria apenas um esforço unilateral com o objetivo da inserção dessas pessoas na sociedade.

Além disso, nessa fase também ainda há segregação, nas escolas, por exemplo, em que as crianças com deficiência estudam apenas em classes especializadas nas escolas comuns ou em escolas especializadas, estando separadas do convívio diário com as outras crianças para que não prejudicassem o aprendizado destas. Dessa forma, “[...] a integração constitui um esforço unilateral tão somente da pessoa com deficiência e seus aliados (a família, a instituição especializada e algumas pessoas da comunidade que abracem a causa da inserção social) [...]” (SASSAKI, 1997, p. 34).

A quarta fase é marcada pela efetiva inclusão social, na qual os ambientes sociais, como meios de transporte, mobiliário e utensílios se adaptam para que sejam acessíveis às pessoas com deficiência. O referido momento é caracterizado pela ideia de que não são esses indivíduos que necessitam se modificar para que se encaixem na sociedade, mas é esta que precisa passar por mudanças. Essa etapa é pautada, principalmente, no modelo social da deficiência, que se opõe ao modelo médico, sendo este a base da fase da integração social.

Os modelos médico e social foram fundamentais para a modificação de concepções acerca das pessoas com deficiência. O primeiro é o mais antigo, porque é existente desde os primeiros estudos e teorizações acerca das deficiências e a enxerga como resultado da lesão. Desse modo, o corpo lesionado seria o responsável pela exclusão social sofrida por esse grupo. O modelo social, diferentemente, é mais recente, porque é criado nos anos 70, no Reino Unido, por pessoas com deficiência, como Paul Hunt e Michael Oliver, que junto a outros indivíduos criaram a Liga dos Segregados Físicos Contra a Segregação (Upias), com o objetivo de resistir e se opor à concepção do modelo médico acerca da deficiência (DINIZ, 2007, p. 14).

Essa entidade moldou o modelo social da deficiência, segundo o qual não é a lesão que causa a experiência da deficiência, uma vez que o problema está na sociedade, que não é preparada para o acolhimento dessas pessoas nos ambientes sociais e que não respeita a diversidade, gerando a sua exclusão. Isso não significa, entretanto, que seja negada a lesão física, uma vez que ela é apenas a propulsora de modos de vida diferentes, de uma maior variedade entre as pessoas, não das deficiências. Nesse contexto, “[...] diferentemente das abordagens biomédicas, deficiência não deveria ser entendida como um problema individual, uma “tragédia pessoal”, como ironizava Oliver, mas sim uma questão eminentemente social” (DINIZ, 2007, p. 15).

O modelo social da deficiência foi fundamento das variadas legislações que começaram a ser elaboradas no fim do século XX, quanto aos direitos das pessoas com deficiência. De todas essas novas garantias, a de maior relevância para o debate proposto é a da educação inclusiva para as crianças com deficiência. Serão abordadas algumas delas, com o objetivo de realizar uma contextualização inicial no meio legislativo, para melhor compreensão do histórico dos direitos postos na lei no âmbito educacional desses indivíduos.

Dentre as declarações que se preocupam com a inclusão educacional das crianças com deficiência, pode-se citar a Convenção sobre os Direitos da Criança (1988), ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990. Segundo o seu artigo 23, “Os Estados Partes reconhecem que a criança com deficiência física ou mental deverá desfrutar de uma vida plena e decente, em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autoconfiança e facilitem sua participação ativa na comunidade” (BRASIL, 1990).

Diferente dessa declaração, que apenas retrata a educação inclusiva de crianças com deficiência como uma entre diversas outras disposições, a voltada especialmente para a inclusão educacional das crianças com deficiência e de todas as outras crianças que não estejam conseguindo ter aproveitamento escolar é a Declaração de Salamanca, que é uma resolução da Organização das Nações Unidas, aprovada na Conferência Mundial Sobre Educação Especial, em Salamanca, na Espanha, em 1994.

Segundo essa declaração, “toda criança possui características, interesses, habilidades e necessidades de aprendizagem que são únicas” e “os sistemas educacionais deveriam ser designados e programas educacionais deveriam ser implementados no sentido de se levar em conta a vasta diversidade de tais características e necessidades”. É perceptível, assim, a influência do modelo social da deficiência tanto na Declaração de Salamanca quanto na Convenção Sobre os Direitos da Criança, já que, de acordo com esta, as crianças com deficiência devem ser educadas, de modo que vivam de forma plena e com dignidade e, de acordo com aquela, os sistemas educacionais devem se adaptar para atender às necessidades das crianças com deficiência, que são ideias defendidas pelo modelo social.

Quando se volta especificamente para legislações que foram elaboradas nacionalmente, frisa-se a importância do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990, que no seu artigo 54, inciso III, afirma que o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, deve ser assegurado pelo Estado. Tal disposição também está presente na Constituição Federal, de 1988, no seu artigo 208. Ambos os

dispositivos nacionais estão de acordo com a inclusão de que fala Sasaki, já que não segregam as crianças com deficiência no ambiente escolar, priorizando o seu atendimento educacional na rede regular de ensino.

Ainda que tenham sido elaboradas essas legislações que garantem direito à educação às pessoas com deficiência, só passou a haver uma maior presença de garantias acerca dos direitos desses indivíduos, no âmbito legislativo brasileiro, com a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo em 9 de julho de 2008 e a sua promulgação no Decreto nº 6.949, em 25 de agosto de 2009. É no artigo 24 desse decreto que se fala sobre os direitos educacionais das pessoas com deficiência, os quais devem ser assegurados pelo Estado. De acordo com as suas disposições, deverá ser implementada uma política de não exclusão das pessoas com deficiência, bem como adoção de medidas de apoio individualizadas, entre outras estratégias a serem adotadas.

É notável, assim, a influência do modelo social da pessoa com deficiência nesse decreto, que garante o ensino inclusivo, o atendimento individual a fim de maximizar o desempenho da criança e a coloca em posição de igualdade em relação às outras. Pode-se, assim, enquadrá-lo na quarta fase da inclusão retratada por Sasaki, já que garante uma efetiva inclusão educacional dos indivíduos e, principalmente, das crianças com deficiência. Esse decreto baseou a mais completa legislação referente aos direitos das pessoas com deficiência, que é o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que também pode ser chamado de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, de 6 de julho de 2015.

É fundamental enfatizar a presença do termo “inclusão” no nome do referido Estatuto, porque promovê-la é o objetivo principal da Lei. Ela dispõe sobre o direito à educação no capítulo IV e, dentre seus artigos, frisa-se o inciso III, do artigo 28º:

Incube ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar [...] III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia (BRASIL, 2015).

Vale salientar que quando se fala em atendimento educacional especializado, não está sendo abordado necessariamente o ensino nas escolas especializadas, mas uma maior assistência voltada especificamente às crianças que dela necessitam, nas escolas regulares, que são as inclusivas. Esse Capítulo do Estatuto complementa e especifica as disposições referentes à educação presentes na Convenção ratificada em 2008. Entretanto, ainda que essa complementação ocorra, fez-se necessário um documento que fosse voltado especificamente para a educação.

Nesse sentido, foi publicada pelo Ministério da Educação a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, de 07 de janeiro de 2008, que é pautada no ensino inclusivo nas escolas regulares, com o apoio especializado, ou seja, esse atendimento deve estar articulado com o ensino comum, de modo que não é substituto da escolarização, caracterizando a transversalidade da modalidade de educação especial.

Sobre esse mesmo assunto, foi publicado em 30 Setembro de 2020 o Decreto nº 10.502, que instituiu a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizagem ao Longo da Vida (PNEE). Ela é o ato normativo mais recente acerca da educação inclusiva das pessoas com deficiência, sendo não apenas direcionada a elas, mas também a quem possui transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, assim como a Política de 2008, tendo o intuito de garantir os seus direitos constitucionais de educação e de atendimento educacional especializado.

É fundamental destacar, entretanto, que o mencionado decreto foi suspenso por decisão liminar do Ministro Dias Tofolli, confirmada posteriormente pela maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6590. Ademais, a nova PNEE também foi objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 751. Em ambas as ações, foram colocados em pauta pontos controvertidos presentes na Política, de fundamental debate, devido à discussão suscitada no que concerne a esse decreto estar de acordo ou em contradição com a educação inclusiva.

Ressalta-se, ainda, que, apesar de o mencionado decreto ter sido expressamente revogado pelo Decreto nº 11.370/2023, de 01 de janeiro de 2023, continua sendo importante analisar as mudanças pretendidas pela instituição da PNEE e toda a discussão que ela envolve, tendo em vista a essencialidade do tema educação inclusiva para a sociedade.

3 CONVIVÊNCIA ENTRE CRIANÇAS COM E SEM DEFICIÊNCIA

Dentre as diretrizes do Decreto nº 10.502/2020, destaca-se a seguinte disposição, que é fundamental para o entendimento do debate que será realizado:

Art. 6º São diretrizes para a implementação da Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida:

I - oferecer atendimento educacional especializado e de qualidade, em classes e escolas regulares inclusivas, classes e escolas especializadas ou classes e escolas bilíngues de surdos a todos que demandarem esse tipo de serviço, para que lhes seja assegurada a inclusão social, cultural, acadêmica e profissional, de forma equitativa e com a possibilidade de aprendizado ao longo da vida [...] (BRASIL, 2020).

Para que se possa efetivamente compreender o conteúdo não apenas desse inciso, mas também a finalidade da PNEE, é importante que seja realizada uma diferenciação entre o ensino especial nas escolas especializadas e nas classes comuns na escola regular inclusiva. Esse esclarecimento, também, é fundamental para que se compreenda o porquê de políticas como essa, apesar de se dizerem inclusivas, na prática podem contribuir para que haja uma maior segregação de grande parte das crianças com deficiência, caracterizando um retrocesso em relação às conquistas alcançadas pelo modelo social da deficiência quanto à inclusão educacional já citadas nas legislações anteriormente. É, assim, estimulada a regressão à fase da integração formulada por Sassaki.

A terceira fase da educação, segundo esse autor, é caracterizada por um momento em que surgiram as classes especiais dentro das escolas comuns para atender às crianças com deficiência, separando-as das outras. Situação semelhante foi proposta na PNEE, através das escolas especializadas.

Segundo o artigo 2º, VI, da PNEE, as escolas especializadas são instituições de ensino voltadas para o atendimento educacional de crianças que não seriam beneficiadas se estivessem incluídas em escolas regulares inclusivas, em razão da necessidade de apoios múltiplos e contínuos.

Seriam escolas com atendimento exclusivo para as crianças com deficiência, visando ao oferecimento de uma maior flexibilidade aos sistemas de ensino. O ministro da Educação, Milton Ribeiro, em seu discurso na solenidade de lançamento da política afirmou que “um dos princípios norteadores desta política nacional é a valorização das singularidades” de cada estudante.

No entanto, a PNEE apresenta significativo retrocesso quanto às conquistas alcançadas ao longo de anos de luta pelos direitos das pessoas com deficiência, já que estimula um maior espaço de segregação entre as crianças com deficiência e as sem deficiência, através das escolas especializadas. Essa Política Nacional de Educação Especial, entretanto, ao dispor sobre as es-

colas especializadas, não prejudica o processo de aprendizagem de todas as crianças, porque há aquelas que se beneficiam com esse ensino especializado, por apresentarem transtornos mais graves, como pode ser percebido na fala seguinte de Lucelmo Lacerda, que é pesquisador em autismo e em inclusão escolar, em um trecho retirado do artigo que escreveu sobre essa nova PNEE, para o jornal online *Gazeta do Povo*:

[...] as escolas e classes especializadas são espaços excepcionais de escolarização, dedicados a casos de deficiência com quadros mais severos, que não se beneficiam da inclusão escolar. Nestes espaços as pessoas com deficiência podem aprender as habilidades fundamentais para se beneficiarem da inclusão escolar e serem nela inseridos progressivamente, ainda que nem todos os casos consigam este mesmo desenvolvimento [...] (2020).

Entretanto, ainda que as escolas especializadas sejam voltadas preferencialmente para as crianças com transtornos mais graves, que não desenvolveriam o seu aprendizado com a mesma qualidade nas escolas regulares inclusivas, também estudam nesses locais as que se beneficiariam mais com o ensino inclusivo. Isso ocorre na prática, porque a Política é voltada para o ensino especial dos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, como se pode perceber no seu artigo 1º.

Nem todos os alunos que apresentam esses quadros, portanto, beneficiam-se do estudo nas escolas especializadas, apesar de poderem ser matriculados nelas, o que acarreta a segregação da convivência com crianças sem deficiência, de modo que o seu estudo nesses ambientes pode ser menos proveitoso em comparação à aprendizagem nas escolas inclusivas.

As disposições existentes na nova PNEE são divergentes das visadas pela Política Nacional de Educação Especial de 2008, que também dispõe sobre o atendimento educacional especializado, mas de forma diferente, porque ela não fala em classes ou escolas especializadas, mas em um atendimento especializado que deve ser realizado no turno oposto ao do ensino comum, sendo articulado à proposta pedagógica desta.

Na PNEE de 2020, por outro lado, é proposto um ensino nas escolas especializadas para alunos que não seriam incluídos nas escolas regulares inclusivas. Isso significa que a proposta da PNEE mais recente vai além do ensino complementar e suplementar visado pela Política anterior, sendo oferecido também o ensino exclusivo nas escolas especializadas, o que prejudica a aprendizagem das crianças que se beneficiariam mais com o estudo nas escolas regulares inclusivas, mas que são matriculadas nas escolas especializadas, sendo separadas totalmente do convívio com as crianças sem deficiência.

O Ministério da Educação, em documento divulgado em 2008 pelo Programa Educação Inclusiva: Direito à Diversidade, falou sobre o que seria uma escola inclusiva: “Escola inclusiva é, aquela que garante a qualidade de ensino educacional a cada um de seus alunos, reconhecendo e respeitando a diversidade e respondendo a cada um de acordo com suas potencialidades e necessidades”.

A escola inclusiva é, portanto, uma escola regular com um atendimento específico voltado para as necessidades de todos os alunos e não só dos estudantes com deficiência, corroborando com a fase da inclusão, na qual o principal objetivo é incluir as crianças com deficiência em todos os âmbitos da sociedade, não mais escondendo e as separando, a fim de desenvolver as potencialidades de todos os alunos e, para que isso ocorra, é essencial a socialização entre eles no mesmo espaço.

Nesse diapasão, é necessário o contato entre todas as crianças, porque a escola se configura como um importante ambiente de aprendizado. A família constitui o primeiro espaço de socialização das crianças e é no seio familiar que aprendem regras básicas de convivência e

desenvolvem suas primeiras habilidades. No entanto, apenas o convívio com os parentes não é suficiente para que as crianças alcancem a plenitude de seu crescimento pessoal, enquanto indivíduos que devem ser preparados para a vida em comunidade.

É fundamental, também, frisar não apenas a importância de haver esse ambiente de socialização, mas de todas as crianças passarem pela experiência do aprendizado na escola. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece em seu art. 53 que: “A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho [...]”. Portanto, toda criança e adolescente, para obterem seu pleno desenvolvimento, precisam frequentar a escola.

O atendimento educacional especializado está de acordo com o modelo social da deficiência, que a entende não como a lesão que está no corpo do indivíduo, mas sim como uma opressão do sistema. É, portanto, necessário não que a pessoa com deficiência se adapte à comunidade em que vive, mas sim que a sociedade ofereça os meios necessários para que ela possa conviver nos espaços públicos, com acessibilidade e oportunidades iguais aos outros indivíduos.

De acordo com Sassaki:

Pelo modelo social da deficiência, os problemas da pessoa com necessidades especiais não estão nela tanto quanto estão na sociedade. Assim, a sociedade é chamada a ver que ela cria problemas para as pessoas portadoras de necessidades especiais, causando-lhes incapacidade (ou desvantagem) no desempenho de papéis sociais (SASSAKI, 1997, p. 45).

Sendo assim, a escola é responsável não apenas por adequar às crianças com deficiência o seu ambiente físico ao, por exemplo, colocar rampas de acessibilidade e realizar modificações nos banheiros, que permitam maior acessibilidade a essas pessoas, como também adaptar seu plano pedagógico, fornecendo materiais que sejam compreendidos por todos os alunos, a fim de eliminar essas barreiras sociais que impedem que a sociedade incorpore a diversidade.

Nesse sentido, a necessidade de haver as referidas mudanças foi abordada no relatório mundial da infância de 2013, no qual a UNICEF abordou o tema das Crianças com deficiência. Esse documento fala que “a educação inclusiva implica oferecer oportunidades significativas de aprendizagem a todos os estudantes em um sistema escolar regular. Idealmente, permite que crianças com e sem deficiência frequentem as mesmas classes apropriadas para sua idade (...)”.

Ao criar esse ambiente favorável para que todos os alunos possam se desenvolver em sua plenitude, a escola inclusiva promove um lugar com menos preconceito, mais sensibilidade e mais autonomia para todas as crianças.

A criança com deficiência deve ser estimulada dentro do ambiente escolar a conviver com as outras, participando de todas as atividades propostas pelos professores, cabendo à escola disponibilizar os recursos necessários para essa participação. No entanto, para o modelo médico da deficiência: “Deficiência é consequência natural da lesão em um corpo, e a pessoa deficiente deve ser objeto de cuidados biomédicos” (DINIZ, 2007, p. 15).

Assim, a criança com deficiência é muitas vezes vista como incapaz de realizar simples tarefas do seu cotidiano e de interagir com outras crianças, devendo apenas ser alvo de assistencialismos e cuidados médicos. O modelo social não nega a necessidade de remédios ou de tratamentos, por exemplo, mas aponta que esta não deve ser a principal forma de se tratar essas pessoas, porque elas devem ser estimuladas a ter independência. Nesse sentido, é importante que seja realizada uma diferenciação entre a autonomia, a independência e o *empowerment*, que são inclusivistas e cuja divergência de significados é abordada por Sassaki.

Segundo esse autor, a autonomia vem a ser o domínio que o indivíduo possui no am-

biente físico e social, preservando ao máximo a sua privacidade e a sua dignidade. Essa autonomia pode ser modificada ou desenvolvida.

Já a independência vem a ser:

A faculdade de decidir sem depender de outras pessoas [...] uma pessoa com deficiência pode ser mais independente ou menos independente em decorrência não só da quantidade de informações que lhe estiverem disponíveis para tomar a melhor decisão, mas também da sua autodeterminação ou prontidão para tomar decisões numa determinada situação (SASSAKI, 1997, p. 36).

Sasaki coloca que é muito comum os pais esperarem que de forma repentina seus filhos alcancem essa independência. No entanto, é necessário que lhes sejam dadas oportunidades de desenvolver essa independência desde a infância, o que ocorre mais facilmente quando são colocadas nas escolas regulares inclusivas, que permitem a maior inserção das crianças com deficiência na sociedade.

O *empowerment*, de acordo com Sasaki (1997, p. 38), é um processo de uso do seu poder pessoal intrínseco à condição do indivíduo. Quando a pessoa passa a usar seu poder pessoal, ela assume o controle de suas decisões e escolhas.

Esses três conceitos são extremamente importantes de serem desenvolvidos nas crianças com deficiência. No entanto, apenas a escola inclusiva oferece ambiente favorável para isso, já que nela os limites das crianças são respeitados, mas suas potencialidades são incentivadas. No momento em que esses indivíduos com deficiência, por outro lado, são colocados nas escolas especializadas, quando se beneficiariam mais na rede regular de ensino, o processo de desenvolvimento da independência é dificultado.

O neuropsicopedagogo clínico e especialista em educação especial, Jairon Pinheiro, em entrevista para o *Jornal Opção* afirma que ao interagir com outras crianças a criança com deficiência:

Melhora a comunicação, os processos sociais e emocionais são potencializados. Porque a educação também é conviver com o outro. E essa lei ela traz uma série de aberturas que não garantem esse direito à aprendizagem no sentido de escola inclusiva, no sentido de eu estar junto com o outro (2020).

O especialista ainda aponta diversos benefícios que a escola inclusiva oferece tanto para as crianças com deficiência quanto para as crianças sem deficiência, dentre os quais o desenvolvimento de cuidado, sensibilidade, empatia, acolhimento, respeito e solidariedade. Ao conviver com as crianças com deficiência, as outras aprendem a lidar melhor com as diferenças, com a diversidade que existe entre os seres humanos, segundo Oliveira da Silva (2018, p. 109).

Por não haver esse ambiente inclusivo para as crianças que se beneficiariam mais estudando nas escolas da rede de ensino regular, mas que são matriculadas nas escolas especializadas, é que o texto da PNEE é tão problemático e criticado pelos especialistas em educação especial. Além disso, a Política, no que diz respeito a essa parte do grupo das crianças com deficiência, vai contra diversos dispositivos legais que se encontram em vigor no nosso país e cujas disposições propõem um ensino inclusivo, como, por exemplo, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo que assegura que é direito das pessoas com deficiência o acesso ao sistema educativo inclusivo.

Dessa forma, ao ratificar a mencionada Convenção, o Brasil reconheceu a educação inclusiva como um direito a ser concretizado no que diz respeito à educação das crianças com deficiência, mas que, por todo o exposto, não vem sendo efetivado no ordenamento jurídico interno pátrio.

4 PAPEL FAMILIAR NA EDUCAÇÃO DAS CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo coloca em seu preâmbulo que é função do Estado fornecer para as pessoas com deficiência e seus familiares “a proteção e a assistência necessárias para tornar as famílias capazes de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência”. Sendo a educação um direito desses indivíduos, é fundamental a participação familiar no processo de aprendizagem, a fim de que essa garantia se concretize de forma plena.

A “elaboração de estratégias de gestão de sistemas de ensino” com “orientação sobre o papel da família, do educando, da escola, dos profissionais especializados e da comunidade, e a normatização dos procedimentos de elaboração de material didático especializado” fazem parte do plano de ações que seriam implementadas pela PNEE, colocadas em seu artigo 9º. Dessa forma, depreende-se que o papel a ser desenvolvido pela família é tão importante quanto o da escola.

Nesse sentido, a Declaração de Salamanca coloca que:

A educação de crianças com necessidades educacionais especiais é uma tarefa a ser dividida entre pais e profissionais. Uma atitude positiva da parte dos pais favorece a integração escolar e social. Pais necessitam de apoio para que possam assumir seus papéis de pais de uma criança com necessidades especiais. O papel das famílias e dos pais deveria ser aprimorado através da provisão de informação necessária em linguagem clara e simples; ou enfoque na urgência de informação e de treinamento em habilidades paternas constitui uma tarefa importante em culturas aonde a tradição de escolarização seja pouca (SALAMANCA, 1994, p. 13-14).

O papel dos pais apenas pode ser aprimorado através de uma relação construída com a escola. Paniagua (2004), citado por Annye de Picoli Souza (2016, p. 42), aborda quatro modelos que explicam as possíveis interações que podem existir entre a família e a escola: modelo *expert*, modelo transplante, modelo do usuário e o modelo da negociação.

No modelo *expert*, os pais não se apresentam como sujeitos ativos no processo de aprendizagem, pois são considerados incapazes. Apenas os professores e profissionais detêm o conhecimento necessário e as habilidades para lidar com as crianças.

Já no modelo transplante, os pais são considerados coterapeutas dos filhos. Nele, os profissionais são responsáveis por transmitir os conhecimentos fundamentais para que, em casa, eles façam o papel que é desenvolvido na escola pelos profissionais.

O terceiro modelo é caracterizado pelo reconhecimento de que os pais são usuários, “cabendo ao profissional o ajuste de suas vivências, suas ideias e atuações em relação à situação do filho com deficiência”.

O modelo da negociação promove uma maior interação entre a família e os profissionais, sendo esses responsáveis por instruir os familiares, através da oferta de opções e da criação de alternativas que ajudem no processo de colaboração.

Temos nesse último modelo uma preocupação em promover uma colaboração maior entre família e escola, a fim de que os pais possam participar efetivamente do processo de aprendizagem dos seus filhos e contribuir nesse processo de forma ativa, não apenas como sujeitos passivos. Cabe, assim, à escola proporcionar essa participação. Nesse sentido, é fundamental a interação entre os familiares e a escola, visando à mais proveitosa aprendizagem das crianças com deficiência, sendo notável a importância da família nesse processo, o que pode ser percebido nas referências que a PNEE faz acerca do papel familiar no ensino oferecido aos alunos, que serão abordadas mais adiante.

Outro ponto importante a ser levado em consideração que está relacionado à PNEE é a desinformação acerca de como funcionam as escolas regulares inclusivas, o que pode levar familiares de crianças com deficiência, que se beneficiariam mais com o estudo nas escolas regulares inclusivas do que nas especializadas a desconfiarem de que são positivas e, consequentemente, a optarem pela matrícula nas escolas especializadas, na crença de que essa é a melhor decisão a ser tomada. É fundamental falar sobre esse tema, principalmente devido à seguinte disposição presente no artigo 6º, inciso VI da PNEE, que é uma das diretrizes dessa Política:

IV - priorizar a participação do educando e de sua família no processo de decisão sobre os serviços e os recursos do atendimento educacional especializado, considerados o impedimento de longo prazo e as barreiras a serem eliminadas ou minimizadas para que ele tenha as melhores condições de participação na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Esse dispositivo prioriza a participação dos familiares da criança com deficiência na tomada de decisões quanto ao atendimento educacional especializado. A família como núcleo natural e fundamental da sociedade precisa desenvolver um papel mais ativo dentro das escolas. A família e o colégio necessitam construir uma ponte de ajuda mútua, pois “programas de educação inclusiva que se concentram apenas em práticas de sala de aula não conseguem aproveitar o potencial dos genitores para contribuir com a educação inclusiva – e para evitar violações, como o confinamento de crianças com deficiência em salas separadas” (Relatório da Situação Mundial da Infância 2013: Crianças com Deficiência, p. 33).

Outra disposição relevante para o debate proposto é o que está presente no inciso VI do artigo 3º, segundo o qual um dos objetivos da PNEE é a seguinte garantia: “VI - participação de equipe multidisciplinar no processo de decisão da família ou do educando quanto à alternativa educacional mais adequada”. Tais disposições são problemáticas no que concerne, principalmente, às famílias às quais faltam conhecimentos acerca das escolas especializadas e das regulares inclusivas.

Nesse contexto, os pais ou responsáveis de crianças que apresentam deficiências menos severas, muitas vezes, creem que o estudo nas escolas especializadas será melhor para as crianças, devido ao fato de que nesses ambientes, elas convivem com crianças da mesma idade e que também possuem condições que dificultam a aprendizagem. Essa crença, entretanto, é equivocada, como se pode perceber na seguinte fala de uma mulher que decidiu colocar o seu filho em uma escola especializada:

Foi muito ruim, porque ele não convivia com crianças com desenvolvimento considerado normal. O autismo dele ficou mais severo, porque ele pegava os mesmos comportamentos dos outros. Era uma unidade de ensino pouco lúdica, focada mais nos tratamentos das crianças (*BBC News Brasil*).

A pessoa que prestou tal depoimento divulgado em artigo do site *BBC News Brasil* tomou essa decisão, porque o seu filho havia sofrido preconceito na anterior escola regular inclusiva em que estudava. Esse é um dos maiores receios dos familiares das crianças com deficiência, o que os estimula a colocá-las nas escolas especializadas, já que para eles ao se estudar com pessoas sem deficiência haveria maior chance de que sofressem preconceito, por conta das diferenças entre as crianças.

Embora haja essa crença quanto à tomada da decisão de colocá-las nas escolas especializadas, ela é prejudicial aos indivíduos com deficiência, porque as torna mais dependentes dos adultos, de modo que esse ensino pode levá-las a desconfiar das próprias habilidades e capacidades, no sentido de que imaginam que não são capazes de tomar atitudes e realizar ações por

si mesmas, já que sempre dependem de outra pessoa. Isso pode ser percebido, por exemplo, na seguinte fala da mesma mãe da criança autista que concedeu uma entrevista à *BBC News Brasil*, quanto à experiência do seu filho na escola especializada: “Durante uma apresentação, cada criança estava com um adulto por trás, até mesmo pra levantar o próprio braço. Pensei: como estão ensinando essas crianças a evoluir, se estão fazendo tudo por elas?”.

Ao colocar a criança na escola especializada, quando ela não tem uma deficiência com quadro mais severo, portanto, ao invés de protegê-la do preconceito e de sofrer, está sendo prejudicado o seu desenvolvimento. Isso pode ser percebido não apenas pelo ocorrido com a criança autista, por exemplo, mas também ao não se permitir que a criança passe por frustrações, sendo uma forma de a superproteger, levando-a a possuir uma imagem de fragilidade de si mesma. Os familiares, nesse sentido, “Procuram realizar todos os desejos possíveis dos mesmos e acabam não criando condições para que eles desenvolvam suas potencialidades e não os permitem sofrerem frustrações [...]” (GOLFETO e MIAN, 1999, p. 208).

Dessa forma, pode-se perceber que o estudo das crianças com deficiência nas escolas especializadas, quando elas se beneficiariam mais com o estudo nas escolas regulares inclusivas, por não apresentarem um quadro grave de deficiência, não permite o pleno desenvolvimento das suas potencialidades, que é um dos princípios da PNEE, disposto no seu artigo 3º, inciso IV. Há, então, uma contradição entre o referido dispositivo e a realidade concreta que existe nas escolas especializadas, de modo que não podem ser consideradas inclusivas com relação à referida parte do grupo das crianças com deficiência, que não apresentam transtornos severos. Por outro lado, ao estudar com pessoas sem deficiência, as crianças passam a enxergar o comportamento desses indivíduos como um desafio, como um espelho e estímulo para que entendam que também possuem condições de aprender e de se desenvolver (OLIVEIRA DA SILVA, 2018, p. 112).

Outro ponto importante a ser conhecido pelos familiares antes de escolher a escola regular inclusiva ou a especializada é que esta se trata mais de um local de cuidado do que de aprendizado, conforme Karagiannis; Stainback e Stainback (1999, p. 25), citados por Oliveira da Silva. Isso se dá porque o aprendizado não se trata apenas de aprender conteúdos, mas de socializar, de brincar com outras crianças com e sem deficiência, de conhecer a diversidade existente nos tipos de indivíduos, já que a escola é o primeiro ambiente de socialização em que as crianças são colocadas após a vivência no meio familiar. É fundamental, assim, essa interação entre elas, para que aprendam a viver em comunidade.

Colocar a criança na escola regular inclusiva quando se tem receio do preconceito que pode ser praticado por crianças sem deficiência não é uma decisão fácil, ainda mais quando não se conhecem os benefícios desse tipo de escola para os educandos que não apresentam transtornos graves, já que não segregam as crianças com deficiência das outras. Apesar de haver esse medo, o preconceito pode existir não só na escola, mas também em todos os ambientes em que a criança esteja inserida, de modo que colocá-la em uma escola especializada não é uma forma totalmente efetiva de evitar que sofra preconceito e, como já foi citado, pode vir a prejudicar o seu desenvolvimento.

É necessário, portanto, um trabalho conjunto entre as crianças no geral, seus familiares e os professores nas escolas inclusivas, para que seja coibida essa prática entre os alunos e para que possa haver uma interação saudável entre crianças com e sem deficiência, já que essa convivência entre as formas diferentes de indivíduos é benéfica para todos, como já foi explicado anteriormente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa realizada, é possível concluir que a educação especializada é maléfica para a parte das crianças com deficiência que se beneficiariam mais com o estudo na rede regular de ensino, ou seja, junto com as outras crianças, do que com o aprendizado nas escolas especializadas. A possibilidade de separação é benéfica apenas para as crianças que apresentam transtornos mais severos e que não teriam o mesmo desenvolvimento nas escolas regulares, de modo que não lhes é prejudicial o estudo nos centros especializados de ensino.

Pode-se realizar essa conclusão, a partir da pesquisa para atingir ao objetivo geral de analisar os aspectos da educação especializada e da inclusiva, sob o ponto de vista da legislação brasileira e dos aspectos pedagógicos envolvidos, porque é fundamental que haja a convivência das crianças com deficiência com as outras, sendo esse contato uma fonte constante de aprendizagem para ambos, porque ao se estudar com pessoas com deficiência, há uma maior tolerância à diversidade que existe entre os indivíduos, além de mais sensibilidade e respeito para com as diferenças. Quanto às que possuem deficiência, elas veem o que as outras crianças podem fazer e passam a enxergá-las como um desafio, para que entendam que para elas também há a possibilidade de desenvolver plenamente as suas potencialidades.

Demais disso, também se pode afirmar, a partir do trabalho apresentado, que a tentativa de implementação das escolas especializadas permite que nelas estudem não apenas as crianças que apresentam transtornos mais severos, mas também as que se prejudicariam com o estudo nesses ambientes, com a sua segregação. Isso representaria uma regressão à fase educacional da integração abordada por Sasaki, já que ela é caracterizada pela separação desses indivíduos das crianças sem deficiência, impedindo-as de desfrutar dos já citados benefícios da convivência, além de torná-las menos autônomas, já que as escolas especializadas tratam-se mais de locais de cuidado do que de aprendizado.

É também notória a importância do papel familiar no ensino das crianças com deficiência, sendo fundamental a sua participação nas escolas e o seu envolvimento com a aprendizagem desses indivíduos. São os familiares e responsáveis que decidem se essas crianças estudam nas escolas especializadas ou nas regulares inclusivas, caso aquelas tivessem sido efetivamente instituídas.

A forma de se evitar que as crianças com deficiência sofram preconceito, assim, não é criar escolas especializadas, porque a coibição a essa prática é fruto de um trabalho conjunto entre os familiares e responsáveis, os profissionais da escola e as crianças. Isso deve ocorrer a fim de que haja uma maior tolerância e respeito à diversidade com a convivência entre pessoas que são diferentes, nesse sentido, por apresentarem ou não deficiências, o que beneficia todos os envolvidos no processo de ensino.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Livia. Nova Política Nacional de Educação Especial é apontada como retrocesso por especialistas. **Jornal Opção**, Goiás, 10 de out. de 2020. Disponível em: <https://www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/nova-politica-nacional-de-educacao-especial-e-apon-tada-como-retrocesso-por-especialistas-288211/#:~:text=Segundo%20o%20Decreto%2010.502%2C%20escolas,especializadas%20ou%20salas%20de%20recursos>. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 02 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.502, de 30 de setembro de 2020.** Institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10502.htm. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. **Educação Inclusiva: a escola.** Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/aescola.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. **Solenidade de lançamento da nova Política Nacional de Educação Especial.** 2020 (18m50s). Disponível em: <https://youtu.be/fOqSU5jnQIk>. Acesso em: 02 fev. 2023.

Convenção Sobre os Direitos da Criança, de 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 02 fev. 2023.

DECLARAÇÃO DE SALAMANCA: sobre princípios, políticas e práticas na área das necessidades educativas especiais, 1994, Salamanca-Espanha. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

DINIZ, Débora. **O que é deficiência.** 1ª edição. São Paulo: editora brasiliense, 2007. Disponível em: <https://pedagogiafadba.files.wordpress.com/2013/03/texto-1-o-que-c3a9-deficic3aancia.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

DHnet. **Lei das XII Tábuas.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>. Acesso em: 02 fev. 2023.

FRIAS, Elzabel Maria Alberton. **Inclusão escolar do aluno com necessidades educacionais especiais:** contribuições ao professor do ensino regular. 2008/2009. Faculdade de Educação Ciências e Letras de Paranaíba e Universidade Estadual de Maringá. Disponível em: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/1462-6.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

GOLFETO, José H.; MIAN, Heloísa. **Abordagem Psicoterápica da Criança e da Família no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto-USP.** Ribeirão Preto, 1999. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/12696/14474>. Acesso em: 02 fev. 2023.

Governo do Brasil. **Nova Política Nacional de Educação Especial é lançada em Brasília.** Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/educacao-e-pesquisa/2020/09/nova-politica-nacional-de-educacao-especial-e-lancada-em-brasilia>. Acesso em: 02 fev. 2023.

Grupo de trabalho da Política Nacional de Educação Especial. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, de 7 de janeiro de 2008.** Documento elaborado pelo Grupo de Trabalho nomeado pela Portaria nº 555/2007, prorrogada pela Portaria nº 948/2007, entregue ao Ministro da Educação em 07 de janeiro de 2008. Brasília, DF: Equipe da Secretaria de Educação Especial/ MEC. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducacional.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

Instituto de Cegos Padre Chico. Disponível em: <http://padrechico.org.br/instituto-de-cegos-padre-chico/>. Acesso em: 02 fev. 2023.

LACERDA, Lucelmo. Política Nacional de Educação Especial: entre a fé e as evidências. **Gazeta do povo**, Curitiba, 21 out. 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/politica-nacional-de-educacao-especial-entre-a-fe-e-as-evidencias/>. Acesso em: 02 fev. 2023.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos de metodologia científica.** São Paulo, 2003, 5ª edição. Editora Atlas. Disponível em: https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india. Acesso em: 23 jul. 2023.

LEÃO, G. B. O. S.; SOFIATO, C. G. A educação de cegos no Brasil do Século XIX: Revisitando a história. **Revista Brasileira de Educação Especial**, São Paulo, v. 25, n. 2, jun. de 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-65382019000200283. Acesso em: 02 fev. 2023.

LEMOS, Vinícius. 'Como escola especial atrasou desenvolvimento de meu filho com autismo'. **BBC News Brasil**, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-54464703>. Acesso em: 02 fev. 2023.

MEZZARROBA, O.; MONTEIRO, C. S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** 5ª edição, 2009. Editora Saraiva.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos.** 3ª edição. Rio de Janeiro: WVA® Editora e Distribuidora Ltda., 1999. Disponível em: <https://document.onl/documents/construindo-uma-sociedade-para-todos-livro-sasaki-1.html>. Acesso em: 02 fev. 2023.

Secretaria de Educação Especial, Ministério da Educação. **A inclusão escolar de alunos com necessidades educacionais especiais DEFICIÊNCIA FÍSICA.** 2006. Brasília. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/deffisica.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

SILVA, Marcelo Oliveira da. A convivência entre crianças com e sem deficiência e o papel do professor na educação infantil. **Revista Educação Especial**, Santa Maria, v. 31, n. 60, jan./mar. de 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/educacaoespecial/article/view/24604/pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

SOUSA, Annye de Picoli. Relação entre profissionais da escola e familiares de alunos com deficiência. In: SOUSA, Annye Picoli. **Relação escola e família de alunos com deficiência intelectual: o ponto de vista dos familiares**. 2016. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Federal da Grande Dourados, Mato Grosso do Sul, 2016. Disponível em: <https://files.ufgd.edu.br/arquivos/arquivos/78/MESTRADO-DOCTORADO-EDUCACAO/ANNYE%20DE%20PICOLI%20SOUZA.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

UNICEF. **Situação Mundial das Crianças 2013**: crianças com deficiência. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/unicef_sowc/sit_mund_inf_2013_deficiencia.pdf. Acesso em: 02 fev. 2023.

A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A SÚMULA 711 DO STF EM RELAÇÃO À TEORIA DA ATIVIDADE E DA POSSIBILIDADE DE ULTRATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA AO RÉU

THE INCOMPATIBILITY BETWEEN SUMMARY 711 OF THE STF IN RELATION TO THE THEORY OF ACTIVITY AND THE POSSIBILITY OF ULTRATIVENESS OF THE CRIMINAL LAW MORE BENEFICIAL TO THE DEFENDANT

Jonathan Renauro Guedes Lucas

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: Os crimes permanentes e continuados são duas espécies de crimes presentes na doutrina e legislação penal brasileira, tendo ambos a única similaridade de se prolongarem ao longo do tempo. Apesar de não possuírem mais similaridades do que a anteriormente apontada, o STF entendeu que no caso de lei posterior entrar em vigência enquanto ainda não cessadas as execuções de tais crimes, aplica-se a lei mais nova. O presente trabalho tem por objetivo mostrar a incompatibilidade do entendimento jurisprudencial com os princípios do direito penal brasileiro, mostrando primeiramente que crimes continuados e permanentes são duas espécies distintas, depois o entendimento jurisprudencial do STF e, por fim, a discussão da eventual incompatibilidade. O método utilizado foi o dedutivo, no qual as teorias presentes na bibliografia especializada permitiram chegar à conclusão de que existe de fato uma incompatibilidade no momento em que se aplica uma lei mais gravosa quando se poderia aplicar uma mais benéfica.

Palavras-chave: Súmula. STF. Crimes Permanentes e Continuados. Ultratividade. Teoria da Atividade.

Abstract: *Permanent and continuous crimes are two types of crimes present in Brazilian criminal doctrine, both have the only similarity of being prolonged over time. Despite not having more similarities than the one previously pointed out, the STF understood that in the case of a later law coming into force while the executions of such crimes have not ceased, the newer law applies. The present work aims to show the incompatibility of the jurisprudential understanding with the principles of Brazilian criminal law, showing first that continued and permanent crimes are two different species, then the jurisprudential understanding of the STF and, finally, the discussion of the possible incompatibility. The method used was the deductive, in which the theories present in the specialized bibliography allowed us to reach the conclusion that there is in fact an incompatibility when a more burdensome law is applied when a more beneficial one could be applied.*

Keywords: *Summary. STF. Permanent and Ongoing Crimes. Ultrativeness. Activity Theory.*

Sumário: 1 Introdução - 2 Dos crimes permanentes e continuados - 3 O entendimento do STF - 4 A incompatibilidade entre a súmula e princípios penais - 5 Considerações finais - Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os crimes permanentes e continuados são duas espécies de crimes aceitos pela doutrina brasileira e que possuem como semelhança sua prolongação ao longo do tempo, e apenas isso. Enquanto o primeiro se trata de um crime no qual o momento de início é distinto do momento de consumação (BRANDÃO, 2010, p. 84), o segundo é uma invenção no direito para tratar

diversos crimes quase idênticos como uma só série (NUCCI, 2014, p. 91). Contudo, a jurisprudência vem lhes tratando como similares para decidir qual lei aplicar no caso em que entre em vigência uma nova lei penal que se aplique a tais casos enquanto o crime ainda não cessou. Diz o STF que “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

O presente trabalho convida para a relevante discussão de se tal entendimento da jurisprudência brasileira se adequa aos princípios que regem o direito penal pátrio, uma vez que é claramente perceptível uma preocupação do código em aplicar a lei que seja mais benéfica ao réu quando possível. Será tratado a questão da teoria adotada pelo código penal quanto ao tempo do crime, a teoria da atividade, bem como será levantada a discussão a respeito da possibilidade de uma norma penal mais benéfica possuir ultratividade, pois a ultratividade já existe na legislação brasileira e não seria estranho aos direitos do réu estender esse princípio para lhes garantir a aplicação da lei mais branda em seus casos.

O artigo iniciará tratando sobre a definição doutrinal de crimes permanentes e continuados, buscando mostrar que são duas espécies diversas entre si; em seguida mostrará o entendimento jurisprudencial do STF, que os trata da mesma forma para aplicação da lei penal, e por fim fará a discussão de se tal entendimento está em harmonia com os princípios penais que regem o direito penal brasileiro, mostrando a incompatibilidade existente. O método a ser utilizado será o dedutivo para se chegar ao entendimento da incompatibilidade jurisprudencial em relação aos princípios adotados pelo direito penal. Tal conclusão se dará através de revisão bibliográfica.

2 DOS CRIMES PERMANENTES E CONTINUADOS

A questão dos crimes permanentes e continuados é de importante relevância na discussão da teoria da norma penal no tempo, pois são duas condições que influenciarão de forma definitiva a autoridade judiciária no momento em que iniciar a dosimetria da pena para determinado infrator das leis. O direito penal brasileiro é regido por princípios presentes no código penal, na doutrina e na própria Constituição, que servirão de norte para a aplicação das leis, tendo por objetivo tutelar os bens jurídicos que o ordenamento se interessa em proteger.

O princípio da retroatividade da lei penal benéfica pode ser observado textualmente no próprio código penal, no parágrafo único de seu artigo 2º, *in verbis*: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” (BRASIL, 1940). O princípio exposto é de uma clareza ímpar quando utilizado para crimes instantâneos, pois tanto a atividade quanto a consumação ocorrerá de forma inequívoca sob a égide de uma lei penal, que terá competência total para regular tal caso concreto, e como expõe o texto legal, uma lei mais benéfica que entre em vigor posteriormente ao delito poderá ser utilizada para favorecer o réu.

A clareza exposta não ocorre, no entanto, em crimes que ocorrem ao longo do tempo. Os crimes permanentes e continuados, apesar de serem distintos entre si, possuem uma distinção ainda maior quando comparados ao crime instantâneo, sendo que este produz seus resultados logo após a ação ou omissão, enquanto aqueles irão se prostrar ao longo do tempo; terão momentos diferentes de atividade e resultado. Pelo fato de serem crimes que se prolongam no tempo, existe a possibilidade de leis diferentes estarem vigentes enquanto se dá a execução dos mesmos, esse é o cerne da questão, uma vez que não há consenso entre a doutrina em relação a qual lei se deve aplicar nesses casos.

Antes de prosseguir para a questão da aplicação legal é mister fazer a distinção entre crime permanente e continuado, pois ainda que a jurisprudência a ser mencionada enxergue-os

de forma igualitária quanto a qual lei penal utilizar no caso concreto, a única semelhança que possuem é sua prolongação ao longo do tempo. O primeiro deles a ser aqui tratado será o crime permanente. Segundo Brandão (2010, p. 84), “crime permanente é o que se protraí no tempo, não se realizando num instante determinado”. O autor é preciso ao definir crime permanente, em poucas palavras ele consegue mostrar que a caracterização desse tipo de delito é o fato de a ação ou omissão ocorrerem em momentos distintos da sua consumação. O código penal brasileiro não define o crime permanente em seu texto, por esse motivo cabe à doutrina sua definição, contudo o código não deixa de fazer menção a este tipo de crime, a exemplo do inciso III do artigo 111: “nos crimes **permanentes**, do dia em que cessou a permanência;” (BRASIL, 1940, grifamos).

O exemplo mais prático de crime permanente é o sequestro, tipificado no artigo 148 do código penal, *in verbis*: “privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado” (BRASIL, 1940). No caso do sequestro, fica caracterizado o crime permanente quando o agente que pratica o delito priva a vítima de sua liberdade, e tal privação se mantém ao longo do tempo, tornando impossível afirmar que a ação delituosa e resultado do delito ocorreram no mesmo instante. A figura do crime permanente está então definida e exemplificada, nada mais é do que a prolongação no tempo de uma figura típica presente na legislação penal, se tratando de um único fato delituoso que não se resolve de forma instantânea, e este é o principal diferenciador em relação ao crime continuado.

O crime continuado, por sua vez:

[...] é uma ficção jurídica, idealizada para beneficiar o réu na aplicação da pena. Tal se dá quando o agente pratica várias condutas, implicando na concretização de vários resultados, terminando por cometer infrações penais da mesma espécie, em circunstâncias parecidas de tempo, lugar e modo de execução, aparentando que umas são meras continuções de outras. Em face disso, aplica-se a pena de um só dos delitos, se iguais, ou do mais grave, se diversas, aumentada de um sexto a dois terços (NUCCI, 2014, p. 91).

Diferentemente do crime permanente, o crime continuado tem sua definição expressa no código penal em seu artigo 71, *in verbis*:

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços (BRASIL, 1940).

O crime continuado é então um tipo de delito no qual ocorrem diversas ações e resultados, nas quais todas são extremamente similares entre si, ou como é dito por Nucci (2014, p. 92), “aparentando que umas são meras continuções das outras”. A importância dessa criação legal da figura continuada do delito é a possibilidade de se aplicar a pena de apenas um deles de forma majorada, tendo em vista se tratar de uma causa geral de aumento de pena, pois se a justiça considerasse cada ação e resultado como um crime distinto do seguinte as penas se tornariam enormes, podendo chegar ao ponto de equiparar crimes mais simples aos hediondos, ferindo gravemente o princípio da proporcionalidade.

Com a caracterização de ambos os tipos de crime, torna-se claro então sua distinção: enquanto o crime permanente se trata de um único delito no qual o momento de início não coincide com o momento do fim, o crime continuado é uma invenção do ordenamento jurídico, que passa a considerar uma série de crimes que possuam similaridades notáveis, tanto na espécie

do delito quanto na maneira de executá-lo, e surge para não permitir que as penas sejam extremamente grandes. Por se tratarem de tipos distintos de crime, supõe-se que deveriam também ser regulados de forma distinta, observando as peculiaridades de cada um no caso concreto, contudo o Supremo Tribunal Federal (STF) redigiu uma súmula que para determinado caso que será trabalhado adiante a forma que se dará a aplicação da lei a esses crimes são equiparáveis.

O restante do trabalho abordará a questão mais pertinente aos crimes que se prolongam no tempo, que se trata da entrada em vigência de lei nova durante tais delitos, pois ocorrerá o fenômeno de durante a execução de um crime ou de uma série delituosa terem tido vigor duas leis distintas e se tornar indispensável a discussão de qual delas deverá ser aplicada.

3 O ENTENDIMENTO DO STF

Retomando à questão antes exposta, a necessidade de uma pacificação quanto a qual lei deve ser aplicada a um crime permanente ou continuado se torna evidente, pois sem uma intervenção de órgãos jurisprudenciais superiores o juiz poderia precisar de se utilizar de uma das fontes do direito além da lei, a exemplo de analogia ou, nas situações mais extremas, recorrer até a equidade, e diferentes juízes poderiam julgar o mesmo caso de forma diversa; tais coisas não são de forma alguma bem vistas pelo direito penal. A possibilidade de uma lei nova entrar em vigência no ordenamento enquanto se dá a permanência ou a continuidade de um crime é improvável, pois as leis penais não são modificadas com frequência, contudo o ordenamento precisa estar preparado para as situações as quais, por ventura, venham a acontecer, tornando assim essa questão pertinente quando se trata de qual lei penal aplicar para o caso concreto.

Existem duas possibilidades distintas a serem analisadas quando duas leis foram vigentes durante o crime. A primeira é a de que a lei posterior é mais benéfica se comparada com a anterior, enquanto a segunda é exatamente o contrário, no qual a lei posterior pode ser considerada mais grave que sua predecessora. A primeira situação é de fácil resolução, pois cabe a aplicação do parágrafo único do artigo 2º do código penal, “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” (BRASIL, 1940). Dessa forma, se a lei posterior for mais benéfica ao réu terá sua aplicação garantida pelo próprio texto legal, podendo ainda acontecer o fenômeno do *abolitio criminis*, no qual, nas palavras de Brandão (2010, p. 71) ocorre a “revogação de uma incriminação penal por uma lei posterior que não mais considere o fato como criminoso, o que traz como consequência a cessação de todos os efeitos penais decorrentes do fato revogado, extinguindo-se a punibilidade”. Esse é o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Assim, do próprio código penal já é possível definir que a lei posterior mais benéfica será aplicada em todos os casos, independente se o crime é permanente, continuado ou instantâneo, não deixando brecha para interpretação. O contrário, no entanto, não ocorre. Em um crime instantâneo, sabe-se que deverá aplicar a lei vigente à sua época, podendo tal pena ser abrandada por lei posterior mais benéfica e permanecendo a mesma se entrar em vigência uma lei posterior mais gravosa, pois aplicar-se-ia o princípio da irretroatividade da lei penal. Para a doutrina, no caso dos crimes permanente e continuados não é tão simples a conclusão de se a lei posterior mais gravosa deverá ser aplicada ou não, pois o que acontece no caso concreto é que duas leis estiveram vigentes em momentos distintos enquanto o crime acontecia, uma mais benéfica e uma posterior mais gravosa. O ponto seguinte tratará sobre as questões principiológicas relacionadas ao assunto e sobre o entendimento jurisprudencial dominante no Brasil.

Para os casos em que lei mais gravosa passa a vigorar quando ainda está ocorrendo o crime permanente ou continuado, o STF pacificou o entendimento através da seguinte súmula: “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência

é anterior à cessação da continuidade ou da permanência” (STF, Súmula 711). Dessa forma, o entendimento da maior corte judiciária do Brasil é no sentido de que se o crime prosseguir na vigência da nova lei, ela será aplicada ainda que seja mais gravosa ao réu. É nesse sentido que entende Brandão (2010, p. 85): “se uma lei passa a vigorar após iniciada a permanência ou a continuidade, mas antes de cessados todos os atos integrantes daquelas ações, ela é aplicável, ainda que mais gravosa, porque sob o seu império se deu parte da atividade executiva”. Outro que entende nesse sentido é Nucci, quando diz que “aplica-se a lei nova durante a atividade executória do **crime permanente**, aquele cuja consumação se estende no tempo, ainda que seja prejudicial ao réu” (NUCCI, 2014, p. 91, grifamos). Ele ainda afirma que:

se o **crime continuado** é uma ficção, entendendo-se que uma série de crimes constitui um único delito para a finalidade de aplicação da pena, é preciso que o agente responda, nos moldes do crime permanente, pelo que praticou em qualquer fase da execução do crime continuado. Portanto, se uma lei **penal nova tiver vigência durante a continuidade, deverá ser aplicada ao caso, prejudicando ou beneficiando** (NUCCI, 2014, p. 92, grifamos).

As discordâncias quanto a essas considerações serão feitas no ponto seguinte, pois não é toda a doutrina que concorda em tratar crimes permanentes e continuados da mesma forma, bem como é possível que tal aplicação da lei mais gravosa vá de encontro aos princípios penais. No entanto, antes de prosseguir para as ideias divergentes, que é o ponto central deste artigo, cabe discutir sobre os julgados em que tal súmula foi utilizada. Os julgados a seguir utilizaram da súmula 711:

DIREITO PENAL INTERTEMPORAL. **SÚMULA 711 DO STF**. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. LEI 12.850/13. CRIME PERMANENTE. LEX GRAVIOR. 1. **A Súmula 711 do STF dispõe que a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.** 2. Havendo prova, nos autos, de que quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenadas e caracterizadas pela divisão de tarefas, articularam-se, entre os anos de 2010 e 2014, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações cujas penas máximas são superiores a 04 (quatro) anos, ou ostentem caráter transnacional, há incidência da Lei 12.850/13. (TRF-4 - ENUL: 50173473620154047000 PR 5017347-36.2015.4.04.7000, Relator: Revisora, Data de Julgamento: 16/05/2019, QUARTA SEÇÃO, grifamos).

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DEFESA. PRECLUSÃO DE DECISÃO ANTERIOR. DATAS DISTINTAS. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. CONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO. **CRIME CONTINUADO E PERMANENTE. SÚMULA 711 DO STF.** 1. Não há preclusão temporal de decisão anterior, que não reconheceu a ocorrência de prescrição punitiva, quando o novo pedido se baseia em data distinta, estando, pois, presentes os requisitos de admissibilidade do Recurso, o qual deve ser conhecido. 2. Em casos de estelionato previdenciário, para aqueles que se beneficiam de pagamentos sucessivos, o crime é permanente, **a consumação do delito se protraí no tempo e deve prevalecer a Súmula 711 do STF.** Portanto, o cômputo do prazo prescricional entre a data do fato e o recebimento da Denúncia deve ser afastado, nos termos da Lei nº 12.234/2010. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime. (STM - RSE: 70004771320207000000, Relator: ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 08/10/2020, Data de Publicação: 27/10/2020, grifamos).

Ambos os julgados expostos utilizaram da súmula 711 do STF para aplicar a lei mais gravosa ao delito que cessou sob sua vigência, de forma que o entendimento das cortes, o TRF-4

e o STM foram no mesmo sentido do entendimento pacificado pela corte maior. O entendimento de qual lei deve ser aplicada já parece ter sido pacificado, pois as cortes estão aplicando a lei posterior em todos os casos de crimes permanentes ou continuados, independente se tal lei é mais benéfica ou mais gravosa. No entanto, é inevitável que apareçam questionamentos quanto a aplicação de tais leis, pois é notório que o ordenamento brasileiro no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal preza pela “dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988), bem como o código penal parece se preocupar em beneficiar o réu quando assim for possível, então é legítimo questionar o motivo de o entendimento da suprema corte ter sido no sentido de aplicar a lei mais gravosa quando o crime também aconteceu na égide de uma mais benéfica, e esta é a discussão que será feita na próxima sessão.

4 A INCOMPATIBILIDADE ENTRE SÚMULA E PRINCÍPIOS PENAIIS

“A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência” (STF, Súmula 711). O entendimento da suprema corte brasileira, como foi mostrado anteriormente, é no sentido de que uma lei mais gravosa deve ser aplicada se um crime permanente ou continuado não teve sua cessação ocorrida antes de sua entrada em vigência, ainda que tal crime tenha ocorrido também enquanto outra lei mais benéfica esteve vigente no ordenamento. Essa jurisprudência parece ir de encontro aos princípios expostos no código penal e na doutrina, pois é perceptível que a lei busca minorar as penas nos casos em que se é possível.

Um dos princípios que cabe destacar é o da ultratividade da lei penal, que é a possibilidade de uma lei revogada ser utilizada para determinado caso que aconteceu quando ela ainda era vigente (NUCCI, 2014, p. 86). O código penal brasileiro apenas reconhece textualmente o princípio da irretroatividade, mas a ultratividade se observa em seu parágrafo 3º, *in verbis*: “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência” (BRASIL, 1940). Este artigo do código expõe claramente o que seria ultratividade, aplicar-se-á a lei que era vigente à época do delito, ainda que ela já tenha sido posteriormente revogada. É fato que o código é bem específico quando trata dos momentos em que a ultratividade poderá ser utilizada - apenas em casos de situações excepcionais e temporárias -, contudo, sabe-se que a analogia da lei penal *in bonam partem* é aceita na doutrina brasileira, como é bem colocado por Brandão (2010, p. 60): “A analogia *in bonam partem*, isto é, que beneficia o sujeito, é permitida pelo Direito Penal, não se contrapondo aos fins do multirreferido Princípio da Legalidade, porque não tolhe a liberdade humana, mas contribui para estendê-la”. Poder-se-ia então estender o princípio da ultratividade penal para os casos dos crimes continuados e permanentes que aqui estão sendo discutidos, uma vez que estiveram sob a vigência de uma lei mais benéfica revogada.

Outro instrumento que cabe utilizar para demonstrar a incompatibilidade do entendimento majoritário com os princípios penais adotados pelo código é o da teoria adotada pelo ordenamento brasileiro quando se trata de tempo penal, que é a teoria da atividade, exposta no artigo 4º do código penal, *in verbis*: “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado” (BRASIL, 1940). A teoria da atividade é clara quanto ao momento que deve ser considerado, o momento da “ação ou omissão”, expondo que o crime já acontece no momento em que o agente ativo do delito põe em prática a ação delituosa. Dessa forma, cabe um simples raciocínio lógico: se o ordenamento brasileiro considera praticado o crime no momento da ação ou omissão, o caminho intuitivo a se tomar seria o de que se aplica a lei vigente no momento da ação ou omissão. Assim, se a lei vigente no momento do início do crime permanente ou continuado for mais benéfica ela deveria ser aplicada, e no

caso de ser maléfica poderia ser afastada pelo fato de o texto legal expor claramente que leis benéficas posteriores são aplicadas mesmo a crimes que ocorreram antes de sua vigência.

Para uma discussão ainda mais detalhada, cabe separar crimes permanentes e continuados para uma análise das peculiaridades de cada um. A respeito dos crimes permanentes parece haver certo consenso na doutrina, uma vez que o entendimento majoritário é o de que, por se tratar de um só crime que se alonga no tempo, o que acontece:

é que a cada momento de tal permanência está presente e militando, por ação ou omissão, a vontade do agente (ao contrário do que ocorre nos crimes instantâneos com efeitos permanentes), nada importando assim que o 'estado de permanência' se haja iniciado no regime da lei antiga, ou que esta incriminasse, ou não, o fato" (HUNGRIA, 1958, *apud* NUCCI, 2014, p. 91).

Fica entendido que a cada momento que um crime permanente se prolonga acaba por caracterizar uma nova ação ou omissão, fazendo com que aconteça de fato uma ação durante a vigência de lei nova, é nesse sentido também que entende Brandão (2010, p. 85):

se uma lei passa a vigorar após iniciada a permanência ou a continuidade, mas antes de cessados todos os atos integrantes daquelas ações, ela é aplicável, ainda que mais gravosa, porque sob o seu império se deu parte da atividade executiva. Nesse caso, não há que se falar em retroatividade de lei posterior, porque **a lei é posterior ao primeiro ato da ação criminosa, mas é anterior ao último ato da referida ação** (BRANDÃO, 2010, p. 85, grifamos).

Bitencourt (2012) é outro jurista que segue o pensamento de que se aplica a lei mais nova, pois se trataria:

Da incidência imediata de lei nova a fato que está acontecendo no momento de sua entrada em vigor. Assim, não é a lei nova que retroage, mas o caráter permanente do fato delituoso, que se protraí no tempo, e acaba recebendo a incidência legal em parte de sua execução e a expande para toda sua fase executória; nesse entendimento, repita-se, não há nenhuma contradição e tampouco violação ao mandamento constitucional, pois não se poderá pretender que apenas um fragmento da conduta (realizado sob o império da nova lei) seja punido pela lei atual, deixando o restante para a lei anterior, na medida em que o crime realmente é único e não havia se consumado. Nesse particular, não merece qualquer reparo a Súmula 711 do STF (BITENCOURT, 2018, p. 326).

A doutrina já parece estar decidida em afirmar que, de fato, nos crimes permanentes, aplicar-se-á a lei nova. Os argumentos usados pelos autores parecem bastante plausíveis, de fato não há de se falar em irretroatividade da lei nesses casos, contudo o que esse trabalho defende é a ampliação do princípio da ultratividade, então nesses casos específicos caberia se utilizar desse princípio para beneficiar o réu. Além disso, também é possível questionar o entendimento de que a cada momento se dá uma nova ação, pois o código penal é claro quando expõe que a ação se dá no momento em que se inicia o delito, não fazendo sentido afirmar que há a ação que inicia um sequestro em todos os momentos do crime em si.

Já sobre o crime continuado não parece haver um consenso tão firmado se comparado ao crime permanente. Como foi anteriormente exposto, Brandão (2010, p. 85) trata as duas espécies de crime da mesma forma, ratificando o entendimento do STF; Nucci (2014, p. 92) já entende que os crimes continuados precisam ser analisados de um ponto de vista diferente, e reconhece que existem dois pontos de vista sobre a questão, no qual o primeiro seria a de que se aplica a lei mais nova para toda a série delitiva e a segunda de que só se aplicaria a lei nova

para o que aconteceu em sua vigência. O entendimento desse autor é, no primeiro sentido, de que se aplica a lei mais nova para toda a série, ainda que seja mais gravosa. Um autor que discorda com a aplicação da lei mais nova é Bitencourt (2018, p. 326), quando diz que “nunca se poderá perder de vista que o instituto do crime continuado é integrado por diversas ações, cada uma em si mesma criminoso, que a lei considera, por motivos de política criminal, como um crime único” e também que “admitir, como pretende a Súmula 711 do STF, a retroatividade de lei penal mais grave para atingir fatos praticados antes de sua vigência, não só viola o secular princípio da irretroatividade da lei penal [...]” (BITENCOURT, 2018, p. 327). Esse autor afirma que é inconstitucional o tratamento que a súmula do STF dá ao crime continuado.

Esse é o entendimento também que permeia esse trabalho, pois se o próprio código reconhece que crimes continuados compõem uma série de delitos, aplicar uma lei mais grave quando se poderia aplicar uma lei mais benéfica fere gravemente o princípio de que lei posterior mais gravosa não retroagirá. Este trabalho segue o entendimento de Bitencourt em relação a súmula ser inconstitucional em relação ao crime continuado, contudo também tem o entendimento de que o crime permanente também deveria ser julgado tendo em vista a lei mais benéfica, considerando todo o exposto que aqui foi feito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com toda a discussão realizada ao longo deste trabalho, conclui-se que os princípios que regem o direito penal brasileiro não admitem que penas mais gravosas sejam aplicadas a crimes nos quais poderiam ser aplicadas penas mais leves. Admitir o contrário seria ir de encontro com o ideal exposto no código penal de que o réu deve se beneficiar de uma pena mais branda quando seu crime ocorrer sob a vigência de uma lei que assim permita.

Tanto o crime permanente quanto o crime continuado se prolongam ao longo do tempo, existindo a clara possibilidade de duas leis distintas serem vigentes enquanto ainda não há sua consumação completa, de tal forma que uma vez cessados o juiz precisará determinar qual lei irá aplicar para dosimetrar a pena dos acusados. Nos crimes permanentes é injusto afirmar que a cada momento se inicia uma nova ação ou omissão como é afirmado por Hungria (1958, apud NUCCI, 2014, p. 91), pois o código penal brasileiro é claro ao adotar a teoria da atividade para o tempo do crime, no qual a ação ou omissão ocorrerá no momento que se iniciar o crime (BRASIL, 1940). Dessa forma, o crime permanente deveria ser julgado sob a égide da lei que era vigente no momento inicial do crime, seja ela mais benéfica ou maléfica, e nesse segundo caso a lei posterior benéfica prevaleceria pelo princípio da retroatividade da lei penal benéfica.

Já nos crimes continuados, a ficção legal criada deixa claro que são crimes distintos tratados como um só. Bitencourt (2018, p. 327) é preciso quando afirma que punir a série de crimes ocorridos antes da entrada em vigor da lei mais gravosa viola o princípio da irretroatividade da lei penal que seja prejudicial ao réu, devendo se aplicar somente aos fatos que ocorreram após sua entrada em vigor. Não obstante ao pensamento do jurista, esse trabalho defende também que seja aplicada a lei vigente no momento de início do crime, pois se o direito considera a série delitiva como apenas um crime, deve-se escolher uma das leis para aplicar, uma vez que não há duas penas para um mesmo delito, e, na hora de escolher, deve-se respeitar a teoria adotada pelo código quando se trata do tempo penal, a teoria da atividade, e ainda considerar a possibilidade de uma eventual ultratividade da lei penal mais benéfica para regular os fatos que ocorreram quando a mesma ainda era vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral (Arts. 1º a 120). 24. ed.

rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15/05/2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15/05/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 711. In: “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”. **Súmulas**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2551>. Acesso em: 15/05/2022.

BRASIL. Superior Tribunal Militar - **RSE: 70004771320207000000**, Relator: ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 08/10/2020, Data de Publicação: 27/10/2020. Disponível em: <https://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1111220856/recurso-em-sentido-estrito-rse-70004771320207000000/inteiro-teor-1111220856>. Acesso em: 15/05/2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região - **ENUL: 50173473620154047000 PR 5017347-36.2015.4.04.7000**, Relator: Revisora, Data de Julgamento: 16/05/2019, QUARTA SEÇÃO. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713565262/embargos-infringentes-e-de-nulidade-enul-50173473620154047000-pr-5017347-3620154047000>. Acesso em: 15/05/2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO MBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: VICISSITUDES, CONTRASSENSOS E SOLIPSISMO JUDICIAL

PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE CONTEXT OF THE SUPREME FEDERAL COURT: VICISSITUDES, CONSENSUS AND JUDICIAL SOLIPSISM

Josenilson Rodrigues

Acadêmico em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Membro do Núcleo de Estudos Constitucionais (NEC/UESPI).

Francisco Leonardo Silva Neto

Bacharel em Direito pela Sociedade de Ensino Superior Piauiense. Especialista em Direito Constitucional Ambiental. Mestrando em Constituição e Sociedade, pelo Centro de Extensão e Pesquisa do Instituto Brasiliense de Direito Público, CEP/IDP, Brasil.

Levi da Silva Costa

Acadêmico em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI).

Geovane dos Santos Sousa

Acadêmico em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI).

Consuêla Félix de Vasconcelos Neta

Graduação em Bacharelado em Direito pela Faculdade Piauiense. Doutoranda em Direito Constitucional pela UNIFOR.

133

Resumo: O presente artigo tem como objeto o tratamento do princípio da presunção de inocência no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Buscou-se analisar as vicissitudes e contrasensos acerca da presunção de inocência no STF, a partir, principalmente, do marco teórico da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Luiz Streck. Evidenciou-se que persistem contrasensos acerca da presunção de inocência, que fica sujeita a discursos e práticas que buscam dar uma “resposta à sociedade”. A integridade e autonomia do direito são ameaçadas, quando não substituídas, por discursos e decisões solipsistas. A vontade de constituição sucumbe perante a vontade de poder. Desse modo, depreende-se a necessidade de pesquisas que transcendem o realismo jurídico, o pragmatismo e o consequencialismo, a fim de consagrar o direito a decisões constitucionalmente adequadas.

Palavras-chaves: Presunção de Inocência. Direitos fundamentais. Solipsismo Judicial.

Abstract: The purpose of this article is to deal with the principle of presumption of innocence within the scope of the Supreme Court. We sought to analyze the vicissitudes and contradictions about the presumption of innocence in the Supreme Court, based mainly on the theoretical framework of the Hermeneutic Critique of Law, by Lenio Luiz Streck. It was evident that there is still disagreement about the presumption of innocence, which is subject to discourses and practices that seek to provide an “answer to society”. The integrity of the law is threatened, when not replaced, by solipsistic speeches and decisions. The desire for a constitution succumbs to the desire for power. It is necessary, therefore, that it seeks to transcend legal realism, pragmatism and consequentialism, in order to consecrate constitutionally adequate decisions.

Keywords: Presumption of Innocence. Fundamental rights. Judicial solipsism.

Sumário: 1 Introdução – 2 O que é isto – a presunção de inocência? – 3 Presunção de inocência

segundo o STF no cenário pós Constituição de 1988 – 4 A última reviravolta (?): persistência de contrassenso e o solipsismo judicial – 5 Considerações finais – Referências.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência foi privilegiado expressamente como garantia e direito fundamental pela Constituição de 1988. O Estado de Inocência detém historicidade, conceitos e fundamentos epistemológicos estabelecidos, possuindo essência assecuratória da dignidade do indivíduo face o poder punitivo estatal (JESUS; GIACOMOLLI, 2018).

Entretanto, seu tratamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal é marcado por oscilações. Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo analisar as vicissitudes e contrassenso acerca da presunção de inocência no STF, à luz da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

Em linhas gerais e sem a pretensão de estancar sua conceituação, pode-se dizer que a CHD aborda a decisão judicial a partir de uma perspectiva substancial distante de ativismos e decisionismos, da qual exsurge o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada (REBELO, 2021). Desse modo, a CHD desponta como antídoto “contra teorias que pretendam reivindicar um protagonismo solipsista do Judiciário” (STRECK, 2021, p. 329).

Nesse contexto, a fim de alcançar o seu objetivo, o presente trabalho aborda num primeiro momento os conceitos e fundamentos epistemológicos da presunção de inocência. Posteriormente, o entendimento do STF no que tange a presunção de inocência, no período pós-Constituição de 1988 até 2018. Por fim, o “último giro interpretativo” e a persistência de contrassenso.

Como percurso metodológico foi feita uma pesquisa de natureza bibliográfica e documental. Procedeu-se com a análise de livros, monografias, dissertações, teses, artigos e documentos diversos. A partir, principalmente, do marco teórico da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Luiz Streck.

2 O QUE É ISTO - A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA?

Desde as Revoluções Liberais até a contemporaneidade, nos estados democráticos de direito, regidos por constituições que tutelam um núcleo essencial de garantias e direitos fundamentais, a limitação do poder estatal é um ponto chave. Dentro desse contexto, o poder punitivo do Estado encontra limites e diretrizes preconizadas na Constituição. Dentre eles a presunção de inocência, que passa a ocupar o lugar da presunção de culpabilidade de outrora, que junto a outros direitos e garantias, consubstancia verdadeira barreira protetiva do cidadão perante um poder quase que insuperável: do Estado e da sociedade (STRECK, 2015).

A Constituição Federal de 1988, sob os auspícios da redemocratização, privilegiou substancialmente o rol de direitos e garantias fundamentais e, de forma inédita, tratando expressamente da presunção de inocência em seu art. 5º, LVII (cláusula pétreia), de modo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Segundo Lopes Júnior (2020, p. 139), a Constituição de 1988 não recepcionou apenas a “presunção de não culpabilidade, que seria uma ideia reducionista, o que estaria alinhado ao estágio de “pré-presunção de inocência”, o que também não fora recepcionado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (1969, p. de internet)” que dispõe no seu artigo 8.2: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Assim sendo, tem-se que o Brasil recepcionou a presunção de inocência.

* Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 fev. 2023.

Nada obstante, Badaró (2015) defende que o conteúdo da presunção de inocência e presunção de não culpabilidade não se diferenciam. Segundo o autor, não há como separar a ideia de “inocente” da ideia de “não culpável”, sendo tais tentativas advindas de atitudes reacionárias que sinalizam para um processo penal adstrito à defesa social, em moldes incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Para Vegas Torres (*apud* LOPES JÚNIOR, 2020, p. 139) a presunção de inocência possui três manifestações que se integram:

- a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal;
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual);
- c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada.

A presunção de inocência é, de fato, um princípio basilar do direito processual penal pátrio, imprescindível para que este se desenvolva democraticamente, nos dizeres de Lopes Júnior e Badaró (2016), uma verdadeira garantia política do cidadão. Nesse sentido, Moraes (2010), elucida que a presunção de inocência se trata de norma-princípio, ao passo que: i) traz no seu conteúdo normativo-axiológico uma decisão política-ideológica, com um valor que deve ser preservado e um fim a ser alcançado; ii) tem em sua estrutura normativa fins e ideais a serem alcançados; iii) em sua aplicação coexistem limitações.

Tendo natureza de norma-princípio, a presunção de inocência é vinculativa, deve (ou deveria) ser obrigatoriamente aplicada (STRECK, 2016) em homenagem à Carta Magna. Não obstante, por ser princípio, como é cediço, não se trata de norma absoluta, porquanto comporta relativizações legalmente previstas e constitucionalmente aceitas, como é o caso das cautelares do art. 312 do CPP. Noutra giro, diferente é a execução provisória da pena (fora das hipóteses cautelares), pois antecipa o tratamento de culpado ainda no curso do processo e contraria a Constituição (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2016).

Isso porque, no Brasil, adotou-se o conceito normativo de culpabilidade, diferente do conceito de culpabilidade fática, pautada no controle social do delito (Estados Unidos). Desse modo, no bojo do conceito normativo de culpabilidade, só é possível afirmar que alguém é culpado, e tratá-lo como tal, quando transcorrido todo o processo penal, findo com a condenação imutável (LOPES JÚNIOR, 2016).

Para se excepcionar o direito fundamental à liberdade, ela deve ser restringida por meio de hipóteses legalmente previstas e nos ditames do devido processo legal, aqui incluída entre suas garantias a presunção de inocência. Esta que, no Brasil, fazendo frente a vários tratados internacionais e constituições, tem um marco expresso: o trânsito em julgado. Desse modo, só se pode afastar o estado de inocência quando configurado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2016).

Nesse contexto, a coisa julgada é entendida como “uma qualidade ou autoridade de que se há de revestir a sentença da qual não cabia mais recursos – quer os ordinários, quer os extraordinários, dirigidos às instâncias superiores” (MEYER-PFLUG; COUTO, 2016, p. 403).

3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SEGUNDO O STF NO CENÁRIO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

A despeito de a Constituição Federal de 1988 ter, de forma inédita, alçado expressamente a presunção de inocência a direito e garantia fundamental, cláusula pétrea, bem assim estabelecido o seu marco final (trânsito em julgado), o tema foi alvo de debates diversos, permeados de vicissitudes. Sendo assim, ora reconhecendo a possibilidade do cumprimento da prisão-pena tão somente com o trânsito em julgado da sentença condenatória, ora relativizando a presunção de inocência para permitir a antecipação do cumprimento da prisão-pena, iniciando-se após a condenação em segundo grau de jurisdição. Vieira (2020, p. 84) fornece quadro panorâmico dessas oscilações jurisprudenciais, até o ano de 2018:

Tabela 8: Panorama dos acórdãos do plenário do STF acerca da possibilidade de se executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado

Processo	Conclusão do acórdão	Ano do julgamento
HC nº 68.726	É possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.	1991
HC nº 69.964	É possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.	1992
Agravo regimental na Pet nº 1.079	É possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.	1996
HC nº 84.078	É incabível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.	2009
RHC nº 93.172	É incabível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.	2009
HC nº 91.676	É incabível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.	2009
HC nº 126.292	É possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.	2016
Embargos de declaração no HC nº 126.292	É possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.	2016
Medida cautelar na ADC nº 43	É possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.	2016
ARE nº 964.246	É possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.	2016
HC nº 152.752	É possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.	2018

Fonte: Elaboração própria (2019).

As constantes mudanças no entendimento do STF sobre a prisão após a segunda instância contribuem para a geração de insegurança jurídica e podem prejudicar a estabilidade das decisões judiciais. Isso pode afetar não só os acusados e condenados, mas também a sociedade em geral, que espera por um sistema jurídico claro e coerente. Destarte, a falta de coerência da corte pode gerar dúvidas sobre a sua imparcialidade e comprometer ainda mais a confiança da sociedade no Poder Judiciário, posto que o tema da prisão após a segunda instância se tornou altamente politizado no Brasil, com grupos políticos e ideológicos se posicionando a favor ou contra a medida.

É notório que isso ocorre porque a medida tem um impacto significativo na luta contra a corrupção e no combate ao crime em geral, e muitas vezes se torna uma bandeira política. Essa polarização em torno da prisão em segunda instância pode ser exacerbada pela dinâmica política do país, com partidos e políticos adotando posições pró ou contra a medida em função de suas agendas políticas e interesses pessoais.

Como pode-se observar, a despeito de a Constituição Federal de 1988 inaugurar um novo paradigma em busca de um Estado verdadeiramente democrático e de direito, com o respeito a substancial rol de garantias e direitos fundamentais, somente em 2009, depois de

mais de 20 anos, o STF, no HC 84.078/MG, conferiu o significado constitucional, em toda sua inteireza, a presunção de inocência. Restou assentado que a execução antecipada da pena feria a Constituição, desse modo, somente seria possível se falar em prisão antes da sentença condenatória imutável a título cautelar.

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ] e STF serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. [...] 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a exigir a releitura de toda a ordem jurídica à luz dos seus preceitos fundamentais, uma verdadeira filtragem constitucional, pelo que há de se falar em um processo penal constitucional. Em 1988, inaugurou-se mais do que um novo texto, mas um novo e ímpar espírito político, demandando uma nova compreensão por parte da sociedade e dos tribunais (DANTAS, 2018).

É dizer que é necessário construir um novo espírito constitucional, alinhado aos princípios irradiados pela Carta Magna. O fato de o STF, guardião maior da Constituição, manter entendimento até 2009 sobre a constitucionalidade da execução provisória da pena quando pendentes recursos sem efeito suspensivo demonstra resquícius herdados das concepções auto-

ritárias que vigoraram até 1988, permeadas de um ideário pautado no combate à criminalidade a qualquer custo, sob bases de um direito penal máximo e um processo penal utilitarista (DANTAS, 2018).

O que sinalizava por uma mudança de ideário, por um novo espírito constitucional, por meio da construção de um processo penal constitucional em observância às garantias e direitos fundamentais, sucumbiu ao retrocesso em 2016. Mais uma vez foi decidido pela constitucionalidade da execução provisória da pena, quando do julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki.

Deu-se início a um novo giro hermenêutico, que foi ratificado nas cautelares arguidas no bojo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que objetivavam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, de igual modo a constitucionalidade da prisão após julgamento em segunda instância foi reafirmada no ARE 964.246/SP.

Os argumentos dessa nova interpretação giravam em torno principalmente do fato de a discussão probatória se esgotar com a sentença de segunda instância; recursos de natureza protelatória nas instâncias extraordinárias e o interesse por parte da sociedade em ter um sistema penal efetivo (DANTAS, 2018).

Dessa maneira, instaura-se uma nova concepção acerca da execução da prisão após prolação de acórdão de segunda instância, visto que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo, de forma a não obstar os efeitos da decisão recorrida.

Nesse sentido, Flávio Martins descreve os argumentos do Ministro Fachin no bojo das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44:

O Ministro Edson Fachin afirmou: “interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’, entendendo necessário concebê-la em conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade”, mas admitindo exceção no caso concreto: “permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal. A regra geral continua a ser o recebimento desses recursos excepcionais no efeito meramente devolutivo. E é evidente que tal possibilidade persiste especialmente para atribuir-lhe efeito suspensivo diante de teratologia ou abuso de poder” (MARTINS, 2019, p. 451).

Nessa mesma toada, o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no HC 126.292, destaca alguns fundamentos pragmáticos, a exemplo da diminuição do grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro que o tornaria mais republicano e igualitário ao passo que desestimularia o cometimento de crimes de colarinho branco, que possui como um de seus maiores incentivos o baixo risco de a pena ser efetivamente cumprida (LENZA, 2020).

Verifica-se que tal entendimento passou a comeder o princípio da presunção de inocência, na medida em que antes o mesmo era levado em consideração até o esgotamento da via recursal, porém daquele momento em diante passou a ser aplicado apenas até a pronúncia da sentença de segundo grau, em razão de um “trânsito em julgado dos fatos”. Tal fato desconsidera a própria sistemática constitucional e do processo penal, dando lugar a pensamentos de matriizes inquisitoriais e punitivistas.

Acerca da nova interpretação da redação do texto constitucional discordaram energicamente alguns ministros, como Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, para os quais não havia vislumbre de possibilidade de interpretação diversa para dispositivos tão taxativos. Sobre o posicionamento do Ministro Celso de Mello na ADC 43 MC/DF, Flávio Martins ressalta:

Enfaticamente contrário à tese da execução provisória, o Ministro Celso de Mello afirmou que a nova posição “reflete preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais. [...] Que se reforme o sistema processual, que se confira mais racionalidade ao modelo recursal, mas sem golpear um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos de uma república” (MARTINS, 2019, p. 1142).

Em defesa da prisão após sentença condenatória em segunda instância, manifesta-se o ministro Teori Zavascki no HC 126.292/SP:

Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema (STF - HC 126.292/SP, Relator ministro Teori Zavascki, 17/02/2016).

Tal fala sintetiza bem o cometimento do pretório excelso em tentar estabelecer uma harmonia entre princípio da presunção de inocência e a função jurisdicional criminal, pois alegava-se respeitar a pressuposto essencial da presunção de inocência ao conceder ao réu todo o tratamento de um indivíduo inocente, visto a observância do contraditório, da ampla defesa e do emprego de provas lícitas enquanto também resguardava os interesses da sociedade.

Contudo, com tal linha de raciocínio, tem-se a subversão da lógica constitucional, sua integridade e coerência são solapadas; a primazia de seus princípios dá lugar a argumentos de política criminal. Desconsideram-se os comandos imperativos da presunção de inocência, que abre espaço para o realismo jurídico, buscando-se adequar a norma aos anseios sociais. As leis passam a ser submissas a visões sociais tidas como justas. Estes elementos sociais passam a subsidiar distorções do texto constitucional (SARAIVA, 2020).

Não cabe ao STF, guardião maior da Constituição, e não seu dono, buscar satisfazer anseios majoritários momentâneos emanados do seio da sociedade, mas sim, se atentar as expectativas jurídicas-constitucionais, mesmo quando tenha que tomar decisões contramajoritárias (LOPES JÚNIOR, 2020). A Suprema Corte, enquanto guardiã da Lei Maior, está igualmente a ela submetida, devendo se atentar a concretização do projeto constitucional que dela irradia, ainda que para isso tenha que enfrentar descontentamentos por parte de certos setores sociais, o que perpassa, necessariamente, pela defesa intransigente de seus direitos e garantias.

4 A ÚLTIMA REVIRAVOLTA (?): PERSISTÊNCIA DE CONTRASSENSOS E O SOLIPISMO JUDICIAL

Em 07 de novembro de 2019, o STF volta a privilegiar o princípio da presunção de inocência, quando, em apertada votação, 6x5, reconheceu a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, obstando assim a execução antecipada da pena, no bojo do julgamento conjunto da ADC 43, ADC 44 e ADC 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória (STF. ADC 43/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de novembro de 2019).

A despeito de restabelecer os caminhos constitucionais, contemplando em toda a inteireza o conteúdo do princípio da presunção de inocência, não há garantias de que esse entendimento se tornará permanente, mormente quando analisado o quadro histórico de contrasensos e, notadamente, a evidente divisão entre os membros da Corte no que tange a temática. Ainda existindo considerável parcela dos membros que resistem ao império da Constituição e das Leis, e buscam instituir inovações que não encontram guarida na própria Carta Política (SARAIVA, 2020).

Por exemplo, à época do julgamento, abrindo divergências, o ministro Luiz Fux proferiu seu voto favorável à manutenção da prisão em segunda instância, valendo-se de diversos casos emblemáticos como fundamentação, tais como a morte de Isabella Nardoni, os casos de Elize Matsunaga, do goleiro Bruno e do jornalista Pimenta Neves. O ministro concluiu que o Direito não pode se divorciar da realidade dos fatos. Em consonância com essa posição, a ministra Cármen Lúcia sustentou que uma mudança na interpretação vigente poderia gerar a sensação de impunidade e de favorecimento das classes mais abastadas do país (SOUSA; LEITÃO, 2020). Assim, conclui-se que mesmo depois de restabelecer-se momentaneamente a normalidade constitucional, ainda persistem incoerências na jurisprudência da Suprema Corte.

A Lei n. 13.964/2019 inseriu a alínea “e”, no inciso I, Artigo 492 do CPP, em que autoriza a execução antecipada da pena imposta pelo Tribunal do Júri, quando for igual ou superior a quinze anos. O referido dispositivo legal é de patente inconstitucionalidade, atribuindo uma exceção desarrazoada ao princípio da presunção de inocência e, notadamente, à própria jurisprudência firmada pelo STF no bojo da ADC 43, que, ressalte-se, têm efeito *erga omnes* e efeito vinculante.

A possibilidade de execução antecipada da pena imposta pelo Tribunal do Júri está em análise no STF (RE nº 1235340 - Tema 1.068). Os votos favoráveis dos ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli seguem a seguinte tese: “A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”. O voto desfavorável, do ministro Gilmar Mendes, que propõe tese que coaduna como o entendimento assentado nas ADCs 43, 44 e 45:

A Constituição Federal, levando em conta a presunção de inocência (artigo 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito de recurso do condenado (artigo 8.2.h), vedam a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do Júri, mas a prisão preventiva do condenado pode ser decretada motivadamente, nos termos do artigo 312 do CPP, pelo Juiz Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados.

De fato, estabelecer uma diferenciação entre o cumprimento de pena com base no *quantum* de pena aplicado e no órgão julgador para permitir a execução da pena ainda em primeira instância é de veras incoerente. Outrossim, vai de encontro à unidade do sistema jurídico-constitucional e da própria jurisprudência da Corte.

A própria Corte da Cidadania, por meio do Ministro Rogério Schietti, já manifestou a contrariedade ao dispositivo comentado, afastando sua aplicação, quando no julgamento do *habeas corpus* nº 737749 – MG erudiu:

Na espécie, a jurisprudência de ambas as Turmas, firmes e uníssonas, não autoriza o efeito automático da condenação pelo Tribunal do Júri. Ainda que gravíssimas as acusações, o acusado permaneceu, com a autorização judicial, em liberdade durante todo o processo, somente podendo ser dela privado, antes do trânsito em julgado da condenação, se fato novo e contemporâneo (art. 312, § 2º do CPP), justificar a aplicação da medida extrema.

Por mais compreensíveis que sejam os reclamos sociais por justiça, não se reveste a prisão cautelar de função punitiva. É dizer, não é conforme ao Direito a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena (art. 313, § 2º do CPP) (STJ, 2022).

Entende o Ministro que não deve servir a aplicação da prisão cautelar como substitutivo da prisão após a condenação definitiva, apesar da gravidade das acusações, indo de encontro a posição anteriormente exposta nos votos dos Ministros do Pretório Excelso Cármen Lúcia e Luiz Fux.

O suposto conflito entre a presunção de inocência e soberania dos veredictos é falacioso. Ambos são garantias fundamentais, sendo a soberania dos jurados um atributo que não legitima a prisão, mas sim, busca garantir a independência dos jurados (LOPES JÚNIOR, 2020). Inclusive, a decisão do júri pode ser alvo de apelação, podendo ser anulada, quando será necessário novo júri, sem que isso implique em violação a sua soberania, porquanto o Tribunal não está usurpando sua competência.

A soberania dos veredictos é usada para estabelecer uma narrativa segundo a qual o “interesse da comunidade” na aplicação da pena detém primazia em detrimento dos direitos e garantias fundamentais do acusado frente ao poder punitivo do Estado, que é hierarquicamente superior (MELCHIOR, 2020). O processo penal, por ameaçar a liberdade, deve ser limitado pelos direitos e garantias fundamentais, estes que devem ser maximizados, em razão da vulnerabilidade do réu frente ao *jus puniendi* do Estado (SILVA, 2017).

Diante disso, o populismo solipsista, sobretudo da Corte a qual incumbe a guarda da Carta Magna, afigura-se mesmo como uma ameaça ao próprio Estado Democrático de Direito, nesse sentido, asseveram Silva e Vieira (2022) que a prática do populismo judicial constitui uma forma nociva de atuação do Poder Judiciário, cuja audiência é voltada ao Supremo Tribunal. A democracia é claramente ameaçada devido à degradação dos procedimentos democráticos e à tentativa de ultrapassar os limites constitucionais para impor uma suposta vontade popular, portanto, a erosão democrática é facilitada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, que, em vez de reforçar as garantias constitucionais, acabam causando uma degradação democrática e favorecendo as maiorias políticas ocasionais em detrimento da proteção da Constituição.

Sobre o tema sobredito, ganhou repercussão o famigerado, espetacularizado e midiático caso da Boate Kiss. Os réus foram condenados pelo Tribunal do Júri e o Juiz Presidente determinou a prisão imediata dos réus, nos moldes da alínea “e”, inciso I, artigo 492 do CPP. A defesa impetrou *habeas corpus* e o desembargador José Manuel Martinez Lucas, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, deferiu a liminar, impedindo, assim, a prisão imediata dos réus. O MP/RS entrou com pedido de suspensão de liminar perante o STF. O que foi acolhido pelo Ministro Luiz Fux (SL 1504 MC/RS). Segundo Ministro:

Nesse sentido, considerando a altíssima reprovabilidade social das condutas dos réus, a dimensão e a extensão dos fatos criminosos, bem como seus impactos para as comunidades local, nacional e internacional, a decisão impugnada do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul causa grave lesão à ordem pública ao desconsiderar, sem qualquer justificativa idônea os precedentes do Supremo Tribunal Federal e a dicção legal explícita do artigo 492, § 4º, Código de Processo Penal.

A 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao analisar o mérito do HC confirmou a decisão monocrática que havia proibido a prisão imediata dos réus, contudo, sem efeito em virtude da decisão do Presidente do STF. A decisão, além de suprimir instâncias, foi baseada na Lei 8.437/1992, referente à cautelares contra atos do poder público, e não no âmbito penal. Assim, é eivada de ilegalidade e inconstitucionalidade, violando, sobretudo, o

princípio da presunção de inocência (RODAS, 2021).

A propósito, nesse sentido, no julgamento da suspensão de liminar (SL) n.1581/GO, a Ministra Rosa Weber entendeu pela impossibilidade de sustação de efeitos de decisão proferida em sede de procedimento de natureza penal:

Ementa Suspensão de liminar. Pedido de sustação de efeitos de ato decisório proferido em sede de procedimento de índole penal. Impossibilidade. Exegese restritiva das normas de regência. **Violação dos princípios da isonomia e da república.** Inaceitável desnivelamento de instrumento processuais. Não conhecimento. Medida liminar deferida em habeas corpus. Causa de pedir desvinculada das hipóteses de cabimento. Manifesta inadmissibilidade. Necessidade de demonstração inequívoca de lesão aos bens jurídicos protegidos pela legislação concernente ao pleito suspensivo. Inviabilidade de qualquer presunção nessa seara. Utilização da presente via como sucedâneo recursal. 1. **A via eleita consubstancia meio processual autônomo à disposição, exclusiva, segundo as normas de regência, das pessoas jurídicas de direito público e do Ministério Público, para buscar a sustação com objetivo de salvaguardar o interesse público primário, nas causas contra o Poder Público e seus agentes, de decisões judiciais que potencialmente provoquem grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.** 2. **Mostra-se incabível o incidente de contracautela em face de ato decisório proferido em procedimento de natureza criminal.** 2.1. **Interpretação restritiva do instituto. Não há, em qualquer dispositivo legal ou regimental, norma autorizativa da suspensão de liminar em matéria penal. Vale dizer, as normas reguladoras do instrumento em análise não franqueiam a utilização da contracautela para sustar decisões proferidas em processos de natureza criminal.** 2.2. Inadmissível o manejo da contracautela em matéria penal, sob pena de violação, por meio de indevida técnica hermenêutica, dos princípios constitucionais da isonomia e da república, exatamente por implicar criação de privilégio de maneira irrazoável e sem qualquer amparo fático e idôneo subjacente. 2.3. A legislação de regência não dispõe sobre a possibilidade de manejo do instrumento de contracautela em matéria de índole criminal, de modo que a interpretação alargada do instituto acarreta desnivelamento ilegítimo, porquanto não previsto expressamente em lei e sem amparo constitucional adequado, entre o Ministério Público e os réus. 2.4. **Inviável o manejo da contracautela, em temática criminal, pelo Ministério Público, órgão acusador, pois representaria a outorga, pela via hermenêutica, de instrumento processual exclusivo em detrimento do acusado, denunciado ou réu, a evidenciar que referida interpretação acarreta violação da teleologia das normas de regência e da própria Constituição Federal que milita em direção da preservação da liberdade dos cidadãos.** 3. O incidente de contracautela, por consubstanciar demanda típica, de fundamentação vinculada, deve ter como causa de pedir as hipóteses próprias ao seu cabimento. A causa petendi há de ser, portanto, a transgressão aos valores e interesses protegidos pela legislação de regência. 4. Constitui ônus indeclinável do autor, ante a natureza excepcionalíssima do incidente de contracautela, a demonstração – que jamais se presume – da efetiva potencialidade lesiva da decisão impugnada. Insuficiente, para esse efeito, a mera alegação superficial e genérica, desacompanhada de prova inequívoca de que o ato decisório que se pretende suspender provoca grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. 5. O pedido suspensivo acha-se vocacionado exclusivamente à prevenção de grave lesão ao interesse público primário, não podendo ser utilizado indevidamente como sucedâneo recursal. 6. Suspensão de liminar não conhecida (STF - Plenário, suspensão de liminar (SL) n.1581/GO, Relatora Ministra Rosa Weber, 13/02/2023) [Negritou-se].

Tal entendimento foi acolhido por unanimidade pelo Pleno do STF, ou seja, o Ministro Fux contrariou sua própria decisão prolatada no bojo da SL 1504 MC/RS. Isso escancara o solipsismo judicial, no qual o mundo e o conhecimento são colocados à disposição da consciência

do sujeito que passa a assujeitar o mundo a partir do seu ponto de vista subjetivo em detrimento da linguagem pública ancorada no texto constitucional.

Nota-se, que a consolidação e proteção plena do princípio da presunção de inocência encontra-se longe de estar firmada, existindo contrassensos dentro do próprio STF. Ademais, o solipsismo judicial muitas vezes velado, mostrou-se escancarado, notadamente em decisão do Ministro Luiz Fux.

O Estado de Inocência tem, portanto, história; é conceito inculcado; norteia-se por fundamentos epistemológicos; tem fundamento ético, político e possui natureza assecuratória ante o poder punitivo estatal. A atuação do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação segue racionalidade de base atécnica e descomprometida com a sociologia e axiologia constitucional, geram atividades de processamento criminal marcadas pelos postulados da sociedade punitiva [...] (JESUS; GIACOMOLLI, 2018 p. 140).

A coerência e a integridade do direito são deixadas de lado, conceitos como o de presunção de inocência são desvirtuados em prol de argumentos balizados por uma “resposta à sociedade”. Como destaca Streck (2019), o Direito virou questão de opinião e subjetivismos, o Direito foi substituído pelo emotivismo. Decisões são tomadas “conforme a consciência do julgador” (STRECK, 2010, p. 106-107).

Por isso, segundo Streck (2020, p. 123) tarefas como a que preservou o princípio da presunção de inocência no bojo das ADC's 43, 44 e 54 “devem ser consideradas sempre incompletas. Daí a oportuna relação com o Mito de Sísifo. É também por esse motivo que deve-se constranger toda decisão que, a partir das ADCs, infira a resposta correta a partir de seus resultados, notadamente punitivistas, neste caso”.

Ademais, segundo Sarlet (2021) de acordo com a Constituição Federal de 1988 e em sinergia com o sistema legal e a jurisprudência absolutamente dominante dos tribunais superiores, compete ao Tribunal do Júri, apenas a decisão acerca da condenação ou absolvição, não lhe competindo fixar o regime de cumprimento da pena, pois, tal tarefa incumbe ao juiz togado que deve decidi-lo mediante fundamentação adequada, nessa esteira, pensar de forma contrária, em contradição com o espírito do garantismo constitucional é segundo o doutrinador:

[...] no mínimo, um exercício de populismo demagógico e que injustamente imputa — como o fizeram alguns — aos que simplesmente dizem (e aplicam) o que prescrevem a Constituição e as leis, a pecha estigmatizante de “intelectuais ungedos” (ou o que parece até soar como um pecado capital, de “garantistas”). Esta, salvo melhor juízo, não é uma forma ética e nem democrática de conduzir um debate na esfera pública, mas, sim, um argumento *ad personam* (SARLET, 2021, p. Internet).

É preciso, seguindo Lênio Streck, construir constrangimentos epistemológicos, sobretudo porque, no Brasil, a presunção de inocência, garantia processual constitucional, concretiza-se de forma ambígua quando contrasta com o dogma que estabelece a prevalência do interesse da sociedade sobre o interesse do indivíduo. Diferente do modelo anglo-americano, em que se apresenta como elemento central de limitação do poder punitivo estatal (FERREIRA, 2009).

Ainda, segundo Campis, (2020), a filosofia do decisionismo e do solipsismo não encontra compatibilidade com nenhuma noção política verdadeiramente democrática. De fato, tais posturas sequer podem ser consideradas compatíveis com o conservadorismo, uma vez que elas demonstram desprezo pela segurança da lei imparcial, pelos procedimentos democráticos e até mesmo pela independência de nossas escolas e universidades. Essas tendências são movimentos reacionários que visam minar as instituições democráticas, utilizando o Direito como uma extensão da consciência de uma única pessoa.

No caso da prisão em segunda instância, o argumento jurídico venceu. O apelo moral, contudo, estará sempre presente – e agudizado nestes polarizados tempos –, razão pela qual a tarefa permanece imposta: toda resposta inadequada ou incorreta, aqui especificamente em relação à prisão em segunda instância, deverá ser constrangida. Inclusive na sua “última palavra”. Afinal, em 2019, o Supremo Tribunal Federal afirmou a autonomia do Direito. À doutrina agora cabe o papel do constrangimento, às vezes antipático, para que a mais alta Corte jurídica do país continue reafirmando-a e, assim, afastando-a das mais diversas tentações inconstitucionalizantes (STRECK, 2020, p. 125).

E, por fim, com apoio em Konrad Hesse (1991), que os guardiões da Constituição tenham menos vontade de poder, e mais vontade de constituição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da presunção de inocência, protegido expressamente pela Constituição Federal de 1988, é permeado de vicissitudes e contrassensos no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Verifica-se oscilações, ora relativizando a presunção de inocência, permitindo-se a prisão antes do trânsito em julgado, ora proibindo.

Em sua última decisão (ADCs 43, 44 e 45), em placar apertado (6x5), “restabeleceu” a proteção à presunção de inocência, reputando a prisão antes do trânsito em julgado como inconstitucional. Não obstante, como reflexo do placar apertado, ainda existem contrassensos no âmbito do próprio STF, sustentados por um realismo jurídico que busca adequar (desvirtuando!) a norma aos anseios sociais.

O discurso de relativização da presunção de inocência em prol de uma “resposta à sociedade” tem raízes inquisitoriais e é uma faceta do punitivismo. Nega-se a Constituição e instalam-se incoerências e práticas solipsistas. Tendo como maior reflexo desses contrassensos, atualmente, a admissão de prisão imediata de réu condenado pelo júri a pena igual ou superior a 15 anos. Solipsismo judicial evidenciado na SL 1504 MC / RS: Min. Luiz Fux.

Mostra-se necessário, portanto, pesquisas que transcendam o realismo jurídico, o pragmatismo e o consequencialismo, usando-se, por exemplo, da Crítica Hermenêutica do Direito para construir constrangimentos epistemológicos em torno de decisões constitucionais inadequadas, decisões pautadas na vontade de poder em detrimento da vontade de constituição, que sepultam a integridade e autonomia do Direito. Tudo a fim de consagrar o direito a decisões constitucionalmente adequadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CAMPIS, Francisco Kliemann. **UMA TEORIA DEMOCRÁTICA DO DIREITO COMO PRESSUPOSTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: AMEAÇAS DECISIONISTAS E SOLIPSISTAS**. Orientador: Caroline Muller Bitencourt. 2020. 59 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2020. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/3032/1/Francisco%20Kliemann%20a%20Campis.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

CAPEZ, Fernando. Prisão após a segunda instância: entendimentos do STF. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-06/prisao-segunda-instancia-enten>

dimentos-stf. Acesso em: 15 fev. 2023.

DANTAS, Ingrid Cunha. **Constitucionalismo democrático**: sobre constituição, presunção de inocência e execução provisória da pena. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **Contrastes e Confrontos**: A Presunção de Inocência e as Garantias do Processo Penal em Perspectiva Comparada. Tese de doutorado apresentada à Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José; ALLISSON, Thiago. Mentalidade Inquisitória e Mitigação de Garantias no Processamento Criminal pelo STF no Contexto dos 30 Anos da Constituição Brasileira. **Anais: Direito Penal, Processo Penal e Constituição II**, 2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de Inocência**: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precerer. São Paulo, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso. 7 a 1 jurídico. **Consultor Jurídico** (São Paulo. Online), v. 1, p. 1-7, 2016.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3°. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MELCHIOR, Antonio Pedro. Crítica científica de "Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri". **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 2, p. 1059-1078, 2020.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer; COUTO, Mônica Bonetti. A presunção de inocência, a Constituição e o STF: comentários ao HC 126.292/SP. **Revista de Direito Brasileira**, v. 15, n. 6, p. 399-405, 2016.

REBELO, Victor Bianchini. DOCTRINA DA EFETIVIDADE E CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: UMA ANÁLISE DO DEBATE ENTRE DUAS PROPOSTAS PARA O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO PÓS-1988. **Revista FIDES**, v. 12, n. 1, p. 284-303, 2021.

RODAS, Sérgio. Decisão de Fux mandando prender no caso da boate Kiss é ilegal, dizem advogados. **Consultor Jurídico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-dez-15/deci->

sao-fux-boate-kiss-ilegal-dizem-advogados. Acesso em: 15 fev. 2023.

SARAIVA, Isaac Ronalhti Sarah da Costa. **A relação onto-antropológica de cuidado de perigo como limite a expansão da política criminal em face da dogmática penal—uma abordagem sobre a presunção de inocência e a ADC 43/DF**. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS, São Leopoldo, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O uso falacioso do argumento da soberania do júri**. [S. l.], 31 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-31/direitos-fundamentais-uso-falacioso-argumento-soberania-juri>. Acesso em: 15 fev. 2023.

SILVA, Diogo Bacha e; VIEIRA, José Ribas. Os itinerários da politização do Supremo Tribunal Federal: do ativismo ao populismo judicial. Seqüência: **Estudos Jurídicos e Políticos**, [s. l.], v. 43, p. 1-34, 2022. DOI I <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2022.e66930>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/bMHtycYDNpLRyHFzffzD53v/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 fev. 2023.

SILVA, Thaís Rafaella do Nascimento. **A soberania dos veredictos e o princípio constitucional da presunção de inocência: um conflito acerca da execução imediata da sentença condenatória proferida pelo tribunal do júri**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharelado em Direito pelo CCJ/UFPE. Recife, 2017.

SOUSA, Andréia Carvalho de; LEITÃO, Macell Cunha. DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL AO ATIVISMO JUDICIAL: Uma Análise do Entendimento do Supremo Tribunal Federal Sobre Prisão em Segunda Instância. **Revista direito em debate: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**, [s. l.], ano XXIX, n. 53, p. 232-245, jul/dez 2020. DOI <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.232-245>. Disponível em: <https://www.revistas.uniju.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/10101>. Acesso em: 15 fev. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF. **Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná**, Curitiba, ano 2, nº 3, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito – hermenêutica**. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª ed. 4ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. No populismo de nosso tempo, importa um futuro que resista ao canto das sereias. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. (Orgs). **Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF**. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HABEAS CORPUS Nº 737749 - MG**. [S. l.], 29 abr.

2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=151660710&tipo_documento=documento&num_registro=202201180029&data=20220503&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 15 fev. 2023.

Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS N° 126.292-SP**, rel. min. Teori Zavascki, julgado em 17/2/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 15 fev. 2023.

VEGAS TORRES, Jaime. La presunción de inocencia y el escenario de la prueba penal. **Persona y Derecho**, n. 55, 2006.

VIEIRA, Guilherme Gomes. **Presunção de inocência e antecipação da prisão**: inflexões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD-UnB), Brasília, 2020.

RACISMO ESTRUTURAL E O USO DO RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO COMO POTENCIALIZADOR DA SELETIVIDADE PENAL NA JUSTIÇA BRASILEIRA

STRUCTURAL RACISM AND THE USE OF PHOTOGRAPHIC AS A ENHANCEMENT OF CRIMINAL SELECTIVITY IN BRAZILIAN JUSTICE

Lara Raquel de Lima Leite

Residente Judicial e Pós-graduanda em Prática Judicante pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMA/PB) e pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Advogada. Bacharela em Direito pela UNIFACISA.

Resumo: O reconhecimento de pessoas, como uma das principais provas de aferição de autoria delitiva no processo penal brasileiro, possui limitações inerentes à memória. Quando se fala em reconhecimento fotográfico, procedimento não previsto taxativamente em lei, para além disso, as modalidades atuais adotadas abrem margem a práticas arbitrárias e influenciadas por estereótipos raciais. Nessa conjuntura, o presente artigo visa analisar a influência do racismo estrutural na realização do ato de reconhecimento fotográfico, verificando, em consequência disso, a possibilidade do aumento da seletividade penal. Para tanto, numa abordagem exploratória, qualitativa, e a partir do método dedutivo, foi utilizada uma pesquisa bibliográfica, através de consultas em doutrinas, jurisprudências, artigos científicos e estudos realizados pela Comissão Criminal do Colégio de Defensores Públicos Gerais que versam tanto sobre o uso inadequado da prova do reconhecimento por fotografias, quanto sobre os efeitos dessa prática numa sociedade estruturalmente alicerçada em estereótipos, analisando-os sob o viés do *labelling approach*. Ao final, chega-se à conclusão de que a interferência do racismo estrutural na sociedade e no polo da persecução penal, através do uso do reconhecimento fotográfico, propagam a legitimação da seletividade do sistema e, por conseguinte, ensejam em condenações penais injustas, afrontando o princípio da presunção de inocência e a própria Constituição Federal do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Racismo estrutural. Reconhecimento fotográfico. Seletividade penal. Presunção de inocência. *Labelling approach*.

Abstract: The recognition of people, as one of the main tests of criminal authorship in the Brazilian criminal procedure, has limitations inherent to memory. When talking about photographic recognition, a procedure not exhaustively provided for by law, moreover, the current modalities adopted open the door to arbitrary practices and influenced by racial stereotypes. In this context, this article aims to analyze the influence of structural racism in carrying out the act of photographic recognition, verifying, as a result, the possibility of increasing criminal selectivity. For that, in an exploratory, qualitative approach, and from the deductive method, a bibliographical research was used, through consultations in doctrines, jurisprudence, scientific articles and studies carried out by the Criminal Commission of the College of General Public Defenders that deal so much with the use inadequate proof of recognition by photographs, and on the effects of this practice in a society structurally based on stereotypes, analyzing them under the bias of the *labelling approach*. In the end, it is concluded that the interference of structural racism in society and in the pole of criminal prosecution, through the use of photographic recognition, propagate the legitimacy of the selectivity of the system and, therefore, lead to unfair criminal convictions, facing the principle of the presumption of innocence and the Federal Constitution of Brazil of 1988.

Keywords: *Structural racism. Photographic recognition. Penal selectivity. Presumption of innocence. Labeling approach.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Perspectiva histórica do racismo no Brasil: Da marginalização ao sistema jurídico penal. 2.1 O conceito de raça e a definição do racismo estrutural. 2.2 A influência do passado colonial na contemporaneidade brasileira – 3 O reconhecimento fotográfico como meio de prova e suas controvérsias no Processo Penal Brasileiro: 3.1 Reconhecimento fotográfico: Conceito, modalidades de uso e valor probatório. 3.2 As variáveis no ato do conhecimento: a falibilidade da memória – 4 A teoria do etiquetamento e a seletividade penal no Brasil: O rótulo dos negros como “potenciais criminosos” – 5 Considerações finais – Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os resquícios de um sistema escravagista e dos ideais colonizadores na sociedade brasileira perpassa além da concepção individual de superioridade de determinada raça, caracterizado pelo preconceito individual, se manifestando continuamente nas entranhas políticas, sociais e econômicas do país.

Apesar de abolida a escravidão, os ideais estereotipados e as condutas discriminatórias permaneceram vigentes nas profundezas da sociedade, a qual ainda frequentemente normaliza violações praticadas em face aos direitos da população negra.

O racismo estrutural, como forma sistematizada de tratamento desigual entre brancos e negros no país, se mostra presente, ainda que de maneira velada, manifestando-se nas mais variadas relações de poder. Sendo o Direito, pois, em uma de suas concepções, também uma forma de controle social, a seletividade do sistema jurídico, baseada na cor da pele e nos fatores socioeconômicos, é reproduzida e fomentada dentro das próprias instituições públicas.

No âmbito da persecução penal, os laços históricos do racismo são demonstrados a partir do etiquetamento de determinados sujeitos (negros) como potenciais criminosos, já na fase pré-processual, quando da realização do reconhecimento fotográfico.

Ocorre que tal modalidade de prova carece de previsão específica na legislação processual e, muito embora a própria jurisprudência pátria estabeleça diretrizes a serem seguidas para o procedimento de reconhecimento, ainda se mostram presentes práticas deliberadas e desregradas do uso do reconhecimento fotográfico, muitas vezes pautado exclusivamente em elementos de raça e cor dos investigados, servindo como único meio de prova para uma condenação.

Diante disso, o que se questiona é se os fatores raciais interferem no ato da realização do reconhecimento fotográfico, de modo a contribuir para o aumento da seletividade penal.

Verificar se realmente existe uma interferência do racismo estrutural na persecução penal do Estado, em especial, através da utilização do reconhecimento fotográfico, se mostra uma necessidade evidente para rechaçar práticas ilegais e revestidas de fatores estereotipados, na busca de se frear (e evitar) uma seletividade penal voltada especificamente para incidir sobre a população negra.

Ademais, estabelecer e obedecer às diretrizes na formalização do ato de reconhecimento fotográfico é, da mesma forma, gerar uma confiabilidade nessas práticas probatórias da autoria delitiva, na finalidade de se concretizar, na medida do possível, a verdade real dos fatos, sem que se possa olvidar dos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal.

Assim, o presente estudo tem a finalidade de analisar se existem influências dos estereótipos raciais no meio de prova do reconhecimento fotográfico como fator potencializador da seletividade da persecução penal.

Dessa forma, no primeiro capítulo contextualiza-se a questão do racismo, sob uma perspectiva teórica e conceitual, sendo apresentadas as suas concepções, segundo os estudiosos da área da filosofia e antropologia, e os seus reflexos nas relações sociais e institucionais.

No segundo capítulo, à luz do Código de Processo Penal, da doutrina e jurisprudência, compreende-se o ato do reconhecimento fotográfico e mostra-se as suas controvérsias para ser utilizado como única prova, através dos estudos da psicologia cognitiva.

No último capítulo, correlaciona-se, sob a ótica da teoria do etiquetamento, o fenômeno da seletividade penal com o racismo estrutural e o atual uso do reconhecimento fotográfico na sociedade brasileira.

A pesquisa, portanto, classifica-se como qualitativa, vez que, mediante uma revisão bibliográfica, através de consultas em doutrinas, artigos científicos publicados em revistas, artigos de lei e na jurisprudência pátria, apresenta-se a temática do reconhecimento fotográfico e suas principais diretrizes a serem seguidas num devido processo legal.

Ademais, o método de abordagem adotado foi o dedutivo e, através da coleta bibliográfica e documental, foi realizado um breve levantamento de decisões judiciais em casos que evidenciam as consequências do mau uso desse meio de prova e a sua possibilidade de acarretar condenações injustas e influenciadas por aspectos raciais, tomando-se, ainda, como base os dados colhidos pela Comissão Criminal do Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais, bem como o que estipula a teoria do etiquetamento (*labeling approach*).

Por derradeiro, a discussão sobre o racismo e sua influência na sociedade e na perseguição penal não se inicia neste estudo, entretanto, ante a latente possibilidade de normalização de um sistema penal seletivo, numa direta violação ao que se entende por um Estado Democrático de Direito e aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, resta evidenciada a necessidade de continuamente se refletir acerca da problemática, na busca de um resguardar maior dos preceitos constitucionais.

2 PERSPECTIVA HISTÓRICA DO RACISMO NO BRASIL: DA MARGINALIZAÇÃO AO SISTEMA JURÍDICO-PENAL

2.1 O CONCEITO DE RAÇA E A DEFINIÇÃO DO RACISMO ESTRUTURAL

Embora seja controversa a etimologia da palavra “raça”, sob o viés de classificação humana, é possível dizer que, na história da humanidade, o seu conceito foi construído e se moldando às circunstâncias históricas e de acordo com a finalidade de seu uso.

Como explica Bethencourt (2017), a partir da expansão econômica mercantilista e das práticas colonialistas realizadas em meados do século XVI, o termo raça foi ganhando sentido específico para transformar o homem europeu como modelo para demais povos e culturas.

Nesse contexto do colonialismo, visto como projeto de universalização, a raça emerge como classificação fundante para a submissão de determinados povos, e, mais tarde, para fazer crer a ideia de que características biológicas seriam capazes de explicar diferenças morais, psicológicas e intelectuais entre os humanos (BETHENCOURT, 2017).

Essa definição do conceito de raça, como fundamento para classificação e hierarquização humana, portanto, foi o fator antecedente para a concepção do racismo, o qual, segundo explica o antropólogo Munanga (2003), consiste na ideologia essencialista que postula a divisão da humanidade em grandes grupos, chamados raças contrastadas, que se situam numa escala de valores desiguais.

Em sua obra “Racismo Estrutural”, Almeida (2018, p. 25) explica que o racismo é “uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por

meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertencam”.

Assim, percebe-se que o racismo, como forma sistêmica e decorrente de um processo histórico, político e econômico de condições de subalternidade, se materializa através da discriminação, na medida em que estabelece um tratamento diferenciado a determinados indivíduos em detrimento de outros, tendo como base o fator da raça.

Ainda segundo o autor Almeida (2018), embora possa ser subdividido em 3 (três) classificações, o racismo é essencialmente estrutural, de maneira que os indivíduos e as instituições são racistas porque a estrutura social assim é.

O racismo, portanto, em seu viés estrutural, “é uma decorrência da própria estrutural social” (ALMEIDA, 2018, p. 44), que naturaliza a discriminação racial como parte integrante das organizações políticas e econômicas e das relações sociais de determinado Estado. Ou seja, é reproduzido sistematicamente, se expressando na desigualdade política, econômica e jurídica.

Em sua outra faceta, o racismo institucional é resultante do funcionamento das instituições, que conferem um tratamento desvantajoso ou privilegiado a depender da raça (ALMEIDA, 2018). Para esse aspecto, a desigualdade social é uma das características marcantes das instituições hegemônicas por determinados grupos raciais que utilizam de mecanismos institucionais para perpetuar seus interesses próprios, sejam políticos ou econômicos, ainda que indiretamente ou de maneira velada.

O racismo institucional, consoante explicam Hamilton e Ture (1967) é menos evidente e identificável, haja vista que se origina na operação de forças respeitadas e estabelecidas na sociedade, recebendo menor condenação pública. Para os autores, a distinção existente entre as práticas do racismo institucional e individual podem ser verificadas a partir da seguinte explicação:

Quando terroristas brancos bombardeiam uma igreja negra e matam cinco crianças negras, isso é um ato de racismo individual, amplamente deplorado pela maioria dos segmentos da sociedade. Mas quando nessa mesma cidade – Birmingham, Alabama – quinhentos bebês negros morrem a cada ano por causa da falta de comida adequada, abrigos e instalações médicas, e outros milhares são destruídos e mutilados física, emocional e intelectualmente por causa das condições de pobreza e discriminação, na comunidade negra, isso é uma função do racismo institucional (HAMILTON; TURE, 1967, p. 3).

Para esse viés, o poder é tratado como elemento central na relação social, a exemplo de como se verifica o domínio de homens brancos em instituições públicas, desde o executivo até o judiciário, e mesmo em instituições privadas. Em qualquer dos casos, se normaliza a hegemonia racial branca, através de regras e padrões que direta ou indiretamente dificultem ou mesmo não facilitem o acesso dos negros à essas instituições de poder.

Finalmente, na sua concepção individualista, o racismo decorre de práticas discriminatórias individuais ou coletivas, sem que exista uma sociedade ou instituições racistas, manifestando-se mais diretamente.

Em qualquer das classificações mencionadas, é certo afirmar que o racismo decorre de uma construção histórica e política, de modo que a especificidade da dinâmica desse fenômeno se interliga diretamente à formação social de cada Estado.

No caso do Brasil, como se verá adiante, práticas racistas são resultado de uma reconfiguração estrutural do período pós-abolicionista, e, mesmo que de forma velada ou inconsciente, persistem ainda no cotidiano, influenciando diretamente na sistemática jurídico-penal, notadamente através do atual uso do reconhecimento fotográfico.

2.2 A INFLUÊNCIA DO PASSADO COLONIAL NA CONTEMPORANEIDADE BRASILEIRA

Partindo da premissa de que os crimes resultam de um conceito humano modificável e não operacional (HULSMAN, 2018), possuindo intrínseca relação histórica, a análise da formação política, econômica e social do Brasil torna-se necessária para se verificar os traços ainda enraizados na atual sociedade e no sistema persecutório penal brasileiro.

Nos anos do período colonial, o Brasil se desenvolveu a partir de uma base econômica de riqueza agrícola, tendo como pilares o latifúndio e a mão de obra escrava dos índios nativos e, preferencialmente, dos negros trazidos do continente africano, em razão da grande resistência e inaptidão cultural dos indígenas, além da lucratividade do tráfico negreiro (COUTO, 2011).

Da conjuntura econômica polarizada entre latifúndios e a escravidão, a organização social brasileira era, de um lado, constituída pelos senhores de engenho e, por outro, de pequenos proprietários, indígenas, mestiços e negros (WOLKMER, 2019).

Assim, os grandes proprietários de terras ocupavam os mais importantes cargos políticos e econômicos da sociedade, ditando regras de conduta e estruturando os padrões a serem aceitos e adotados naquela época.

Os escravos, em sua grande maioria, negros, por sua vez, não possuíam qualquer acesso a direitos civis básicos, sendo, segundo Carvalho (2013), considerados propriedades dos senhores e equiparados à animais.

No campo da legislação brasileira, a segregação determinada substancialmente por fatores raciais culminou na edição de leis discriminatórias, a exemplo da ordem régia de 1726, que “vedava qualquer mulato, até a quarta geração, o exercício de cargos municipais em Minas Gerais, tornando tal proibição extensiva aos brancos casados com mulher de cor” (HOLANDA, 1995, p. 55).

A sistema de escravidão, especialmente a dos povos negros advindos do Continente Africano, penetrou em todas as classes e lugares da sociedade brasileira. E, ainda que abolida em 1888, os valores da segregação e desigualdade perpetuaram-se como forma de marginalização dos povos negros, libertos no país.

Assim, não sendo mais possível a utilização da ideia da inferioridade determinada pela cor da pele para exploração de mão de obra, dada a forte pressão sofrida pelo Brasil para abolir o sistema escravagista, a questão racial abriu palco para a exclusão e discriminação.

Segundo Gomes (2013), cerca de 700.000 (setecentos mil) escravos ganharam a liberdade com a Lei Áurea, mas, ainda assim, foram abandonados à própria sorte. A Lei Áurea aboliu a escravidão, sem, contudo, libertar econômica e socialmente os negros, para os quais “não foram dadas nem escolas, nem terras, nem empregos (CARVALHO, 2013, p. 52).

Sem perspectiva de ascensão social, muitos dos ex-escravos retornavam às fazendas, submetendo-se ao recebimento de baixos salários (CARVALHO, 2013), e, por toda essa dificuldade de inserção, a população negra acabou se inserindo em níveis inferiores de toda a estratificação social do Brasil, permanecendo marginalizados dentro do Estado*.

Para além da exclusão social, após a abolição da escravidão, a ideia de ordenação social, baseada na vigilância e repressão, foi especialmente intensificada em uma tendência crescente da atividade policial, na qual os escravos libertos ocupavam o papel de suspeitos, cuja cidadania

* Não coincidentemente, segundo os dados do IBGE (2018), na análise das pessoas abaixo das linhas de pobreza, conforme o Banco Mundial, a proporção dos autodeclarados pretos ou pardos com rendimento inferior às linhas de pobreza representa mais que o dobro (32,9%) da proporção verificada entre os brancos (15,4%), quando considerada a linha de US\$ 5,50 diários.

devia ser restrita e delimitada (WANDERLEY, 2017).

Nesse contexto, Wanderley (2017) aponta que as relações hierárquicas e os resquícios da escravidão ensejaram na difusão da ideia de que os negros poderiam provocar prejuízos à moral e segurança social, razão pela qual passaram a ser constantemente vigiados pelas autoridades policiais. O medo da desconfiguração das hierárquicas e desiguais relações sociais resultantes do fim da escravidão serviu como plano de fundo para violências institucionais serem perpetradas em face dos negros libertos, já que “toda a preocupação da elite, apoiada nas teorias racistas da época, dizia respeito à influência negativa que poderia resultar da herança inferior do negro” (MUNANGA, 2019, p. 61).

Muito embora no Brasil não houvesse especificamente uma legislação essencialmente separatista, como ocorreu nos Estados Unidos, Dias (2020, p. 337) explica que “o racismo das instituições de controle havia deixado resquícios na atuação das agências de criminalização secundária, representadas pelo Poder Executivo, uma vez que a criminologia positivista consolidou-se como o suporte teórico do treinamento policial da época”.

Assim, a identificação dos corpos negros como “presumidamente perigosos” viabilizou a repressão sistêmica dos negros através de atos policiais discriminatórios baseadas nessa suspeição generalizada.

Ainda hoje, mesmo diante de um sistema em que prevalece o princípio da presunção de inocência, tais práticas estereotipadas se mostram presentes no cotidiano das delegacias de polícia, perpassando por toda a persecução penal, a exemplo da adoção do “álbum de suspeitos”, admitido como uma das formas do reconhecimento fotográfico a ser utilizado, não raras vezes, como única prova para a aferição da autoria delitiva.

3 O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA E SUAS CONTROVÉRSIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.1 RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: CONCEITO, MODALIDADES DE USO E VALOR PROBATÓRIO

O reconhecimento de pessoas, procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, consiste no “ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra” (NUCCI, 2022, p. 297). No processo penal, por meio dele, em geral, o ofendido ou as testemunhas identificam determinada pessoa como sendo a possível autora de algum crime praticado, a partir de suas memórias daquele momento.

Como ato solene que é, a legislação processual penal prevê uma série de regras para a realização do reconhecimento de pessoas, assim determinando:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais (BRASIL, 1941).

Pela leitura do artigo mencionado, para a realização do ato do reconhecimento, primeiramente, a pessoa a que tiver de fazê-lo descreverá as características de quem deve ser reconhecido e, após isso, a pessoa cujo reconhecimento se pretender será colocada ao lado de quem com ela possuir semelhança, se assim for possível.

Outrossim, do artigo 226 do Código de Processo Penal vê-se que não há qualquer menção expressa ao reconhecimento fotográfico, que seria a identificação de uma pessoa ou coisa por meio de fotografias (NUCCI, 2022). Porém, no processo penal, tem sido admitido o uso dessa modalidade de reconhecimento como prova atípica.

Ou seja, em verdade, o reconhecimento fotográfico não é, de fato, um meio de prova disciplinado pela legislação, embora tenha se permitido a sua utilização no decorrer da persecução penal. Na doutrina, há quem defenda ser um meio de prova indireta*, e os que entendem ser um meio de prova inválido, por se tratar de procedimento irritual**, “pois ocorre a colheita de prova típica sem a observância do ritual previsto” (SANCHES KERR, 2011, p. 10).

A posição de Lopes Júnior (2022, p. 297), é no sentido de que o procedimento do reconhecimento fotográfico “somente pode ser utilizado como ato preparatório do reconhecimento pessoal, nos termos do art. 226, inciso I, do CPP, nunca como um substitutivo àquele ou como uma prova inominada”.

Independentemente da posição a se tomar, é certo afirmar que o reconhecimento fotográfico, como procedimento que integra os autos de um inquérito policial e o processo penal como um todo, para ser considerado válido, necessita ser realizado de acordo com as formalidades previstas em lei, sob pena de afronta ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88).

Tais regramentos, no entanto, não são seguidos na prática da atuação policial, que, em sua grande maioria, desconsidera não somente a previsão legal da descrição prévia, mas também o alinhamento de quem há de ser reconhecido, utilizando-se de técnicas como o “show-up” ou “álbum de suspeitos”.

Stein e Ávila (2015) explicam que a primeira modalidade (“show-up”) consiste na apresentação de uma foto do então suspeito à vítima ou testemunha, que, posteriormente, confirma se é o provável autor do crime. Para essa modalidade, a crítica que se faz é consistente na falta de alternativa para que a pessoa reconhecedora possa comparar características físicas (como o rosto) de quem será reconhecido com as de demais pessoas não suspeitas (MATIDA; CECCONELLO, 2021).

Quanto ao “álbum de suspeitos”, além de também ser essencialmente sugestivo, inexistem critérios estabelecidos na pré-seleção dos suspeitos e uma pluralidade deles é apresentada ao mesmo tempo, havendo uma “verdadeira lacuna quanto aos protocolos que devem ser seguidos para que a maneira de se conduzir o ato não represente, em si mesmo, um fator de contaminação da memória da vítima/testemunha” (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 12).

Essa inobservância legal nos casos do reconhecimento fotográfico foi, por muito tempo, legitimada pelos próprios Tribunais Superiores, a exemplo da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que adotava, até meados de 2020, o entendimento de que as regras contidas no artigo 226 do Código de Processo Penal consistiam em “mera recomendação” legislativa, não existindo nulidade na violação do que era imposto pela lei (STJ, AgRg no AREsp n. 1002962/2017).

A posição do próprio Poder Judiciário, então, abriu precedente para a utilização do reconhecimento fotográfico, realizado de forma irregular, como único meio de prova apto a caracterizar a autoria delitiva na ação penal, além de servir como fundamento para condenações

* Para NUCCI (2022, p. 297), o reconhecimento fotográfico consiste em prova indireta, como um mero indício.

** Nesse sentido, é o posicionamento de Antônio Magalhães Gomes FILHO e Gustavo Henrique Righi Ivahy BARDARÓ (2015, p. 190-191).

criminais.

Casos como o da modelo Bárbara Quirino, condenada a partir de um reconhecimento feito a partir do envio de suas fotografias, pelo *WhatsApp*, à vítima, demonstram os nefastos efeitos do mal uso do reconhecimento fotográfico.

Na situação de Bárbara, nem mesmo a demonstração da diferença de sua localização com a do lugar do crime, no dia dos fatos, corroborado por fotos e testemunhas arroladas pela defesa, foi suficiente para afastar a condenação baseada apenas no irregular reconhecimento feito pela vítima, que, embora houvesse afirmado não ser possível visualizar o rosto da suposta autora do crime, justificou a sua identificação apenas com base na semelhança do cabelo cacheado da modelo com o da real culpada (MATIDA; CECCONELLO, 2021).

Diante das consequências jurídicas que vinham sendo geradas pelo desregrado uso do reconhecimento fotográfico, a mesma turma do Superior Tribunal de Justiça, na tentativa de, então, se regular essa prática corriqueira, estabeleceu que os ditames disciplinados no artigo 226 do Código de Processo Penal são, na realidade, uma formalidade que constitui garantia mínima ao sujeito investigado. Para o Ministro Schietti Cruz, “a inobservância de tal procedimento gera nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial” (STJ, HC 598.886/SC, 18/12/2020).

Corroborando com a mudança paradigmática dada pela 6ª Turma, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça buscou, em maior grau, estabelecer parâmetros de validade para o reconhecimento fotográfico, asseverando que:

[...] o reconhecimento do suspeito por mera exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo. (STJ - HC: 652284 SC 2021/0076934-3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 27/04/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/05/2021).

Através do posicionamento atual das turmas do Superior Tribunal de Justiça se percebe o quanto a observância das formalidades legais é imprescindível para a prova penal, dada a necessidade de se respeitar o direito fundamental a um devido processo legal, em todas as suas características. Como já bem observou Lopes Júnior (2022, p. 215), em se tratando de matéria processual penal, a forma é garantia, e não se deve abrir espaço para informalidades quando se está diante de uma clara violação aos direitos da pessoa investigada ou acusada.

E, em que pese o grande avanço jurisprudencial, comumente ainda são utilizadas as mesmas práticas desreguladas do “show-up” e do “álbum de suspeitos” quando se fala em reconhecimento fotográfico realizado no cotidiano da atividade policial.

Num levantamento feito pelo Superior Tribunal de Justiça, no período de 27/10/2020 a 19/12/2021, foram identificadas 89 (oitenta e nove) concessões de *habeas corpus*, em decisões monocráticas e colegiadas, que versavam sobre a irregularidade ou falha no ato de reconhecimento formal de acusados e investigados. Dos 89 (oitenta e nove) casos criminais, em 76 (setenta e seis) deles a prova da autoria delitiva era baseada unicamente em um reconhecimento fotográfico realizado em sede policial, sem qualquer observância às regras contidas no artigo 226 do Código de Processo Penal, feito a partir da mera exibição de fotos dos suspeitos, retiradas de suas redes sociais, e mostradas à vítima (SCHIETTI CRUZ, 2022).

Os dados, pois, confirmam que a mudança do entendimento jurisprudencial das turmas do Superior Tribunal de Justiça não alterou a cultura judiciária das instâncias inferiores, que ainda permitem a perpetuação da ideia ultrapassada da “mera recomendação” do artigo 226 do Código de Processo Penal e banalizam a obediência às formalidades legais, o que abre espaço

para condenações penais injustas, as quais muito demonstram a influência do racismo estrutural ainda presente na sociedade brasileira.

3.2 AS VARIÁVEIS NO ATO DO RECONHECIMENTO: A FALIBILIDADE DA MEMÓRIA

Além do evidente problema decorrente da inobservância das formalidades legais na realização do ato do reconhecimento fotográfico, os estudos da psicologia cognitiva mostram o quanto a lembrança humana está sujeita a falhas, equívocos, falsas memórias e ao induzimento.

Segundo a psicóloga cognitiva Loftus (1997), a memória não funciona como uma máquina filmadora a registrar os momentos vividos da forma exata como aconteceram. A partir de seus estudos, foi confirmado que, além do fator do esquecimento, existe também a possibilidade da influência de fatores externos que criam “falsas recordações” na mentalidade humana, a partir de sugestões, por exemplo.

Em um dos seus experimentos realizados, denominado “perdido no shopping”, foram entrevistadas 24 (vinte e quatro) pessoas com idades entre dezoito a cinquenta e três anos. Na entrevista, foi realizada uma lista com 3 (três) situações reais ocorridas durante a infância dos entrevistados, que foram relatadas à psicóloga pelos pais e irmãos dos participantes.

Nessa lista, foi incluído 1 (um) acontecimento falso, que relatava que os entrevistados, quando possuíam 5 (cinco) anos, tinham se perdido por um período prolongado dentro de um shopping center. Loftus (1997) ainda incluiu nessa informação que os participantes teriam ficado apavorados, teriam chorado, gritado, e, posteriormente, sido acolhidos por uma pessoa mais velha, que os encaminhou até aos seus genitores.

A conclusão do seu estudo foi a de que, embora a situação tenha sido inventada na vida daqueles adultos, 25% (vinte e cinco por cento) deles acreditavam fielmente que haviam, de fato, passado pelo acontecimento (LOFTUS, 1997). A evidência disso mostra o quanto a mentalidade humana pode ser persuadida a lembrar de eventos que nunca aconteceram, criando “falsas memórias”.

Em complementação, Stein (2010) também explica que as falhas inerentes à memória não se limitam ao mero esquecimento, além de que as distorções das recordações podem se dar tanto de forma sugestiva como espontânea.

A par das falsas memórias, os estudos de Real, Fariña e Arce (1997) apontam para as inúmeras variáveis que podem interferir num processo de reconhecimento, a exemplo do tempo de intervalo de exposição da vítima ao evento criminoso, a gravidade do delito, o lapso temporal existente entre a data do crime e o próprio ato de reconhecimento fotográfico, além das condições psíquicas e emocionais do ofendido geradas durante e após os fatos criminosos.

A título de exemplo, Lopes Júnior (2022) nos mostra o quanto a utilização de uma arma de fogo no momento do crime pode afetar a atenção da vítima, que se distrai em observar outros detalhes físicos importantes do autor. Em suas lições, o “efeito do foco na arma é decisivo para que a vítima não se fixe nas feições do agressor, pois o fio condutor da relação de poder que ali se estabelece é a arma” (LOPES JÚNIOR, 2022, p. 217).

Pela complexidade da memória e suscetibilidade dela sofrer influência, a forma como é conduzido todo o procedimento impacta diretamente no resultado da idoneidade de um reconhecimento. Malpass e Devine (1981) realizaram uma pesquisa na qual as pessoas que deveriam proceder com um reconhecimento simulado foram informadas que o autor do crime provavelmente estaria presente, quando, na verdade, não estava. Como resultado, 78% (setenta e oito por cento) das pessoas reconheceram erroneamente o agressor. De forma diversa, quando foram informados de que o possível autor podia não estar presente entre os suspeitos, o índice

de reconhecimento errôneo foi de 33% (trinta e três por cento).

Além disso, Matida e Cecconello (2021) também chamam a atenção para o fato de que os estudos feitos por Steblay e Dysart (2016) demonstram que o ato de um reconhecimento inicial mal feito ou falso, na qual se seleciona um inocente no lugar do verdadeiro culpado, impacta nos demais reconhecimentos subsequentes, sendo que, neles, o mesmo suspeito inocente é reconhecido como culpado, ainda quando este se apresentava ao lado do real autor.

Assim, pelos estudos da psicologia cognitiva moderna, percebe-se que o ato de reconhecimento de pessoas, ainda que revestido de todas as suas formalidades legais, pode acarretar em erros judiciários em razão do eminente grau de subjetividade que constitui o próprio ato. A memória humana não funciona como uma máquina fotográfica, que capitaliza e grava todos os momentos nas suas devidas circunstâncias. Várias são as condições internas e externas que podem interferir na memória, potencializando falhas e distorções daquele momento específico do crime.

Quando se fala em reconhecimento fotográfico (de modo irregular como vem sendo atualmente utilizado), a situação é ainda mais grave, já que a simples exibição de fotos, tiradas das redes sociais ou previamente escolhidas e catalogadas num “álbum de suspeitos” ignora qualquer dessas particularidades e variáveis.

Não somente a indução facilmente perceptível nessas modalidades de reconhecimento fotográfico é preocupante; a forma atualmente adotada abre espaço para práticas arbitrárias e influenciadas por estereótipos presentes na sociedade, o que acaba por direcionar a persecução penal para incidir seletivamente sobre os considerados “suspeitos” aos olhos da população, que, em sua grande maioria, como se verá adiante, são negros.

Resta, assim, verificar como a influência dos fatores raciais podem ser determinantes no uso do reconhecimento fotográfico na nossa realidade, de forma a potencializar a seletividade do sistema penal brasileiro.

4 A TEORIA DO ETIQUETAMENTO E A SELETIVIDADE PENAL NO BRASIL: O RÓ-TULO DOS NEGROS COMO “POTENCIAIS CRIMINOSOS”

A partir das mudanças sociais ocorridas especialmente entre os anos de 1950 e 1960, os estudos da criminologia passaram a analisar o crime e o criminoso de uma forma mais sociológica, diversa da adotada na Escola Positiva, que sustentava a ideia de um “criminoso nato”, de acordo com o seu principal expoente, Cesare Lombroso.

O contexto da Segunda Guerra Mundial, da Guerra Fria e, especialmente dos movimentos sociais reivindicatórios de igualdade racial na busca pelo fim do Apartheid, nos Estados Unidos, acarretou no rompimento do *status quo* social. A ideia de que a sociedade é um todo homogêneo e harmônico, com unidade de valores e pensamentos, passa a ser revista, surgindo, no campo criminológico, as teorias do conflito.

Para essas teorias, a sociedade é baseada no conflito de classes e relações, e o crime passa a ser visto como uma construção social, desprovida de ontologia e universalidade. A partir disso, a teoria do etiquetamento (ou *labelling approach*) considera que o comportamento desviante é fruto de uma reação social, sendo que o delinquente se distingue do “homem comum” devido à estigmatização que sofre (SHECAIRA, 2014).

Segundo Becker (2008), essa reação social varia conforme a pessoa que comete o ato, de modo que os atos desviantes acabam se tornando relativos e seletivos. Assim, o comportamento de um indivíduo de classe média terá uma reação social diferente do pobre e, da mesma forma, brancos e negros terão diferentes estigmas em face de suas condições pessoais (SHECAIRA, 2014).

O *labeling approach*, surge, então, para questionar: “quem é definido como desviante?”

que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo? Em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição? e, enfim, quem define quem?” (BARATTA, 2002, p. 88). A questão central reside não mais no porquê de os crimes serem cometidos, como era na criminologia clássica e positivista, mas nos motivos pelos quais determinadas condutas são criminalizadas em detrimento de outras (CARVALHO, 2022).

Nas lições de Baratta (2002), para essa vertente, a desviação (leia-se crime) não é uma qualidade intrínseca da conduta delitativa em si, mas dada pelo que as instâncias de controle, através de complexos processos de interação social, assim definem e atribuem.

Um dos seus expoentes, Lemert (1967), ensina que a ideia da delinquência passa por um processo de desviação, dividido em a) primária e b) secundária. A desviação primária seria a própria quebra de determinada regra de conduta – o crime em si – enquanto que a desviação secundária é caracterizada pelo rótulo e pelo estigma proveniente da reação da sociedade.

Dessa forma, existe uma seleção na qual uma reação social se vincula a algum ilícito penal e a algumas condutas de determinadas pessoas escolhidas, de modo que nem todos os “desviantes” serão assim etiquetados e nem todos os crimes serão investigados e julgados da mesma forma pelo Estado, punindo-se somente parte deles ou parte das pessoas investigadas.

Assim, uma das grandes contribuições dos estudiosos da teoria do etiquetamento é trazer à tona o aspecto seletivo do sistema penal, na medida em que o delinquente somente assim é considerado porque recebe essa etiqueta da sociedade e das agências de controle, que, voltados à manutenção do *status quo*, reproduzem assimetrias e rotulam seletivamente os indivíduos como “criminosos”.

No contexto brasileiro, essa seletividade é perceptivelmente observada através da criminalização secundária*, especialmente a partir do mau uso do reconhecimento fotográfico, na medida em que se observa uma persecução penal voltada principalmente a atingir a população negra.

Para demonstrar essa relação, toma-se como base os dados colhidos numa pesquisa realizada pela Comissão Criminal do Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais, em parceria com a Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Segundo o primeiro relatório realizado (2020), cerca de 58 (cinquenta e oito) erros judiciais envolvendo o uso do reconhecimento fotográfico foram encontrados nos processos criminais presentes no Estado do Rio de Janeiro, sendo que, neles, 80% (oitenta por cento) dos suspeitos cuja informação racial estava inclusa, eram negros.

No segundo relatório (2021), referente ao período de 2012 a 2020, e realizado em 10 (dez) estados diferentes, dos 32 (trinta e dois) processos criminais analisados, em 83% (oitenta e três por cento) deles os condenados injustamente também eram autodeclarados negros.

Na análise dos mesmos dados, observam Lopes Júnior e Oliveira (2022) o quanto o atual reconhecimento fotográfico de pessoas é dotado de fragilidade probatória não somente pela possibilidade de este ser induzido e das consequências das falsas memórias, mas também pela escancarada influência do racismo estrutural.

Também importa mencionar que o perfil da maioria dos casos envolvendo condenações injustas baseadas apenas num reconhecimento fotográfico irregular é o mesmo da esmagadora população carcerária na atualidade brasileira. Conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022), na análise da distribuição da raça/cor da população presa, em 2021, foi verificado que 67,5% dos encarcerados são autodeclarados negros.

Os números colacionados apenas reforçam o quanto o racismo estrutural é presente na sociedade brasileira. A ideia da “normalidade” do encarceramento em massa dos negros e os

* Para ZAFFARONI *et al.* (2003), o processo de criminalização secundária corresponde ao próprio poder punitivo do Estado, o qual é realizado pelas agências de criminalização secundárias através das ações do Ministério Público, das polícias, dos juizes, advogados e sistema carcerário. Em outras palavras, é a ação punitiva exercida.

estereótipos raciais influem diretamente na sistemática penal e na forma de filtragem dos “suspeitos”.

O emblemático caso do violoncelista Luis Carlos da Costa Justino também mostra como os fatores sociais e raciais têm incidido nas práticas do reconhecimento fotográfico. Em setembro de 2020, o músico foi preso com fundamento em um mandado de prisão preventiva expedido em 2017, dando conta de sua suposta participação num crime de roubo ocorrido naquele ano.

A constatação de sua participação, contudo, se deu unicamente a partir de um reconhecimento fotográfico feito através da exibição de fotos de Justino num álbum de suspeitos, na delegacia, sem que houvesse transparência quanto ao critério de inclusão de suas fotos, previamente selecionadas.

Tratava-se, na realidade, de um jovem, negro e músico, de bons antecedentes, sem qualquer passagem pela polícia, que, ainda assim, possuía sua foto previamente catalogada num álbum de suspeitos, sem que os autos do inquérito policial demonstrassem quais foram as diligências anteriores realizadas para se chegar em Justino como suspeito e qual foi o procedimento adotado na inclusão de suas imagens pessoais.

Na decisão de revogação de sua prisão, o próprio magistrado reconheceu as obscuridades que pairam o caso, especialmente porque inexistia qualquer transparência quanto ao procedimento adotado. Seguem alguns trechos da decisão importantes de se colacionar:

São muitas as objeções que se pode fazer ao reconhecimento fotográfico. Primeiro, porque não há previsão legal acerca da sua existência, o que violaria o princípio da legalidade. Segundo, porque, na maior parte das vezes, o reconhecimento fotográfico é feito na delegacia, sem que sejam acostadas ao procedimento “as supostas fotos utilizadas” no catálogo, nem informado se houve comparação com outras imagens, tampouco informação sobre como as fotografias do indiciado foram parar no catálogo, o que viola a ideia de cadeia de custódia da prova.

[...]

Precisamente sobre o caso, causa perplexidade como a foto de alguém primário, de bons antecedentes, sem qualquer passagem policial vai integrar álbuns de fotografias em sede policial como suspeito. Nota-se que às fls. 46 (docs 0000044) consta “após analisar o álbum de fotografia de suspeitos”.

Da análise dos termos de declarações (0000029) e do relatório do inquérito (0000044) às fls. 46, percebe-se que **no mesmo dia a vítima registrou o fato e já lhe foi apresentado um álbum de suspeitos**. Se este álbum não foi constituído de uma prévia investigação sobre os fatos, o que levou a supor que certos indivíduos possam ter participado do crime, este álbum de suspeitos só pode significar na acepção do Dicionário Aurélio, um álbum de pessoas “que inspiram desconfiança”. **Indaga-se: por que um jovem negro, violoncelista, que nunca teve passagem pela polícia, inspiraria “desconfiança” para constar em um álbum? Como essa foto foi parar no procedimento?**

[...]

Em resumo, um suspeito sem investigação prévia, que já é apresentado em um álbum no ato do registro da ocorrência, é um suspeito que precede o próprio fato. É uma espécie de suspeito natural (TJ-RJ, Comarca de São Gonçalo, Processo n. 0021082-75.2020.8.19.0004, p. 5-7, grifos nossos).

Como bem observado, a utilização do “álbum de suspeitos” sem qualquer critério de filtragem é extremamente perigosa. A realidade brasileira, demonstrada por tais exemplos do cotidiano, vem a dar vivacidade ao *labelling approach*, de forma que os negros, em uma direta violação ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88), são etiquetados como “presumidamente suspeitos” aos olhos da população e das agências de controle secundárias.

A seletividade penal, portanto, é fortalecida pelo racismo ainda arraigado na sociedade

brasileira. Somado a isso, o uso do reconhecimento fotográfico sem qualquer padronização ou mínimo respeito às formalidades legais se torna uma porta aberta à forte influência dos preconceitos e estigmas (ainda que de maneira inconsciente) no ato do reconhecimento.

Não se pode olvidar da eminente subjetividade na qual é constituído o reconhecimento, seja pessoal ou fotográfico, estando a memória humana sujeita a erros, induzimentos e falhas. Ainda assim, o Código de Processo Penal, mesmo prevendo mínimas diretrizes formais, trata a questão ignorando as particularidades da memória, e, no caso do reconhecimento fotográfico a situação se mostra mais grave diante da ausência de protocolos pré-estabelecidos para o seu uso, mesmo porque não há previsão legal para esse tipo de prova.

Nesse contexto, não se deve permitir o uso desregrado do reconhecimento por fotografia. É preciso, pois, que haja um ajuste entre as instâncias de toda a persecução penal, desde a abordagem policial, passando pelos procedimentos inerentes ao inquérito policial e, posteriormente, a denúncia, até a própria análise judicial do caso.

A “mera” mudança jurisprudencial não se mostra suficiente numa sociedade estruturalmente racista; é necessário, também, uma mudança de cultura social e jurídica, tendo em vista que o histórico das condenações injustas é nada mais que o conjunto de irregularidades existentes no bojo do inquérito chanceladas durante o processo criminal.

Abre-se espaço, nessa perspectiva, para se analisar a aplicabilidade da literatura estrangeira quanto aos estudos da psicologia do testemunho no processo legislativo e na preparação das polícias, dos delegados, promotores de justiça e magistrados nas suas respectivas atuações, especialmente nos casos em que se procede com o reconhecimento por fotografia.

Baseados nesses estudos, Matida e Cecconelo (2021) refletem, por exemplo, sobre a possibilidade de criação de um banco de fotografias de não-suspeitos, a partir do auxílio de softwares a criar imagens com versões de pessoas semelhantes ao suspeito previamente descrito pela vítima ou testemunha. Nessa situação, as imagens geradas serviriam como um filtro para a pessoa que irá proceder com o reconhecimento, buscando-se, assim, um alinhamento justo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, conclui-se que o objetivo do trabalho foi devidamente atingido, posto que, como visto, os casos de erros judiciais envolvendo o uso irregular do reconhecimento fotográfico como meio de prova têm, em sua maioria, colocado os negros como principais vítimas de condenações criminais injustas.

Através dos aportes passados, verifica-se que, mesmo com a ruptura da colonização, através da Proclamação da República, o Brasil não extinguiu os traços advindos do regime colonial e do sistema escravagista. Na realidade, a construção social, política e econômica do país mostra que a abolição da escravidão foi substituída por práticas discriminatórias, que acabaram se enraizando nas entranhas da sociedade brasileira.

Os resquícios disso se resumem, em miúdos, em marginalização e discriminação, de modo que a sociedade e o Estado reproduzem, ainda que inconscientemente, as condições de desigualdades que torna o tratamento para com os negros seletivo.

No âmbito da persecução penal a situação também não é diferente. Pelos dados obtidos através da pesquisa feita pela Defensoria Pública e do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, percebe-se que os estereótipos raciais da pessoa investigada influem diretamente no seu tratamento processual e na construção do “perfil criminoso”, o que fomenta e facilita o encarceramento em massa da classe estereotipada.

Consequentemente, nota-se, a partir da vertente do *labelling approach*, que o sistema penal, através das agências de controle, e a própria sociedade reforçam a seletividade a partir

do etiquetamento dos negros como “potenciais suspeitos”, numa verdadeira ofensa ao princípio da presunção de inocência. Isso ocorre, invariavelmente, porque a sociedade é estruturalmente racista. Implica dizer que a própria estrutura do sistema funcionando dentro da sua normalidade, da forma em que é constituído, reproduz as condições de desigualdade, colocando os negros na esfera da seletividade penal. O racismo estrutural, portanto, consiste na normalização desse comportamento.

Nesse contexto, o uso do reconhecimento fotográfico também sofre influência dos fatores raciais, os quais direcionam o próprio ato e tendem a ser potencializados quando não observados mínimos requisitos legais. Essa situação é perceptível especialmente quando se analisa a presença do “álbum de suspeitos” no cotidiano das delegacias e da atividade policial. Há, nesse caso, uma pré-seleção, consistente num etiquetamento dos desviantes da sociedade, os quais, em razão das raízes culturais do racismo no Brasil, acabam sendo, em sua maioria, negros.

Não se olvida que o reconhecimento, como prova dependente essencialmente da memória, também sofre influência de diversos fatores que lhe são inerentes e que podem distorcer a verdadeira recordação existente sobre os fatos. Diante da psicologia cognitiva, a criação de falsas memórias, as condições objetivas e subjetivas do crime, além do próprio efeito gerado nas emoções da vítima ou testemunha no momento delitivo, são apenas exemplos do quão sujeita a falhas a memória humana está.

A desobediência a um regramento mínimo estabelecido também conduz a um reconhecimento falível, dada a grande possibilidade do induzimento do ato, notadamente no caso do “show-up”. E ainda que a legislação processual vigente preveja regras para o reconhecimento pessoal, percebeu-se o quanto inexitem protocolos específicos para o reconhecimento fotográfico, que sequer é previsto na lei. Contudo, isso não implica dizer que a prova inominada possa ser arbitrária, burlando a sistemática e a principiologia penal presentes.

Do contrário, exatamente por ausência de previsão legal é que o reconhecimento fotográfico merece uma atenção jurídica especial, ainda mais quando a forma na qual ele é utilizado abre margem para arbitrariedades e para a perpetuação do racismo e da própria seletividade penal. Importa mencionar que, se tratando de uma problemática complexa e cultural, a mera mudança jurisprudencial do entendimento do Superior Tribunal de Justiça não se mostrou suficiente para a quebra desse paradigma.

A crítica que se faz, portanto, não é diretamente ao reconhecimento fotográfico em si, mas na forma em que ele vem sendo utilizado e na ausência de padronização nos procedimentos de coleta dessa prova. É possível admitir a utilização das fontes de fotografias, desde que produzidas de forma criteriosa, obedecendo os critérios da lei e seguindo técnicas da psicologia do testemunho (leia-se, jurídica), também necessitando ser corroboradas por demais provas.

Modificações legislativas e criações de protocolos mínimos para a consecução do reconhecimento fotográfico podem, nesse contexto, conferir uma maior credibilidade ao ato, já que estaria devidamente revestido de legalidade e, assim, haveria um alinhamento de condutas e decisões tomadas entre as instituições que compõem o polo da persecução penal.

Consigna-se, ainda, que o estudo da temática não se esgota por aqui, mesmo porque o que se busca é a maximização dos procedimentos investigatórios e das provas processuais em consonância aos princípios e garantias fundamentais do devido processo legal e da presunção de inocência.

Por fim, resta necessário um olhar mais crítico do próprio Estado e das suas instituições de controle sobre o alerta do atual uso do reconhecimento fotográfico. Nesse sentido, sugere-se a criação de protocolos, norteados pelas técnicas de inquirição da psicologia do testemunho, aliado a uma maior capacitação, através de cursos específicos, dos agentes que compõem o polo da persecução, a fim de que se proporcione a possibilidade da diminuição dos riscos da falibilidade num ato de reconhecimento, de modo a se rechaçar práticas desreguladas que atualmente

têm contribuído diretamente na seletividade penal brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. Belo Horizonte: Letramento. 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2002.

BETHENCOURT, Francisco. **Racismos**: das Cruzadas ao século XX. São Paulo: Companhia das Letras. 2017.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. 1ª edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais; Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Relatórios indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico**. 2021. Disponível em: <http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prisoas-injustas-aposreconhecimento-fotografico/>. Acesso em: 31 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 598.886/SC**, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma. Julgado em 27 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em: 03 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 1002962/2017**. Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Julgado em 13 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/672712505>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 652284 SC 2021/0076934-3**, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Julgado em 27/04/2021, T5 - Quinta Turma. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205807919/inteiro-teor-1205808137>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Comarca de São Gonçalo. **Processo nº. 0021082-75.2020.8.19.0004**. Relaxamento de prisão preventiva. Juiz de Direito André Luiz Nicolitt. Julgado em 05 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/soltura-musico-niteroi.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**.

Ano 16. ISSN 1983-7364. 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. IBGE. Diretoria de Pesquisas, coordenação de população e indicadores sociais. **Informação Demográfica e Socioeconômica**. N. 41. ISBN 978-85-240-4513-4. 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 03 nov. 2022.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: O longo caminho**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2013.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 7ª ed. São Paulo: SaraivaJur. 2022.

COUTO, Jorge. **A construção do Brasil: ameríndios, portugueses e africanos, do início do povoamento a finais de Quinhentos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

DIAS, Camila Cassiano. “Olhos que condenam”: Uma análise autoetnográfica do reconhecimento fotográfico no processo penal. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 47, n. 148, Junho, pg. 329 – 356. 2020.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Direito penal e processo penal: processo penal I**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. v. 6. Acesso em: 07 nov. 2022.

GOMES, Laurentino. **1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e proclamação da República no Brasil**. 1ª edição. São Paulo: Globo. 2013.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 2ª ed. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1997.

LEMERT, Edwin McCarthy. **Human Deviance, Social Problems and Social Control**. New York. 1967.

LOFTUS, Elizabeth F. Creating false memories. **Scientific American**, v. 277, n. 3, p. 70-75, 1997.

LOPES JR., Aury; OLIVEIRA, Jhonatan. **A influência do racismo estrutural no uso do reconhecimento fotográfico como meio de prova**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-14/limite-penal-racismo-estrutural-reconhecimento-fotografico-meio-prova>. Acesso em: 03 maio 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William Weber. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, ISSN: 2525-510X. V. 7. N. 1.

2021. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/506>. Acesso em: 23 mar. 2022.

MELO *et al.*. As condenações por reconhecimento fotográfico e a influência da seletividade racial no sistema punitivo brasileiro. **Confluências**. ISSN: 1678-7145. E-ISSN: 2318-4558. Niterói/RJ V.24, N.1, jan-abril. 2022.

MUNANGA, Kabengele. **Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra**. 5ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2022.

REAL, S.; FARIÑA, F.; ARCE, R. Reconocimiento de personas mediante ruedas de identificación. **Psicología e investigación judicial**. Madrid: Fundación Universidad Empresa.

SANCHES KERR, Vera Kaiser. **Provas no processo penal**. São Paulo: Saraiva. 2011.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

SCHETTI CRUZ, Rogério. Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: Considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 2, p. 567-600, mai./ago. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.717>.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos. Ministério da Justiça. 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf Acesso em: 03 maio 2022.

STEIN, Lilian M. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed. 2010.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Filtragem racial na abordagem policial e a “estratégia de suspeição generalizada” e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 135. Ano 25. P. 189-229. São Paulo: Ed. RT. 2017.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito: tradução no Ocidente e no Brasil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.*. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan. 2003.