

revista do cepej

centro de estudos e pesquisas jurídicas

Vol. XXV
2023/24

ISSN ELETRÔNICO 2595-3435



Adriana Menezes | Ana Carolina Silva e Santos | Clara de Lima Silva
Mascarenhas | Débora Monteiro Souza Santos | Diogo Meira Silva Lopes |
Felipe Rocha de Souza | Luiza de Amorim Miranda | Maria Eduarda Cerqueira
Pinheiro | Maria Luiza Silva Oliveira | Micheline Flores Porto Dias | Natália
Rodrigues Carvalho | Pedro Paixão Coelho | Pedro Victor Carvalho | Rodolfo
Felix Almeida | Sara Cortês | Víviann Roberta Rosário Fonseca

XXV REVISTA DO CEPEJ

*CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISA JURÍDICAS DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA
BAHIA*

SALVADOR - BAHIA

2023/24



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

XXV REVISTA DO CEPEJ

*CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISA JURÍDICAS DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA
BAHIA*

SALVADOR - BAHIA

2023/24

PUBLICAÇÃO ANUAL DO CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JURÍDICAS DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos, embora não publicados. Os artigos são divulgados no idioma original ou traduzidos.

Edição eletrônica

Distribuição: Todo território Nacional.

Revista do CEPEJ, v.25 - 2025 - Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia - CEPEJ, 2025

fls. 224
v. 25

ISSN 2595-3435

1. Direito - Periódico

CDD 340.05

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial sem indicação da fonte.

CEPEJ

CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JURÍDICAS

SECRETÁRIOS DO REVISTA

SECRETÁRIO: *Bruno Miguel Almeida Gomes.*

VICE-SECRETÁRIO: *Pedro Lucas Coutinho de Matos Macedo.*

CONSELHO EDITORIAL

Ana Carolina Gonzaga Estrela Ferreira

Ana Luísa de Souza Menezes

Arthur Ribeiro Santavico

Bruna Santos da Silva

Bruno Miguel Almeida Gomes

Emanuelle Aparecida Oliveira Santos

Gabriel Moura Caires Brilhante

Lara Nunes Barbosa Nogueira

Laura Luz Teles

Maria Eduarda Hennrichs Menezes

Maria Isabel Cordeiro da Silva Calado

Paulo José de Carvalho Santos

Pedro de Souza Leal

Pedro Lucas Coutinho de Matos Macedo

Raniele Alves Souza

Roberta Santa Rosa Nunes da Silva

Udma Uldiery Oliveira Silva

Victoria Ellen Santana da Cruz

CONSELHO DE PARECERISTAS AD HOC

Professor Pós-Doutor Clarindo Epaminondas - Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC - Santa Catarina - SC. Email: clarindoneto@gmail.com.

Professor Doutor Daury Cesar Fabríz - Universidade Federal do Espírito Santo - UFES - Vitória - ES. Email: gabrielffonseca@gmail.com.

Professor Doutor Gabriel Ferreira da Fonseca - Centro Universitário de Salvador - UNICEUSA - Salvador - Bahia. Email: gabrielffonseca@gmail.com.

Professor Doutor Jorge Alberto Araújo de Araújo - Universidade Federal do Maranhão - São Luís - MA. Email: jorgeaaabr@gmail.com.

Professor Doutor José Danilo Tavares - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ, Rio de Janeiro - RJ. Email: jdanilotl@hotmail.com.

Professor Doutor Luciano Nascimento Silva - Universidade Estadual do Paraíba - UEPB, Paraíba - PB. Email: lucianonascimento@servidor.uepb.edu.br.

Professor Mestre Lucas Carvalho dos Santos - Faculdade de Petrolina - FACAPE - Pernambuco - PE. Email: lucas.adv@outlook.com.

Professora Doutora Paloma Mendes Saldanha - Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP - Recife - Pernambuco. Email: paloma.saldanha@unicap.br.

Professora Doutora Priscila Akemi Beltrame - Faculdade Anhanguera. Email: priscilabeltrame@uol.com.br.

SUMÁRIO

1. VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19: COMO TRATAR A RECUSA VACINAL EM ESPAÇOS DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE?	12
2. OS JUÍZOS SINTÉTICOS DA TEORIA DO CONHECIMENTO E O SURGIMENTO DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL	32
3. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA CONSTRUÇÃO DE ESTEREÓTIPOS CRIMINAIS E AS NOVAS FORMAS DE CONTROLE NA ERA DA INFORMAÇÃO	46
4. NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA FAINOR: AS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS GARANTIDORES DO ACESSO À JUSTIÇA	66
5. A SUPERJUDICIALIZAÇÃO E SEU EFEITO NO ACESSO À JUSTIÇA	92
6. POLÍTICAS DE AUSTERIDADE, TRIBUTOS E DIREITOS HUMANOS	108
7. O ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA E OS DESAFIOS NA CONTEMPORANEIDADE.	133
8. PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO: PANORAMA GERAL E DESDOBRAMENTOS NO GOVERNO BOLSONARO	161
9. UMA ABORDAGEM PROCESSUAL SOBRE O RECONHECIMENTO DE PESSOAS	184
10. DIREITO, LITERATURA E MEMÓRIA SOB O OLHAR DE “TORTO ARADO”: REFLEXÕES SOBRE A QUESTÃO AGRÁRIA, RELAÇÕES RACIAIS E DE GÊNERO NO CAMPO	207

EDITORIAL

Nos últimos anos a pesquisa científica no país sofreu severos abalos e descredibilização, enfrentando verdadeira prova de resistência para atravessar esse período sem perder o mérito e a qualidade. Seja pela consolidação das redes sociais e sua disponibilização rápida e fácil de informações, seja pelo combate ativo que atores sociais e políticos utilizam para descredibilizar a pesquisa. Diante disso, a publicação desta coletânea se revela enquanto parte do esforço conjunto para a manutenção da pesquisa no país.

Esta edição é um símbolo de orgulho e comemoração para o CEPEJ. Afinal, foram dois anos dedicados à criação, correção e editoração desta coletânea que muito nos ensinou e ensinará para aqueles que buscam o conhecimento. Cada artigo aqui publicado carrega as marcas invisíveis do trabalho exercido, como também das dúvidas, anseios e obstáculos que foram corajosamente enfrentados pelos nossos editores, articulistas, pareceristas e demais colaboradores que permitiram esta edição ser possível.

Assim, agradecemos a paciência dos articulistas enquanto realizamos esta operação, exaltamos a acuidade que cada parecerista aplicou na leitura dos artigos e homenageamos o zelo de nossos editores para cada etapa e desafios enfrentados. Graças às atividades acima citadas, a revista do CEPEJ alcança a sua XXV edição e, cumpre mais uma vez, a sua missão de levar a pesquisa no direito para o além-muros da nossa egrégia FDUFBA. Em nome de todos que participaram deste projeto, os nossos mais sinceros agradecimentos

Nossos sinceros agradecimentos ao ex-secretário Pedro Milheiro, que sem a sua enorme ajuda e orientação essa coletânea não seria o que é hoje.

Muito obrigado!

ARTIGOS

VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19: COMO TRATAR A RECUSA VACINAL EM ESPAÇOS DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE?

Adriana Menezes¹

RESUMO: A superlotação do sistema prisional brasileiro traz consigo uma série de obstáculos à autonomia individual, assim como nega necessidades básicas de higiene para a dignidade pessoal dos detentos. Durante a pandemia de COVID-19 o alto contingente de pessoas por cela acentuou a possibilidade de contaminação do referido vírus, dada a sua alta transmissibilidade. Com o emergir de um imunizante, os debates sobre a obrigatoriedade de vacinação contra a doença se intensificaram no mundo fora das prisões. Enquanto isso, dentro das prisões brasileiras pairou o questionamento sobre o direito à recusa vacinal, sendo esta uma garantia de autodeterminação dos reclusos, contudo, salienta-se que se choca com a proteção da vida e da saúde de seus companheiros. Portanto, este trabalho busca debater o respeito à autonomia dos detentos brasileiros no que diz respeito à recusa de vacinação contra a COVID-19. Objetiva-se, assim, explorar meios de garantir a autonomia individual das pessoas privadas de liberdade que optem por não se vacinar, considerando a proteção da vida e da saúde de seus companheiros. O trabalho foi norteado por um método hipotético-dedutivo, amparado pelo comparativo; ainda será uma pesquisa qualitativa, com análises bibliográfica e documental. Como resultado dos cenários avaliados para que se possa salvaguardar o direito de não se vacinar de alguns detentos e a saúde de outros, o ideal seria ainda a criação de espaços separados para aqueles que optassem pela não vacinação, embora seja reconhecido que as prisões brasileiras não estão estruturalmente prontas para isso. Porém, diante da gravidade da doença, este caminho deveria ser pensado para que haja a garantia do direito à autodeterminação dessa população. Para isso, seria necessária também uma mudança na forma como a sociedade e o Estado enxergam esses sujeitos: compreendendo o sistema prisional como um local de castigo e vingança social ao detento.

Palavras-chave: COVID-19; Autonomia individual; Recusa vacinal; Sistema Prisional; Direito Penal.

ABSTRACT: The overcrowding of the Brazilian prison system brings with it a series of obstacles to individual autonomy, as well as denying basic hygiene needs for the personal dignity of inmates. During the COVID-19 pandemic, the high number of people per cell increased the possibility of contamination by the aforementioned virus, given its high transmissibility. With the emergence of an immunizer, debates about mandatory vaccination against the disease intensified in the world outside prisons. Meanwhile, within Brazilian prisons, there was a question about the right to refuse vaccination, which is a guarantee of self-determination for inmates, however, it should be noted that it clashes with the protection

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bolsista de Iniciação Científica FAPESP no período de 2021 à 2022. Pesquisadora Visitante da Universidade de Coimbra no período de 04/2022 a 07/2022.

of the life and health of their companions. Therefore, this work seeks to debate respect for the autonomy of Brazilian inmates with regard to refusing vaccination against COVID-19. The aim, therefore, is to explore ways of guaranteeing the individual autonomy of people deprived of their liberty who choose not to be vaccinated, considering the protection of the lives and health of their companions. The work was guided by a hypothetical-deductive method, supported by comparison; It will still be a qualitative research, with bibliographic and documentary analysis. As a result of the scenarios evaluated in order to safeguard the right not to be vaccinated of some inmates and the health of others, the ideal would still be to create separate spaces for those who choose not to be vaccinated, although it is recognized that Brazilian prisons do not are structurally ready for this. However, given the severity of the disease, this path should be considered so that the right to self-determination of this population is guaranteed. For this, it would also be necessary to change the way society and the State see these subjects: understanding the prison system as a place of punishment and social revenge for the inmate.

Keywords: COVID-19; Individual autonomy; Vaccination refusal; Prison System; Criminal Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Sobre a Autonomia Individual; 2.1. Considerações sobre a Autonomia Individual no Cárcere; 3. Da Recusa Vacinal no Cárcere Brasileiro; 3.1. Panorama da Adesão à Vacinação contra a COVID-19 nos Presídios Brasileiros; 3.2. O Tratamento da Recusa Vacinal por Detentos; 3.2.1 Subsunção da Recusa Vacinal por Detentos ao Art. 268 do CPB; 3.2.2. Separação dos detentos recalcitrantes; 3.2.3 Reconhecimento de Falta Grave; 4. Considerações Finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia de COVID-19 tomou o mundo inteiro de surpresa, para tentar frear a sua proliferação, foram necessárias novas medidas para adaptar o cotidiano a um vírus de alta transmissibilidade. O trabalho e o ensino à distância foram instaurados, a implementação de horários restritos para estabelecimentos, a obrigatoriedade do uso de máscara, entre tantas outras medidas foram tomadas na primeira metade de 2020. Uma das medidas consideradas indispensáveis para o enfrentamento do vírus era a proibição de aglomerações de pessoas, sobretudo em espaços fechados. Contudo, é importante ressaltar que tal determinação encontrou resistência no cárcere brasileiro, em virtude da já conhecida superlotação de celas.

As condições degradantes do sistema carcerário brasileiro são por vezes veiculadas para o resto do país. Celas superlotadas, alimentos insalubres, mínimas condições de higiene, entre outras violações fazem parte de uma fração do que a população brasileira sabe sobre os presídios no país. Antes de adentrar no foco deste trabalho, qual seja, o direito de autodeterminação da população carcerária à recusa vacinal, vale passar pela evolução da discussão acerca desse tema para os demais cidadãos.

Sem que existisse um imunizante com eficácia e segurança confirmadas contra a COVID-19, a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, em seu art. 3º, inciso III, alínea d), já fazia referência à vacinação compulsória contra a doença em questão². Tal previsão foi alvo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 6586 e 6587, a primeira ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e a segunda pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB).

A ADI 6586 defendia o dispositivo supramencionado, aduzindo o papel relevante da vacinação para o alcance da imunidade de rebanho. É importante salientar que o conceito de imunidade de rebanho se pauta na ideia de que os indivíduos não imunes, sobretudo aqueles que não podem se vacinar por questões de saúde, poderão ser beneficiados pelos imunes – por meio da recuperação da doença ou vacinação (Holland; Zachary, 2020). A ADI 6587, por sua vez, que alega a inconstitucionalidade do art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, sob a justificativa de que a vacinação compulsória nesse contexto, violaria os artigos 5º, caput, 6º e 196 e seguintes, da CF/88.

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou as ADIs em 2020, entendendo pela constitucionalidade da vacinação compulsória – desde que os imunizantes sejam seguros. Contudo, a Suprema Corte frisou a diferença entre vacinação compulsória e vacinação forçada, esta distinção é importante para salientar que o cidadão possui o direito de recusar o imunizante. Entretanto, é possível que o Estado, por meio de medidas indiretas, previstas em

² **Projeto de lei Nº 1.562, de 2020.** Altera a lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos durante a vigência das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da COVID-19. Atividade Legislativa. 2020.

lei, tais como a restrição ao exercício de determinadas atividades ou a entrada em estabelecimentos específicos, garanta que a população seja vacinada³.

Portanto, é legítimo que um indivíduo recuse a vacinação, porém, é necessário ter atenção se essa decisão vai de encontro ao interesse de terceiros. A título de exemplo, é legítima a decisão do profissional de saúde que atua ativamente contra a pandemia ao recusar a inoculação do imunizante em seu corpo.

Contudo, não é legítimo que siga desempenhando a sua profissão, dado o alto risco de transmissão aos seus colegas e aos pacientes. Nessa situação, nota-se que a legitimidade da recusa à vacinação reside puramente na sua vontade individual, ou seja, na autonomia do sujeito; contudo, a possível proibição está relacionada com o perigo concreto de transmissão – mesmo obedecendo às medidas de segurança necessárias (Siqueira; Soares, 2021, p. 26).

Retomando os sujeitos do tema central deste trabalho, qual seja, os detentos brasileiros. Pode-se dizer que, em tese, estas pessoas têm propriedade para exercer sua autonomia individual ao recusar a vacinação contra a COVID-19. Todavia, transpondo essa questão para a realidade dos presídios brasileiros, nos quais a superlotação de celas e a quase inexistência de políticas públicas de saúde imperam, emerge o questionamento a respeito das formas pelas quais pode ser garantido o direito à autonomia dos reclusos neste caso, de forma que se proteja a saúde dos demais. Considerando isso, o objetivo deste trabalho é realizar uma análise a respeito de qual seria a melhor solução para que seja certificado o direito à recusa da vacinação de determinados custodiados, ao mesmo tempo em que se possa proteger o direito à saúde daqueles que escolheram a vacinação.

³ “Isso posto, voto pela parcial procedência das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (I) **a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário**, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência”. (Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.586. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 17 dez. 2020)

Por conseguinte, neste artigo será apresentada a noção de autonomia individual, a qual será transposta para o cenário do cárcere brasileiro. Além da adesão ao imunizante no cárcere, a partir disso e de um caso concreto ocorrido no Mato Grosso, serão formuladas hipóteses para o tratamento da recusa vacinal pelos custodiados, tais hipóteses serão concebidas e avaliadas de acordo com a realidade brasileira no cárcere. Visto que a determinação sobre evitar lugares aglomerados dificilmente poderia ser imposta nesses ambientes, reforça-se que aqui se buscará destacar qual seria a melhor solução para a recusa à vacinação por detentos brasileiros.

2. SOBRE A AUTONOMIA INDIVIDUAL

A CRFB não menciona a autonomia explicitamente, porém, esta decorre dos direitos de liberdade e da dignidade humana (Toller, 2012), este último elencado como um dos princípios basilares da República Federativa do Brasil. Além disso, comumente, a dignidade da pessoa humana é considerada como uma característica intrínseca à natureza do indivíduo, de modo que a autonomia se encontra intimamente relacionada ao direito fundamental à liberdade de ação, tornando-se, assim, parte essencial do núcleo da dignidade humana (Siqueira, 2019, p. 63).

Antes de prosseguir, para que seja possível abordar a legitimidade de recusa vacinal por pessoas privadas de liberdade (PPL), no contexto do imunizante contra a COVID-19, é preciso tratar sobre o que se entende por autonomia, tendo em mente que esse é um termo com múltiplos significados. A título de exemplo, Dworkin (1988, p. 48) estabelece como autonomia como a capacidade de um indivíduo, de maneira crítica, refletir sobre aceitar ou modificar traços da sua personalidade, tais como valores, preferências etc.

Outrossim, por sua vez, (Feinberg, 1986, p.28) entende que o termo autonomia tem quatro significados: a capacidade de governar a si mesmo; a real condição para autodeterminação; um ideal de caráter associado à autossuficiência; ou, fazendo analogia aos Estados, a autoridade soberana para se autogovernar. Em todos esses sentidos, observa-se que o autor relaciona a autonomia com a independência, em algum nível.

Para os fins deste trabalho, a autonomia será entendida como o “direito de viver segundo a sua própria concepção de vida boa, conferindo ao indivíduo o domínio soberano

sobre seu próprio corpo” (Siqueira, 2019, p. 468). Será considerado, ainda, que a autonomia consiste em um conjunto de direitos de liberdade, que se concentram na “vedação de interferências na esfera da subjetividade de outrem nos casos em que as atitudes autônomas não lesionem terceiros” (Neto, 2014).

Entretanto, há limites para a autonomia individual, principalmente quando ocorre a afetação de terceiros. A partir disso surgem sugestões de caráter paternalista – que não serão aprofundados neste trabalho – os quais apontam a prerrogativa do Estado em proteger o indivíduo, assim como de sacrificar a autonomia deste em prol da coletividade.

Com a intenção de compreender até que ponto se sustenta a autonomia do sujeito em um caso específico, é possível usar o teste da *universalizabilidade*, o qual preconiza que “a esfera de autonomia de um não pode negar a esfera de autonomia de outro, mas deve com ela se coadunar” (Siqueira, 2019, p. 54). O que o referido teste busca assegurar é que todo indivíduo tenha sua autonomia respeitada, desde que não afete a autonomia do próximo.

2.1. Considerações sobre a autonomia individual no cárcere

Comumente, quando se pensa em autonomia, a liberdade de locomoção ou a liberdade para agir conforme seus desejos é o que surge à mente. A partir dessa compreensão, certamente a autonomia dos detentos brasileiros está restrita por conta de uma pena privativa de liberdade. Porém, aqui, deve-se considerar a autonomia como direito de o indivíduo manter suas convicções morais, as quais moldam a sua personalidade (Neto, 2014).

Tendo em vista que a autonomia individual é inerente ao ser humano, haja vista a sua relação com a dignidade humana, pergunta-se se o direito de se autodeterminar conforme suas convicções – filosóficas, morais ou religiosas – deve ser suprimido, em virtude da aplicação de penas privativas de liberdade. Sobretudo se for levado em consideração que no sistema carcerário brasileiro, o detento não somente deixa de dispor de sua liberdade, como também, por questões externas, é privado de componentes da dignidade humana.

Pode-se observar que algumas interferências na autodeterminação, utilizadas para homogeneizar o contingente de custodiados – como o uso de uniformes – são capazes de gerar um impacto na identidade do sujeito (Barcinski; Cúnico, 2014). Contudo, existem temas relacionadas às convicções pessoais, as quais povoam somente a intimidade do sujeito,

tais como a religião, a filosofia de vida adotada; ou mesmo aspectos mais básicos, como gostos e desejos. Esses aspectos dificilmente poderão ser uniformizados em sua totalidade durante a vida no cárcere e, fundamentalmente, não devem ser coagidos à tal uniformização.

Como exemplo de iniciativa que contribui para manter a individualidade dos apenados, a Lei de Execução Penal (LEP), em seu art. 41, inciso IV, disciplina como um direito do detento, a permissão para cultos religiosos nas prisões, de modo que os detentos possam participar das cerimônias de suas respectivas religiões (Braga, 2021).

No cenário de vacinação, fortemente atrelado à autonomia, além de a integridade física ser um dos fatores evocados, tendo em vista que esta será exercida de maneira mais eficaz quando o indivíduo tiver amplo acesso à informação sobre a eficácia e ação do imunizante. Também se está diante dos direitos fundamentais à liberdade de crença e de convicção filosófica, os quais, contudo, não estão totalmente separados da integridade física, uma vez que este é um conceito que tem uma dimensão psicológica. Isto porque as intervenções no corpo do indivíduo podem deixar sequelas e ecoar na esfera de sua mente (Moraes; Castro, 2014).

Portanto, o intuito de preservar a autonomia está relacionado com a proteção à integridade física – e psicológica – do sujeito, uma vez que são aspectos que não estão dissociados. Com isso, explicita-se que a relação entre autonomia e direito à integridade física tem por objetivo garantir a inviolabilidade do corpo do titular, porém, a partir dessa leitura, é possível inferir que “a autonomia também atribui ao indivíduo o direito de dispor do seu corpo, caso o queira” (Fabbro, 1999).

Vale ressaltar, aqui, que ao tratar da recusa à vacinação no contexto do cárcere, a referência que se faz é àqueles custodiados que por convicções de ordem religiosa, filosófica e afins, optam por não se vacinar. Dito isso, ao ser aplicado o *teste de universalizabilidade* no caso da recusa vacinal do imunizante contra a COVID-19, por presidiários brasileiros, alguns problemas podem ser observados. Sobretudo quando se tem conhecimento da superlotação dos presídios no Brasil, oriunda da – exaustivamente discutida – falta de preocupação estatal em relação a esse grupo, que surge no entendimento de que as prisões são feitas para castigar, deixando de lado a ideia de ressocializar os reclusos (Oliveira; Santos, 2022).

3. DA RECUSA VACINAL NO CÁRCERE BRASILEIRO

Em meio à pandemia, a OMS lançou um guia para a prevenção do contágio pela COVID-19 nos estabelecimentos prisionais. O documento parte da premissa de que as PPL estão mais vulneráveis à contaminação pelo vírus, pois encontram-se reclusas – com outros indivíduos – por um longo período de tempo, em espaços com dificuldade de acesso à higiene pessoal (Who, 2021).

3.1. Panorama da adesão à vacinação contra a COVID-19 nos presídios brasileiros

Desde as primeiras notícias a respeito da viabilidade de um imunizante seguro e eficaz contra a COVID-19, os debates sobre os grupos prioritários para a vacinação já estavam presentes, entre os grupos apontados estava o das PPL no país. Tal preocupação com essa população durante a pandemia foi ressaltada pela Organização das Nações Unidas (ONU), ao alertar para a superlotação de presídios, principalmente, nas Américas (ONU News, 2020).

A ONU demonstrou-se especialmente preocupada com as prisões no Brasil, haja vista o elevado número de apenados e os obstáculos estruturais presentes nesses estabelecimentos. Visto que, além de colocar em risco a saúde e a vida desses indivíduos, há, ainda, o risco de fugas por conta das péssimas condições de higiene e, por conseguinte, a dificuldade de prevenção do contágio pela doença. Isto foi o que ocorreu em Manaus, onde custodiados da Unidade Prisional de Puraquequara fizeram agentes penitenciários reféns, por conta da inércia estatal diante de mais de 300 presos contaminados (Calvi, 2020).

Outrossim, um surto da doença em um estabelecimento prisional não só põe em situação vulnerável os detentos e trabalhadores desses locais, é possível, também, que ocorra um espalhamento desses casos para a comunidade no entorno desses lugares. Sendo assim, proteger todo o corpo social dos presídios significa proteger toda uma coletividade (Schacht, 2021).

Dado o exposto, ressaltou-se a importância de inserir as PPL no rol dos grupos prioritários para o recebimento da imunização contra a COVID-19. O argumento para tal inserção foi pautado na superpopulação dos estabelecimentos prisionais no Brasil. Em vista das incontáveis violações à dignidade humana encontradas no sistema prisional brasileiro, que – entre outras questões – se reflete também na privação de condições básicas de higiene e

saúde, voltou-se um olhar cauteloso para o espraçamento dos casos de COVID-19 nessa população.

Isto porque a maioria dos indivíduos privados de liberdade no país, encontram-se em celas lotadas e sem muita ventilação. Além de contar com a impossibilidade de manter as recomendações de higiene pessoal recomendadas pelas autoridades de saúde – sobretudo a orientação de evitar lugares lotados – e da falta de acesso aos equipamentos de proteção individual disponíveis (Simas et al, 2021). Sendo assim, os apenados brasileiros seguiram em espaços insalubres e a dificuldade de acesso à saúde, que já era um entrave antes da pandemia, se intensificou nesse período, demonstrando, assim, a negligência estatal no que concerne à saúde desses indivíduos (Lermen, 2022).

Em vista desse cenário de lotação de celas, a estimativa é de que cada preso infectado coloca em risco de infecção até 10 pessoas, enquanto que fora das prisões esse número cai para 3 pessoas em risco de infecção. Analisou-se que os momentos em que estes sujeitos estão passíveis de contaminação são “na abordagem para a prisão, nas transferências de presos entre casas prisionais, durante as visitas no cárcere, inclusive de advogados, e na distribuição cruzada de funcionários” (Benetti et al, 2021).

Com a chegada do imunizante ao Brasil, o Ministério da Saúde elaborou o Plano Nacional de Operacionalização da Vacina contra a Covid-19, no qual foram elencados os grupos considerados prioritários, tomando por base as diretrizes da OMS. Nessa lista, encontram-se as PPL.

O monitoramento da imunização dos PPL no Brasil, foi realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da emissão de boletins informativos a respeito dos números de infectados e vítimas fatais da doença, os quais foram interrompidos em dezembro de 2022. No último boletim do CNJ (2022, p. 4), as prisões estaduais contavam com 633.903 apenados com o esquema vacinal completo desde abril de 2021 – com duas doses do imunizante ou dose única. Destes, 469.443 também receberam uma dose adicional.

Com base nos dados acima mencionados, nota-se que houve, nas prisões dos estados, uma quantidade significativa de detentos vacinados. Isto se deu, sobretudo, por conta das campanhas voltadas para a sensibilização da comunidade no cárcere em relação aos cuidados

para prevenção da doença, além da vacinação contra a gripe e triagem de novos detentos (Benetti et al, 2021).

Levando em consideração a conjuntura acima narrada, é patente que a transmissão do vírus causador da doença encontra circunstâncias favoráveis no caso em questão. Tendo isso em mente, assim como atentando-se ao fato de que a vacinação – no momento – é o meio mais eficaz de garantir uma maior proteção contra a COVID-19, emerge uma situação em que a escolha individual do sujeito que opta por não se vacinar, deixa de impactar somente sua esfera individual, de modo que os demais reclusos com os quais divide o espaço, também acabam afetados por essa escolha.

3.2.O tratamento da recusa vacinal por detentos

Um caso ocorrido na Cadeia Pública do município de Paranatinga (MT) trouxe à tona a recusa de vacinação contra a COVID-19 por um detento. O Ministério Público de Mato Grosso (MPMT) se manifestou sobre o caso e a Justiça Estadual estabeleceu que, caso o apenado siga com a recusa, esta será compreendida como falta grave prevista no art. 50 da LEP⁴.

O argumento utilizado pelo MPMT é o de que a saúde dos demais presos, bem como dos agentes penitenciários e de toda a comunidade deve prevalecer sobre a autonomia individual. Esta justificativa também foi acatada e reforçada pela Justiça Estadual, a qual destacou a aglomeração no local e a dificuldade de circulação de ar (Anache, 2021).

De fato, haja vista o cenário dos estabelecimentos prisionais brasileiros, nos quais faz-se presente a restrição de direitos básicos, como o acesso à água, itens de higiene e insuficiência de profissionais de saúde para cuidados com os apenados, verifica-se um ambiente propício para a contaminação pelo vírus causador da COVID-19 (Bechara, 2020).

À vista do fato de que a recusa vacinal por um preso é capaz de comprometer a integridade física e a saúde dos seus companheiros, vislumbra-se o perigo concreto da ação de recusa. O surgimento da concretude do perigo pode ser verificado, nesse caso, dado que a

⁴ A Justiça acolheu manifestação do Ministério Público de Mato Grosso e determinou a intimação de um reeducando da Cadeia Pública de Paranatinga (a 373km de Cuiabá) para que seja informado de que a recusa em tomar a vacina contra a Covid-19 poderá ser entendida como falta grave, nos termos do artigo 50 da Lei de Execução Penal (LEP). O juízo da 2º Vara da comarca também oficiou ao diretor da unidade para que informe, no prazo de cinco dias, se aquele aceitou se vacinar e em qual data será imunizado.”

não contaminação dos outros presos estaria à mercê de mera questão probabilística, pois é possível demonstrar a situação de risco efetivo ao bem jurídico tutelado (Bitencourt, 2022). Em outras palavras, estão evidentemente presentes, nesse contexto, as condições ambientais que cooperam para a infecção pelo vírus, de maneira que o acaso determinará o momento da contaminação (Siqueira; Soares, 2021, p. 8).

Conquanto seja nítida a inviabilidade da sanção penal aos detentos que não aceitam a inoculação do imunizante em seus corpos, não resta claro qual seria o tratamento adequado nessa ocasião em que há um choque de direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal: a liberdade individual (do apenado) e o direito à saúde de seus companheiros.

Com esse contexto em mente, pergunta-se, então, quais as possíveis maneiras de lidar com esse impasse. Levando-se em consideração que, ao aplicar o *teste da universalizabilidade*, a esfera da autonomia de um indivíduo pode colidir com a dos demais.

3.2.1. Subsunção da recusa vacinal por detentos ao Art. 268 do CPB

Evocou-se durante os períodos mais agudos da pandemia a figura do art. 268 do Código Penal Brasileiro (CPB), que versa sobre a violação de medida sanitária preventiva: “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”. Um crime de perigo abstrato, isto é, que a mera prática da ação já pressupõe a criação de perigo (Bitencourt, 2022, p. 375).

É passível de questionamentos se o Direito Penal e Processual Penal, realmente, seriam uma saída eficiente para esse entrave. Desconsidere-se, por ora, o problema do uso desenfreado do Direito Penal que, em tese, deve ser encarado como última instância no ordenamento jurídico, a ser convocado somente nas situações em que os demais ramos do Direito não foram suficientes. Porém, apesar de o Direito Penal ser considerado *ultima ratio*, isto é, ter um caráter subsidiário em relação aos demais, nota-se que, em alguns casos, essa ideia é deixada de lado, sob o pretexto de punir uma conduta supostamente lesiva (Reginato, 2014).

Essa ideia de obrigatoriedade da punição que advém do *jus puniendi* estatal, na qual se apoia a racionalidade penal moderna ocidental, compreende como obrigatória e/ou necessária a punição de um determinado sujeito, uma vez que há a subsunção do fato à norma em abstrato. Nessa esteira, quanto mais aflitiva se tornar a pena, cria-se a sensação de proteção (Pires, 2004, p. 40).

O uso do art. 268 do CPB nos casos de recusa à vacinação, para além das questões que circundam a sua natureza de lei penal em branco, foi discutido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento conjunto das ADIs 6586 e 6587, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, entendeu pela inaplicabilidade do art. 268 do CPB aos que recusam a vacinação. Isto porque, de acordo com a Suprema Corte, os princípios penais da proporcionalidade e da ofensividade não seriam observados, o que tornaria inconstitucional a observância do dispositivo. Ademais, o STF apregoa a aplicação de sanções indiretas aos que recusarem o imunizante, de modo que se demonstraria desnecessária o uso da lei penal⁵.

A partir da particularidade do grupo analisado neste trabalho, que reside justamente na privação de liberdade de seus integrantes, é perceptível que, nesse caso, parece uma decisão delicada optar por valer-se de medidas indiretas, para fazer com que esses indivíduos sejam compelidos a aceitar a inoculação do imunizante em seus corpos. Esta fragilidade se dá, pois os sujeitos em questão já se encontram privados do convívio social e restringir, ainda mais, a liberdade dessas pessoas pode ser um caminho que gerará ainda mais violações a direitos humanos.

Não obstante a referida fragilidade, a decisão do STF acerca da obrigatoriedade de vacinação torna dispensável a aplicação do art. 268 do CPB. Dessa maneira, não se pode considerar a ameaça de sanção penal como uma saída para evitar a recusa vacinal. Outrossim, não parece razoável usar desse tipo de artifício contra os PPL nesse caso, na medida em que essa prática apenas denotaria a incapacidade do Estado em dispor de outros meios de intervenção, diferentes do Direito Penal – o qual deixaria de ser o último recurso nesse contexto.

⁵ “Ressalto, ainda, que constitui crime, segundo o art. 269 do Código Penal ‘infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa’. Entretanto, segundo a doutrina, a aplicação desse preceito encontra limitações, eis que, “em face dos princípios da proporcionalidade e ofensividade”. (Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.586. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 17 dez. 2020)

3.2.2. Separação dos detentos recalcitrantes

Do ponto de vista ideal, o resguardo da autonomia individual dos detentos que não aceitam vacinar-se seria a primeira ordem. Contudo, para tanto, imprescindível seria que as violações de direitos humanos fossem nulas, de maneira que a superlotação fosse uma realidade inexistente.

Porém, considerando o que ocorre no Brasil, a garantia da autonomia individual dos apenados esbarra em problemas estruturais profundos. Especialmente porque o papel de reeducação, que os estabelecimentos prisionais deveriam desempenhar, é afetado pela mentalidade de que a pena deve ser aflitiva em vários sentidos (Pires, 2004, p. 43). Na medida em que se naturaliza o sofrimento da população privada de liberdade.

Na realidade brasileira, portanto, demonstra-se impraticável a adoção de celas distintas para aqueles que recusam a vacinação. De acordo com o último levantamento do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), relativo ao período de julho a dezembro de 2022, há um déficit de 171.636 vagas nas prisões estaduais. Ainda de acordo com o mesmo levantamento, apenas 36% dos estabelecimentos possuem celas separadas para a observação de detentos que passaram ou precisam de procedimentos de saúde (Departamento Penitenciário Nacional, 2022).

Com isso, demonstra-se a insuficiência de celas nos espaços de privação de liberdade no país, de maneira que destinar espaços para apenados que recusam a vacinação se mostra inviável nesse modelo. Contudo, diante de uma pandemia avassaladora que causou circunstâncias antes impensáveis, este seria o momento ideal para repensar a distribuição de PPL por cela.

Como consequência disso, uma reestruturação do sistema carcerário com espaços para os apenados que recusam o imunizante seria a forma mais eficaz de sustentar a autodeterminação desses sujeitos, ao mesmo tempo em que se protege a saúde dos detentos que optaram pela vacinação.

3.2.3. Reconhecimento de falta grave

O caso ocorrido no município de Paranatinga (MT) levantou a questão do tratamento a ser dispensado em casos de detentos recusarem o imunizante. Na situação em questão, a Justiça Estadual determinou que o apenado se submetesse à vacinação, sob pena de reconhecer tal conduta como falta grave, nos termos do art. 50 da LEP. Isto por considerar a conduta prejudicial aos demais indivíduos que dividem o local com aquele que não aceita a vacinação.

Embora seja adequado compreender que um detento, em uma cela lotada, precisa resguardar a integridade física de seus colegas, dado o conflito de direitos fundamentais. Nesse caso em tela, se o preso seguir com a rejeição, a atribuição de falta grave a esse comportamento, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), haveria a interrupção da contagem do prazo para a progressão de regime, que seria contado a partir do cometimento da falta⁶.

Contudo, reconhecer como falta grave o comportamento em análise iria de encontro ao entendimento do STJ no HC 481699/RS a respeito da taxatividade do rol previsto no art. 50 da LEP. De acordo com a Tribunal, não há a possibilidade de extensão ou complementaridade na interpretação do dispositivo⁷.

Pelo exposto, a interpretação da recusa vacinal como falta grave por detentos em qualquer lugar do Brasil manifesta-se inexecutável, em virtude da determinação do STJ. Sendo assim, esta também não parece ser uma solução para o problema em debate.

⁶ Súmula 534 do STJ: "A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.

⁷ HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME ABERTO. FALTA GRAVE. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MONITORAMENTO ELETRÔNICO. VIOLAÇÃO DE PERÍMETRO. ART. 50, V, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. **1. O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de ser taxativo o rol de faltas graves previsto no art. 50 da Lei de Execução Penal, não sendo cabível a realização de interpretação extensiva ou complementar a fim de ampliar o alcance das condutas ali previstas.** Precedentes. 2. In casu, o paciente, durante o cumprimento de pena em regime aberto mediante o uso de tornozeleira eletrônica, violou o perímetro estabelecido como condição do benefício pelo Juízo da execução. 3. Como houve, ao menos em tese, desrespeito às condições impostas no regime aberto, fato previsto como passível de configurar falta grave, nos termos do art. 50, V, da Lei de Execução Penal, não há falar em constrangimento ilegal decorrente da instauração de processo administrativo disciplinar com a finalidade de apurar a ocorrência desse tipo de infração. 4. Ordem denegada, revogando-se a medida liminar anteriormente deferida. (HC 481.699/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)

Dado esse impasse, bem como sempre lembrando que vacinação compulsória e vacinação forçada não são conceitos iguais, é notório que há dificuldade em estabelecer uma solução para o caso em apreço. Observa-se, então, que este é um problema com raízes muito mais profundas, que têm como substrato questões anteriores à pandemia de COVID-19, tendo esta, na verdade, contribuído para que o abandono estatal nas prisões brasileiras fosse visto de um novo ângulo.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou trazer para debate alguns pontos acerca da recusa de vacinação contra a COVID-19, no que diz respeito ao caso de detentos brasileiros. Dessa maneira, realizou-se uma discussão sobre o direito à autodeterminação desses indivíduos diante desse cenário, passando, para tanto, por conceitos de autonomia e debatendo as consequências, bem como limitações, da recusa vacinal no sistema carcerário.

Além disso, apontou-se que a escolha pela recusa vacinal, parte de um sujeito que levou em conta tão somente suas convicções de cunho pessoal, as quais estão fortemente ligadas à autonomia individual. Entretanto, se submeter essa ação ao *teste de universalizabilidade*, o qual tem o intuito de determinar até que ponto a autonomia de um sujeito, não interfere no âmbito individual dos demais; notou-se que, no caso do custodiado, a recusa vacinal toca as esferas dos demais indivíduos que com ele convive – dado o cenário de superlotação dos presídios no Brasil.

Partindo disso, pensou-se em três maneiras de coibir a recusa vacinal de maneira que seja respeitada a autonomia de todos os envolvidos: a aplicação do art. 268 do CPB; a criação de celas separadas; reconhecimento de falta grave de acordo com o art. 50 da LEP. Não foi possível, porém, considerar adequados tais meios em virtude de entendimentos jurisprudenciais e dos óbices estruturais que permeiam o cárcere brasileiro.

Dado o exposto, pode-se afirmar que a ausência de ambientes salubres nos presídios brasileiros, denota que as barreiras que circundam este trabalho têm sua origem no tratamento dispensado, pelo Estado, aos custodiados brasileiros. Ademais, a forma como essas pessoas são enxergadas pela sociedade, bem como pelo Estado, contribuem para violações à dignidade humana nesses ambientes.

A insuficiência de celas nos espaços de privação de liberdade no país, de maneira que destinar espaços para apenados que recusam a vacinação se mostra inviável no modelo atual. Todavia, situações extremas demandam medidas outrora descartadas, desse modo, depreende-se que a criação de espaços destinados aos indivíduos que se opõem à vacinação seria capaz de garantir a autodeterminação não só dos que recusam a vacinação, como também daqueles que escolhem o imunizante.

Outrossim, destaca-se que a tentativa de garantir a autonomia individual da população carcerária brasileira – não só no caso aqui abordado – tem como um de seus obstáculos, também, a visão social a respeito da função dos espaços de privação de liberdade em um Estado Democrático de Direito. A partir disso, pode-se dizer que é árduo o caminho em direção à garantia da autonomia individual nos espaços de privação de liberdade, visto que está cristalizada a ideia de que os apenados devem conviver em situação de privação. A fim de que essa concepção seja revertida, primordialmente, é indispensável que haja dedicação em fazer com que se compreenda que o sistema prisional não consiste em um espaço de vingança social.

AGRADECIMENTOS

À Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Processo n^o 20/15913-5 (FAPESP).

REFERÊNCIAS

ANACHE, Ana Luíza. Recusa de reeducando em receber vacina pode acarretar sanções. **ASCOM MPMT**, 16 ago. 2021. Disponível em: <https://www.mpmt.mp.br/conteudo/58/104283/recusa-de-reeducando-em-receber-vacina-pod-e-acarretar-sancoes>. Acesso em: 20 mai. 2023.

BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina Daiana. Os efeitos (in)visibilizadores do cárcere: As contradições do sistema prisional. **Psicologia**, n. 28, p. 63-70, 2014. Disponível em: <https://revista.appsicologia.org/index.php/rpsicologia/article/view/696>. Acesso em: 19 mai. 2023.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direito penal em tempos de pandemia: como a crise atual desnuda a irracionalidade do sistema. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ARRUDA, Carmen Silvia; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael (Org.). **Direito em tempos de crise: Covid-19**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 50-70.

BENETTI, Sabrina Azevedo Wagner et al. Estratégias de enfrentamento da COVID-19 no cárcere: relato de experiência. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, n. 46, p. 1-8, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbso/a/xkctyDpNGYgNQXKHVb4b6Ky/?lang=pt>. Acesso em: 18 mai. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRAGA, Ivando das Neves. As violações aos direitos e garantias dos presos ao cárcere. **Jornal Tribuna**, 2021. Disponível em: <https://jornaltribuna.com.br/2021/05/as-violacoes-aos-direitos-e-garantias-dos-presos-ao-carcere/>. Acesso em: 18 mai. 2023.

CALVI, Pedro. ONU faz alerta sobre presídios no Brasil e apoia desencarceramento por causa da pandemia; presidente da CDHM endossou iniciativa em março. **Câmara dos Deputados – Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial**, 05 mai. 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/onu-faz-alerta-sobre-presidios-no-brasil-e-apoia-desencarceramento-por-causa-da-pandemia-presidente-da-cdhm-endossou-iniciativa-em-marco>. Acesso em: 15 mai. 2023.

CNJ. **Boletim Mensal CNJ de Monitoramento Covid-19: dezembro**. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/boletim-de-casos-obitos-e-vacinacao/>. Acesso em: 18 mai. 2023.

DEPEN. **Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário: Julho a Dezembro de 2022.** Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 03 jun. 2023.

DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy.** Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

FABBRO, Leonardo. Limitações jurídicas à autonomia do paciente. **Revista Bioética**, Brasília, v. 7, nº 1, 1999. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/revista_bioetica/article/view/286. Acesso em: 20 mai. 2023.

FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of Criminal Law Volume 3: Harm to Self.** Oxford: Oxford University Press, 1986.

HOLLAND, Mary.; ZACHARY, Chase E. Herd Immunity and Compulsory Childhood Vaccination: Does the Theory Justify the Law. **Oregon Law Review**, Eugene, v. 93, n. 1, 2020. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/orglr93&div=3&id=&page=>. Acesso em: 15 nov. 2020.

LERMEN, Helena Salgueiro. Preso tem família: sofrimentos e resistências de familiares de encarcerados ao longo de um ano de pandemia. **Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário**, n. 11, p. 71-87, 2022. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/884>. Acesso em: 15 mai. 2023.

MORAES, Cecília Baldin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A Autonomia Existencial nos Atos de Disposição do Próprio Corpo. **Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, 2014. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/3433>. Acesso em: 10 mai. 2023.

NETO, Heráclito Mota Barreto. O princípio constitucional da autonomia individual. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 13 – n. 42-43, p. 331-366 – jan./dez. 2014. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/428>. Acesso em: 06 dez. 2020.

NOGUEIRA, Pablo. Fim da emergência de saúde pública para a covid-19 decretado pela OMS não implica término da pandemia, alerta pesquisadora da Unesp. **Jornal da Unesp**, 09 mai. 2023. Disponível em: <https://jornal.unesp.br/2023/05/09/fim-da-emergencia-de-saude-publica-para-a-covid-19-decretado-pela-oms-nao-implica-termino-da-pandemia-alerta-pesquisadora-da-unesp/>. Acesso em: 12 mai. 2023.

OLIVEIRA, Samyle Regina Matos; SANTOS, Ariel Sousa. A Priorização da Vacinação Contra a Covid-19 das Pessoas Privadas de Liberdade no Brasil. **Interfaces Científicas - Direito**, n. 8, 192–212, 2022. Disponível em: <https://periodicos.grupotiradentes.com/direito/article/view/10575>. Acesso em: 12 mar. 2023.

ONU preocupada com piora em prisões na América Latina após pandemia. **ONU News**, 05 mai. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/05/1712612>. Acesso em: 15 mai. 2023.

OPAS – Organização Pan-Americana de Saúde. **OMS declara fim da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional referente à COVID-19**. 05 mai. 2023. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/5-5-2023-oms-declara-fim-da-emergencia-saude-publica-importancia-internacional-referente>. Acesso em: 12 mai. 2023.

PIRES, Álvaro. **A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos**. Novos Estudos Cebrap, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.

REGINATO, Andréa Depieri de Albuquerque. **Obrigação de Punir: Racionalidade Penal Moderna e as Estratégias de Controle da Violência Doméstica contra a Mulher**. 2014. Tese (Doutorado em Sociologia) – Curso de Sociologia – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2014. Disponível em: <https://ri.ufs.br/jspui/handle/123456789/6242>. Acesso em: 28 mar. 2022.

SCHACHT, Kira. COVID: How Europe's prisons have fared in the pandemic. **Deutsche Welle**, Bonn, 12 jun. 2021. Disponível em: <https://www.dw.com/en/covid-how-europes-prisons-have-fared-in-the-pandemic/a-60006262>. Acesso em: 18 mai. 2023.

SIMAS, Luciana et al. Por uma estratégia equitativa de vacinação da população privada de liberdade contra a COVID-19. **Cadernos de Saúde Pública**, n. 37, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/kZcgCcJRBnQtdBZHSMWz9vg/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 31 mar. 2022.

SIQUEIRA, Flavia; SOARES, Hugo. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA? Sobre os limites da atuação do Estado no combate à COVID-19. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 81, 2021.

SIQUEIRA, Flavia. **Autonomia, Consentimento e Direito penal: Uma proposta de superação do modelo paternalista no tratamento dogmático das intervenções médicas**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2019.

TOLLER, Fernando. La armonización de derechos mediante el control de razonabilidad. Reflexiones sobre el principio de proporcionalidad y aplicación práctica a partir de un caso de

vacunación obligatoria. **Persona y Derecho**, Navarra, n. 66-67, p. 109-146, 2012. Disponível em: <https://dadun.unav.edu/handle/10171/34997>. Acesso em: 19 dez. 2020.

WHO – World Health Organization. **Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention: interim guidance**. 28 fev. 2021. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/339830>. Acesso em: 15 mai. 2023.

OS JUÍZOS SINTÉTICOS DA TEORIA DO CONHECIMENTO E O SURGIMENTO DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

Clara de Lima Silva Mascarenhas⁸

RESUMO: Este artigo tem o objetivo geral de analisar como as características do juízo sintético – que formam o conhecimento empírico do indivíduo – influenciam, de maneira subconsciente, o surgimento das falsas memórias no processo penal. Serão caracterizados o conhecimento empírico e o juízo sintético desenvolvido na Teoria do Conhecimento de Kant; abordará o surgimento das falsas memórias e a teoria construtivista na psicologia; serão correlacionadas as falsas memórias como também o juízo da experiência por meio do armazenamento e autoanálise de memória, identificado as consequências das falsas memórias no reconhecimento de pessoas e na prova testemunhal. A metodologia utilizada neste artigo trata-se da pesquisa bibliográfica e documental, por meio de natureza qualitativa, a partir da revisão em dados de publicações periódicas, documentos e obras literárias, com o intuito de expor e explicar os objetivos propostos. Como resultado da pesquisa, este artigo pretende mostrar e esclarecer como as falsas memórias também surgem de interpretações embasadas nos juízos sintéticos e como essas falsas memórias podem ser evitadas.

Palavras-chave: Falsas memórias; juízos sintéticos; processo penal; construtivismo; memória.

ABSTRACT: This article has the key objective of analyzing how the characteristics of the synthetic judgment – which form the empirical knowledge of the individual – influence, subconsciously, the emergence of false memories in criminal proceedings. Empirical knowledge and synthetic judgment developed in Kant's Theory of Knowledge will be characterized; will be addressed the emergence of false memories and the constructivist theory in psychology; false memories will be correlated as well as the judgment of the experience through memory storage and self-analysis, identifying the consequences of false memories in the recognition of people and in testimonial evidence. The methodology used in this article deals with bibliographical and documental research, through a qualitative research, based on the review of data from periodical publications, documents and literary works, with the aim of exposing and explaining the proposed objectives. As a result of the research, this article intends to show and clarify how false memories also arise from interpretations based on synthetic judgments and how these false memories can be avoided.

Keywords: False memories; synthetic judgments; criminal proceedings; constructivism;

⁸ Pós-graduanda em Direito médico pelo Centro Universitário Nobre de Feira de Santana.

memory.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O conhecimento empírico e o juízo sintético na teoria do conhecimento de Kant; 3. O surgimento das falsas memórias e a teoria construtivista na psicologia; 4. As falsas memórias e o juízo da experiência por meio do armazenamento e autoanálise de memória; 5. As consequências das falsas memórias no reconhecimento de pessoas e na prova testemunhal; 6. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa apresentar à área acadêmica e à sociedade a correlação entre os juízos sintéticos da teoria do conhecimento – disponíveis na obra de Kant – e as falsas memórias, assim como esses fatores implicam a prova testemunhal dentro do processo penal.

A apresentação dessa correlação ocorreu em forma de análise da parte introdutória da obra de Immanuel Kant, dos estudos sobre o armazenamento e recordação da memória, e do surgimento das falsas memórias, interligando, discorrendo e expondo a influência que ocorre, de forma subconsciente, entre os dois tópicos principais.

O fenômeno das falsas memórias e sua intromissão na validade e na legitimidade necessárias na prova testemunhal desencadeiam, em efeito dominó, problemas sociais e jurídicos devido à condenação de indivíduos por crimes que não foram por eles cometidos e, por consequência, torna-se um processo falho.

Em contrapartida, a existência dos juízos sintéticos – provenientes do conhecimento empírico – e sua participação na construção social, moral e ética do sujeito carregam características que estão intrinsecamente relacionadas à mente e, em entrelinhas, à construção da memória.

O trabalho proposto se dispõe tanto a discorrer para leitores e para a comunidade, sobre a possibilidade de formação de falsas memórias, as quais se baseiam indiretamente em preceitos desenvolvidos a partir do conhecimento empírico – que forma o juízo sintético – fazendo com que, ao reviver suas memórias antes de prestar depoimento, a testemunha ocular as altere por analisá-las e, inconscientemente, tire conclusões com base em seus ideais, em

sua moral e em seu prévio conhecimento empírico quanto em reforçar essa possibilidade.

Dessa forma, serão analisadas as características do juízo sintético – que formam o conhecimento empírico do indivíduo – e influenciam, de forma subconsciente, o surgimento das falsas memórias no processo penal.

Essa análise será realizada por meio de quatro tópicos distribuídos por todo o artigo: iniciando-se por caracterizar o conhecimento empírico e o juízo sintético desenvolvido na Teoria do Conhecido de Immanuel Kant, permeando pelo segundo tópico, que fará abordagem do surgimento das falsas memórias e da teoria construtivista na psicologia.

O terceiro tópico correlacionará as falsas memórias e o juízo da experiência por meio do armazenamento e autoanálise de memória e, por fim, o quarto tópico que identificará as consequências das falsas memórias no reconhecimento de pessoas e na prova testemunhal.

A metodologia utilizada neste artigo se trata da pesquisa bibliográfica e documental, por meio de natureza qualitativa, a partir da análise e revisão em dados de publicações periódicas, documentos e obras literárias, com o intuito de expor e explicar o objetivo proposto.

2. O CONHECIMENTO EMPÍRICO E O JUÍZO SINTÉTICO NA TEORIA DO CONHECIMENTO DE KANT

Quando falamos do empirismo, sabemos que tal conceito encontrava-se em completo duelo com o racionalismo, haja vista que os empiristas têm a ideia de que o conhecimento valorizado deve ser proveniente da experiência e este é moldado através dos órgãos dos sentidos.

Assim, os empiristas consideram a experiência como a fonte e o critério seguro de todo o conhecimento. A sensibilidade é supervalorizada, pois, através da percepção, os objetos se impõem ao sujeito. (Lang da Silveira, 2002, p. 33)

Os racionalistas – diferentemente dos empiristas – não aceitavam a ideia de conhecimentos construídos e embasados por meio da sensibilidade e experiência, pois os consideravam extremamente prejudiciais para a formação de conhecimento. Dessa forma, o racionalismo vinha a defender a formação do conhecimento através do pensamento puro, da razão, e visão “matemática”, de forma dedutiva e independente da experiência.

Entretanto, em meio ao debate entre os dois estudos do conhecimento, Immanuel

Kant, em seu livro “A crítica da razão pura”, tratou de permear por uma linha de pensamento que abarcasse as duas possibilidades de desenvolvimento do conhecimento humano.

Como exposto por Fernando Lang da Silveira (2002), “Kant afirmou que apesar da origem do conhecimento ser a experiência – alinhando-se aí ao empirismo – existem certas condições *a priori* para que as impressões sensíveis se convertam em conhecimento – fazendo, assim, uma concessão ao racionalismo.”

Nessa harmonia, ainda em sua parte introdutória, Kant sinaliza qual o real papel da experiência diante da construção do conhecimento e demonstra, de forma sutil, a sua interferência nos pensamentos do indivíduo.

Não resta dúvida de que todo o nosso conhecimento começa pela experiência; efetivamente, que outra coisa poderia despertar e pôr em ação a nossa capacidade de conhecer senão os objetos que afetam os sentidos e que, por um lado, originam por si mesmos as representações e, por outro lado, põem em movimento a nossa faculdade intelectual e levam-na a compará-las, liga-las ou separá-las, transformando assim a matéria bruta das impressões sensíveis num conhecimento que se denomina experiência? Assim na ordem do tempo, nenhum conhecimento precede em nós a experiência e é com esta que todo o conhecimento tem o seu início. (Kant, 2001, p.63)

Por conseguinte, Kant discorre sobre a necessidade de um ponto intermediário para equilibrar o racionalismo e o empirismo e daí surgem os termos *a priori* e *a posteriori*; respectivamente, o primeiro sendo o conhecimento independente das impressões dos sentidos e o segundo, o conhecimento baseado na experiência. Ainda assim, o conceito do conhecimento *a priori* busca diferenciar o conhecimento adquirido *com* experiência do conhecimento adquirido através *da* experiência.

Como discorre Kant (2001), “Na verdade, costuma dizer-se de alguns conhecimentos, provenientes de fontes da experiência, que deles somos capazes ou as possuímos *a priori*, porque não os derivamos imediatamente da experiência, mas de uma regra geral, que todavia fomos buscar à experiência.”

Nesse segmento, já definidos a ideia de conhecimento *a priori* e conhecimento *a posteriori*, são então desenvolvidos os juízos analíticos, que são embasados em conceitos autoexplicativos – ou seja, sem necessidade de buscar noções fora do objeto principal – e os juízos sintéticos, embasados na experiência e que, mandatoriamente, precisam sair do conceito para serem formulados.

Nos juízos sintéticos, porém, tenho de sair do conceito dado para considerar, em relação com ele, algo completamente diferente do que nele já estava pensado; relação que nunca é, por conseguinte, nem uma relação de identidade, nem de contradição, e pela qual, portanto, não se pode conhecer, no juízo em si mesmo,

nem a verdade nem o erro. (Kant, 2001, p.219)

Destarte, o juízo sintético nada mais é do que a análise extensiva por meio da experiência que se extrai de determinado conceito (sujeito) por meio exterior (predicado), embora este ainda necessite de ligação com o conceito inicial.

Sendo assim, ao analisar e dissecar conceitos, situações, entre outros, por meio da experiência, não haveria a possibilidade de que nossa memória, ao buscar interpretar eventos passados, utilizasse-se de elaborações formadas pelo juízo sintético – consequentemente de conhecimento empírico – e, dessa forma, acabasse por integrar esses conhecimentos ao evento vivido e, assim, contaminasse a memória?

3. O SURGIMENTO DAS FALSAS MEMÓRIAS E A TEORIA CONSTRUTIVISTA NA PSICOLOGIA

O que são e como são as memórias além das lembranças afetivas que carregamos do passado? Quando falamos de memórias, inicialmente pensamos em momentos afetuosos com familiares e amigos, cenas soltas de situações na infância. Essas memórias, por si só, já são afetadas pelas falhas de esquecimento e sugestões que surgem, principalmente, pela influência da afetividade e do tempo ao recordarmos.

Como discorre Elizabeth Loftus, “memórias são preciosas. Elas nos dão identidade. Elas criam um passado compartilhado que nos liga à família e aos amigos. Elas parecem fixas, como concreto, de modo que se você ‘pisá-las’, elas ainda estarão lá como sempre estiveram.”

Quando as memórias são de experiências e fatos, que não possuem cargas afetivas, elas ainda assim podem estar “maquiadas” com outras influências, e é dessa forma que essa maleabilidade da memória nos traz mais perguntas do que respostas quanto ao seu molde e seu funcionamento.

Se nós não podemos acreditar nas nossas próprias memórias, como nós saberemos se a memória de uma vítima ou de uma testemunha são precisas? (Loftus, 2003, p. 231)

O surgimento das falsas memórias possui três modelos teóricos explicativos, estes sendo, respectivamente: monitoramento de fonte, construtivista e a teoria do traço difuso; esta última sendo a mais aceita atualmente.

A teoria construtivista acredita que a memória é desenvolvida em modo de

construção; sendo assim, os erros de memória advêm do fato de que os eventos vividos, em certo ponto, juntam-se às experiências prévias e conhecimentos aquém da experiência do indivíduo. Assim, esclarece Loftus (1995, p. 136) “Os construtivistas sugerem que os erros de memória ocorrem porque os eventos experimentados são integrados com inferências e outras elaborações que vão além da experiência direta”.

Ainda nesse sentido, a memória não se constitui apenas em armazenamento de eventos ocorridos anteriormente em método fotográfico. Ela é, na verdade, uma coleção de pensamentos, crenças – moral e costumes – e informações recebidas do externo que podem, por muitas vezes, interferir no armazenamento e recordação da memória.

O fato é que a existência da falha de memória nunca esteve em dúvida, mas como explicá-la era o quebra-cabeça. Quando as pessoas relataram experiências diferentes da "verdade", foi porque perderam alguns traços de memória originais (falha de armazenamento) ou porque perderam a capacidade de acessar traços intactos de outra forma (falha de recuperação). Uma maneira comum de discutir as descobertas empíricas era em termos da natureza construtiva da memória. A ideia era simples: outras experiências que temos, ou mesmo nosso próprio raciocínio sobre nossas experiências passadas, podem moldar, distorcer ou contaminar a memória. (Loftus, 1995, p.133)

As falsas memórias provenientes da construção de memória são, por diversas vezes, novas análises realizadas de forma subconsciente de eventos vividos. Sendo assim, essas reanálises são embebedadas de “lentes coloridas”, ou seja, realizadas com a própria visão já contaminada do indivíduo detentor da memória, por meio de moral, experiências anteriores, entre outros.

Nessa harmonia, como evidenciado por Elizabeth Loftus (2003):

mais insidiosamente, as memórias podem se embaralhar às vezes no processo de tentar recuperar algo. Você pode relatar uma história a um amigo, mas involuntariamente incluir alguns detalhes errados. Mais tarde, enquanto você tenta relembrar o episódio, você pode se deparar, através de sua memória, com uma tentativa de recordação embaralhada em vez de sua memória original. A memória é maleável.

Por derradeiro, ao contrário do que muitos de nós pensávamos anteriormente, as falhas de memórias são variadas e surgem de forma involuntária, não sendo apenas resumidas ao esquecimento e por sugestões – isto é, implantação de informações de forma intencional.

Se nós aceitarmos a ideia de que há, pelo menos, dois caminhos que levam à falha na memória, então as visões dos construtivistas e dos teóricos do traço difuso podem viver em harmonia. (Loftus, 1995, p. 134)

A possibilidade de surgimento de falsas memórias por meio da espontaneidade possui camadas muito mais profundas e meticulosas e, entre elas, está a influência de antigas

experiências, moral e conceitos pré-formados por meio do desenvolvimento social do indivíduo.

4. AS FALSAS MEMÓRIAS E O JUÍZO DA EXPERIÊNCIA POR MEIO DO ARMAZENAMENTO E AUTOANÁLISE DE MEMÓRIA

Se, como analisado no tópico anterior, a memória não é constituída por meio de armazenamento tal qual uma máquina fotográfica – ou um “hd” interno de um *notebook* - ou seja, não contém informações gravadas no cérebro de forma perfeita e incorruptível, resta-nos evidenciar que o armazenamento funciona por meio de combinações provenientes de experiências e conteúdos diferentes.

Mas as memórias não são fixas. Todo dia a experiência nos mostra que elas podem se perder, mas que também podem se modificar drasticamente ou até serem criadas. Memórias imprecisas podem, às vezes, ser tão atraentes e “reais” quanto uma memória precisa. (Loftus, 2003, p. 231)

Essas memórias, ao contrário do que se pensa inicialmente, não são reviradas apenas por meio externo – em depoimentos à polícia ou troca de informações com outras testemunhas – mas também por meio de auto interação do próprio indivíduo detentor daquela memória.

Essa auto interação nada mais é do que o ato de o sujeito autoanalisar sua memória por meio de recordação dos fatos e/ou da experiência, depositando ali, naquela memória antes não contaminada, suas próprias indagações e suposições do que realmente havia visto ou ouvido. Essa auto interação toma liberdade durante o espaço-tempo até que a testemunha em questão seja convidada a prestar depoimento: “Ademais, esta gradual deterioração da memória em função da passagem do tempo, aumenta as chances dela vir a ser contaminada, seja interna ou externamente, produzindo falsas memórias.” (Stein, 2015, p. 21-22)

Sendo assim, por qual meio essas indagações e suposições surgiram no julgamento do indivíduo sobre sua própria memória, senão pelos seus pré-conceitos e moral oriundos do contexto social ao qual aquele sujeito fora exposto durante toda a sua vida? E o que seriam esses pré-conceitos e moral senão os juízos sintéticos em seu aspecto mais subconsciente que é enraizado no desenvolvimento social do ser humano através do conhecimento empírico?

Dois fatores que vão contra o esquecimento e auxiliam na manutenção da memória, são a intensidade da emoção vivida com aquele evento e, principalmente, quantas vezes a pessoa ficou recuperando o evento (sem interferências), ou seja, quantas vezes ela revive (recorda) aquele evento. (Stein, 2015, p. 22)

Dessa forma, resta claro que ao identificar o conceito construtivista como uma base significativa, a qual caracteriza a maleabilidade da memória, define-se que a influência dos juízos sintéticos é imprescindível na formulação das falsas memórias, haja vista que estes são derivados de todas as interações da pessoa com o mundo externo e de como avança o seu amadurecimento psicológico e social.

Assim, é entre o período de armazenamento da memória até sua evocação – essa sendo a etapa de recuperação – que a auto interação entra em cena e, vale ressaltar, que não necessariamente essa recordação ocorre ao sujeito se deparar com entrevistas com policiais, no reconhecimento de suspeitos e conversas com outras testemunhas.

Nesse sentido, importa relembrar que a prova testemunhal nada tem de objetivo, vez que a mente humana – e, assim, a memória – não consegue ser desvinculada da razão, da emoção e das experiências já vividas. (Seger, 2012, p. 10)

Se vivemos uma experiência traumática, a auto interação é inerente ao ser humano e, à vista disso, a busca incessante por manter a memória sempre “fresca” e por procurar interpretar a sua própria vivência dos fatos é involuntária.

E assim, como exposto por Elizabeth Loftus (2003),

para reiterar os pontos principais: memória é mais sujeita a erros do que muitas pessoas imaginam. Nosso sistema de memória pode ser infundido com memórias ilusórias convincentes de eventos importantes. Esses grandes erros de memória contribuíram para injustiças que poderiam ter sido evitadas ou minimizadas.

5. AS CONSEQUÊNCIAS DAS FALSAS MEMÓRIAS NO RECONHECIMENTO DE PESSOAS E NA PROVA TESTEMUNHAL

Em consequência do explanado no tópico acima, as memórias do sujeito (que já iniciam a contaminação na autoanálise) chegam em uma segunda parte de possível contaminação por meio da exposição aos métodos de reconhecimento de pessoas e a maneira como é extraído de si as informações por intermédio de depoimento.

Entretanto, deve-se adicionar nas influências externas o bombardeio midiático realizado pelos grandes veículos de imprensa, que se utilizam de *story telling* – narração específica e parcial dos fatos – para moldar um cenário adverso do vivido pelas vítimas e/ou testemunhas.

[...] o cenário veiculado pelos meios de comunicação acerca de determinado fato delituoso pode, indubitavelmente, confundir a testemunha, fazendo-a emaranhar aquilo que percebeu no momento do delito com o que leu, viu ou ouviu sobre o evento posteriormente. (Seger, 2012, p. 10)

Como descrito por Elizabeth Loftus (2003), “testemunhas podem estar erradas por diversas razões. Uma razão principal é que elas pegam informações de outras fontes; elas combinam pedaços de memórias de diferentes experiências.” Nesse sentido, demasiados contatos externos transformam a memória de tal forma que a mesma jamais consegue se reintegrar em seu formato original.

Como visto no filme *Rashômon* (1950), a narração parcial e, por vezes, até contaminada dos fatos, baseados em moral, experiências e pressuposições provenientes de informações anteriores, afasta o telespectador cada vez mais do que ele realmente teria ocorrido no crime analisado em tela.

Ainda no que diz respeito ao filme citado, a interferência policial em expor para as testemunhas os depoimentos de outras pessoas envolvidas, traz insegurança ao indivíduo que está a depor, fazendo o mesmo revisitar suas memórias e se questionar sobre a veracidade das mesmas, ainda que este tenha vivenciado a cena do delito.

Entre cenas e narrações feitas pelos diversos personagens conectados ao delito – ponto principal da história do filme – é de fácil observação que os personagens carregam seus depoimentos de experiências anteriores, informações alheias ao caso e também de convicções que os mesmos trazem de sua vida.

A título de exemplo, o depoimento realizado por uma das testemunhas – que é um monge – é extremamente embasado em suas crenças religiosas, enquanto os depoimentos citando uma moça que seria uma das vítimas do caso eram carregadas de especulações no que diz respeito à conduta da jovem.

Destarte, correlacionando o filme com a realidade da aquisição da prova testemunhal, além das exemplificações acima, é de conhecimento que é extremamente utilizada a repetição do depoimento por parte da vítima/testemunha o que, por muitas vezes, prejudica e enfraquece a memória.

Atualmente, no Brasil, a prova penal dependente da memória humana é considerada repetível, o que significa que pode ser coletada múltiplas vezes sem que, em tese, houvesse algum prejuízo. É esperado que a repetitividade auxilie o processo de coleta de prova mais fidedigna dependente da memória, pois uma testemunha que diz a verdade estará segura e não haverá contradição em relação aos relatos desta. Porém, a repetibilidade do testemunho ou reconhecimento não é uma garantia de que as informações recordadas são verdadeiras, ou que a testemunha reconheceu, corretamente, o responsável pelo crime. (Ceconello, Ávila e Stein, 2018, p.1059)

A ideia de que a repetição de memória auxilia na veracidade da mesma contém embasamento correto, entretanto, a repetição para fortalecimento dessa memória não pode ser

realizada de qualquer forma, pois abre, assim, um espaço para falhas contundentes e que mancham a integridade daquela informação.

Como transcorre Cecconello, Ávila e Stein (2018):

a memória de um fato, assim como nossos músculos, enfraquece na medida em que os neurônios por ela responsáveis não são exercitados. Assim como um músculo, é preciso atenção para qual o procedimento utilizado na recuperação da memória, e não somente para quantas vezes foi repetido. Um exercício realizado repetidamente, de maneira correta, pode tornar os neurônios mais fortes, enquanto exercícios incorretos ou a repetição excessiva de procedimentos podem deteriorar tais neurônios.

Neste ínterim, as diversas fontes e possibilidades em que surgem as falsas memórias influenciam indiretamente e diretamente no decorrer do processo penal, expondo os suspeitos e vítimas a vários erros condicionados às práticas errôneas tomadas pela investigação dos fatos, pelos meios externos e pela autoanálise do sujeito.

Em suma, sabemos que uma verdade pura dos fatos nunca será atingida, mas há a necessidade de nos atentarmos e buscarmos diminuir ao máximo falhas grotescas que acabem por definir, permanentemente, a vida de pessoas envolvidas no processo penal.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, cumpre esclarecer que os juízos sintéticos e a sua subentendida influência na mente humana e suas projeções – quais sejam estas o ambiente de desenvolvimento social e a sua exposição à ideais e à moral – criam particularidades de interpretação realizadas pelo sujeito, em sua autoanálise, durante a recordação da memória.

Já que os juízos sintéticos permeiam no construir de sociedades e podem se modificar de acordo com os micro ou macro espaços em que o indivíduo está inserido, este sempre estará sujeito à linha de pensamento das pessoas, fazendo com que cada mente tenha suas peculiaridades em tudo com o que já esteve em contato no decorrer da sua vida.

E é exatamente pelo fato de esses juízos sintéticos estarem inerentes às construções de pensamentos do sujeito que o mesmo vem a possuir “lentes vermelhas”, já que a experiência, ainda assim, tem princípios em forma *a priori*, estas sendo normas de uma unidade de síntese dos fenômenos ocorridos.

Por conseguinte, é inquestionável a contaminação da memória realizada pelas autoanálises com carga interpretativa originária da própria recordação de memórias feitas pelo indivíduo anterior ao depoimento.

Sendo assim, é imprescindível concluir que a memória sofre exposições em duas etapas de contaminação para que o surgimento das falsas memórias venha a ocorrer. Se a memória pode vir a ser inficionada por meio de sugestões, de contato com os meios de comunicação e de troca de informações com outras testemunhas, ela também pode vir a ser inficionada pelas próprias indagações do sujeito detentor da mesma.

À vista disso, a etapa de contaminação por meio da autoanálise é a primeira exposição da memória às contaminações e falhas, sendo uma etapa intrapessoal, já que ocorre por meio das próprias interpretações do sujeito. A etapa de contaminação por meios externos – os mais variados possíveis – é uma etapa interpessoal, a qual dar-se-á apenas em contato com o outro.

Doravante, é necessário compreender que mesmo a teoria do traço difuso sendo a mais aceita no que diz respeito ao funcionamento da memória e o surgimento das falsas memórias, não se pode excluir a presença característica da teoria construtivista no seu funcionamento, sendo a memória também moldada por meio de processos construtivos.

Sendo assim, deve sempre ser esperado que o indivíduo possa chegar a realizar o depoimento com a memória já minimamente contaminada de forma intrapessoal, mas devemos fazer dela – quase que inerente ao funcionamento da mente – a única que talvez possa existir dentro de um processo penal.

Dessa forma, é prenunciado sempre a ocorrência da etapa intrapessoal e a existência dessas falsas memórias provenientes de tal situação, pois a autoanálise é consequência do processo cognitivo e social. Afinal, o ser humano vive de interpretações de tudo o que vê, escuta e lê à sua volta.

Ainda nesse sentido, vemos que as memórias são coleções intermináveis de pensamentos, experiências, conhecimentos aplicados e que, por muitas vezes, elas se encontram embaralhadas no acervo que chamamos de mente.

Nesse diapasão, a maneira como também tratamos o processo penal e seu encaminhar diz muito sobre como deixamos as provas dependentes de memórias soltas ao acaso e esperamos que as mesmas ainda estejam intactas quase um ano – ou mais – depois do ocorrido.

Isto posto, fazendo uma somatória de todas as possibilidades de contaminações que uma memória de algum delito possa ser exposta em torno desse período extenso, resta claro que o depoimento que estiver por vir se tornará uma grande teia de esquecimentos e influências externas e internas.

Dessa forma, se for reformulado o meio de obtenção de depoimentos, de modo que impeça a repetibilidade exagerada da prova penal dependente de memória, e mude-se a forma como a vítima e/ou as testemunhas são conduzidas para o reconhecimento de pessoas, diminuir-se-ão, portanto, avassaladoramente as possibilidades de uma grande quantidade de provas provenientes de memórias contaminadas por falsas memórias.

Em consonância com o explanado acima, devem-se criar políticas públicas que auxiliem na coleta de tais provas, com um lapso temporal o mais curto possível – para que não haja grandes possibilidades de o indivíduo passar pela etapa intrapessoal - com a realização da coleta sendo feita por profissionais qualificados para que se possam realizar procedimentos seguros de colhimento da prova penal.

Por conseguinte, a criação de salas específicas para a realização de interrogatórios e reconhecimento devem ser implantadas para diminuir o contato com objetos e informações externas as quais podem dificultar a extração de depoimentos por parte do sujeito.

Portanto, cumpre esclarecer que a utilização de protocolos para entrevistas deve estar também preparada para a contaminação por intermédio da etapa intrapessoal conseguindo, assim, colher da melhor forma as informações que serão utilizadas como prova, ainda que haja, apenas, uma testemunha ou apenas a vítima com prova dependente de memória.

Por fim, a inclusão de profissionais qualificados – estes sendo da área da psicologia – e do curto lapso temporal para a coleta são um ponto crucial além de padronização dos procedimentos de coleta e ambientes específicos, pois estes são os pontos-chave, já que os profissionais possuem a desenvoltura necessária para extrair as informações de modo que não haja quase nenhuma contaminação que mude de forma significativa a memória; já o curto período de tempo entre o ocorrido e o depoimento facilita a minimização da criação de falsas memórias tanto por meio interno quanto por meio externo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cintia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. Paidéia, Ribeirão Preto, v. 17, ed. 36, p. 45-56, abr 2007. DOI10.1590/S0103-863X2007000100005. Disponível

em:<https://www.scielo.br/j/paideia/a/6TcsYLzSMYnrPDTGJdWNFzr/?lang=pt>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses: série Pensando o Direito**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, IPEA, 2015. v. 59, 104 p. ISBN 978-85-5506-028-1. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 23 abr. 2021.

CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. **A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 8, ed. 2, agosto 2018. DOI 10.5102/rbpp.v8i2.5312. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5312>. Acesso em: 27 abr. 2021.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LANG DA SILVEIRA, Fernando. **A teoria do conhecimento de Kant: O idealismo transcendental**. Caderno Brasileiro de Ensino de Física, Porto Alegre, v. 19, n. especial, p. 28-51, junho 2002. DOI <https://doi.org/10.5007/%25x>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/fisica/article/view/10053>. Acesso em: 20 maio 2021.

LOFTUS, Elizabeth F. **Memory malleability: constructivist and fuzzy-trace explanations. Learning and individual differences**. [s. l.], v. 7, n. 2, p. 133-137, 1995. DOI 10.1016/1041-6080(95)90026-8. Disponível em: [sci-hub.se/10.1016/1041-6080\(95\)90026-8](https://sci-hub.se/10.1016/1041-6080(95)90026-8). Acesso em: 5 ago. 2021.

LOFTUS, Elizabeth F. **Our changeable memories: legal and practical implications. Nature Reviews Neuroscience**, [s. l.], v. 4, ed. 3, p. 231-234, 2003. DOI 10.1038/nrn1054. Disponível em: sci-hub.se/10.1038/nrn1054. Acesso em: 5 ago. 2021.

SEGER, Mariana da Fonseca. **Prova Testemunhal e Processo Penal: A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias**. 2012. 23 p. Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, 2012. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/mariana_seger.pdf. Acesso em: 23 ago. 2021.

STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. **Falsas Memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram?**. Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR,

Paraná, v. 5, n. 2, p. 179-186, mai./ago. 2001. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/saude/article/view/1124>. Acesso em: 23 ago.2021.

THE BRITISH PSYCHOLOGICAL SOCIETY. **Guidelines on memory and the law: recommendations from the scientific study of human memory.** Londres: The British Psychological Society, 2008. 51 p. ISBN 978-1-85433-473-2.

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA CONSTRUÇÃO DE ESTEREÓTIPOS CRIMINAIS E AS NOVAS FORMAS DE CONTROLE NA ERA DA INFORMAÇÃO

Natália Rodrigues Carvalho⁹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar como a mídia exerce uma grande influência na sociedade, inclusive na construção de imagens e estereótipos criminais, através da generalização indevida e associação injusta de comportamentos criminais a grupos específicos, muitas vezes perpetuando preconceitos e discriminações. Esses estereótipos têm consequências negativas, como a estigmatização e marginalização dos grupos alvo dessas generalizações. Assim, o artigo a seguir é destinado a todos aqueles que se interessam pela relação entre mídia e sociedade, e que desejam refletir sobre a importância de uma abordagem crítica e consciente sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Estereótipos. Mídia. Influência. Judiciário. Censura.

ABSTRACT: This article aims to present how the media exerts a great influence on society, including the construction of criminal images and stereotypes, through undue generalization and unfair association of criminal behaviors with specific groups, often perpetuating prejudices and discriminations. These stereotypes have negative consequences, such as stigmatization and marginalization of the groups targeted by these generalizations. This article is intended for all those who are interested in the relationship between media and society, and who wish to reflect on the importance of a critical and conscious approach on the topic of criminal stereotypes.

KEYWORDS: Stereotypes, Media, Influence, Judiciary, Censorship.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Como a mídia utiliza estereótipos criminais para construir narrativas sobre a criminalidade; 1.1. Histórico da relação entre mídia e crime; 1.2. Estereótipos criminais e o princípio da igualdade; 1.2.1. Julgamento sobre grupos de pessoas estereotipados e como isso afeta sua classe; 2. Mídia e presunção de inocência: a importância da imparcialidade; 2.1. A influência da mídia no poder judiciário: responsabilidade e consequências; 2.2. A imprensa e a responsabilidade na cobertura de eventos políticos: o caso das críticas ao Presidente Bolsonaro durante a Pandemia de COVID-19 no Brasil; 3. Liberdade de informação e proteção da privacidade: o equilíbrio entre o direito à informação e os limites constitucionais; 3.1. Estereótipos

⁹ Pós-graduanda em Direito de família e sucessões pela Legale Educacional.

mediáticos nas eleições de 2018 e a Lei PL 2630: análise da influência da mídia na construção de imagens e o impacto na proposta de regulamentação da desinformação online; 3.2. Projeto Lei Nº 2630, de 2020 (Lei das Fake News ou PL da Censura); 3.2.1. Projeto Lei nº 2630, de 2020 e as violações constitucionais; Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo investigar a influência da mídia na criação de estereótipos criminais e analisar as novas formas de controle na era da informação. Pretende-se compreender como a mídia, por meio de sua representação e cobertura de crimes, contribui para a formação de rótulos prejudiciais que afetam determinados grupos.

Para a construção das páginas subsequentes, foi investigada a influência da mídia, explorando o papel dos meios de comunicação na construção de narrativas que perpetuam preconceitos e discriminam determinados grupos sociais, bem como as estratégias emergentes para lidar com este problema na era da informação.

Partindo de uma visão crítica da literatura sobre o tema, identificamos os principais mecanismos da mídia para criação destes preconceitos, tais como a seleção seletiva de casos, a generalização indevida e a associação injusta de comportamentos criminais e grupos específicos. Além disso, discutimos as consequências negativas deste processo, tais como a estigmatização e a marginalização dos grupos alvos.

A pesquisa foi realizada por meio de uma abordagem qualitativa, envolvendo a revisão bibliográfica de estudos acadêmicos, análise de casos concretos e análise de conteúdo de notícias e reportagens veiculadas pela mídia. Serão utilizados dados secundários, como artigos científicos, livros e relatórios, além de fontes de informação online, com foco em materiais que abordem a relação entre a mídia, estereótipos criminais e controle da informação.

A mídia desempenha um papel central na construção da percepção pública sobre crimes e criminosos, muitas vezes utilizando etnocentrismos que são prejudiciais e imprecisos. Essas generalizações podem ser baseadas em fatores como raça, etnia, classe social ou gênero,

contribuindo para a estigmatização de grupos específicos. Com o avanço da tecnologia e a proliferação de plataformas de mídia digital, surgem novos desafios em relação ao controle da informação e à responsabilidade dos veículos de comunicação na disseminação de pré-julgamentos criminais.

Nesse contexto, a problemática a ser abordada neste trabalho é: como a mídia influencia a criação de estereótipos criminais e quais são as novas formas de controle que estão sendo adotadas nessa nova era da informação? É essencial analisar as práticas midiáticas atuais, examinar o impacto desses estereótipos na sociedade e investigar as estratégias emergentes que visam combater estes clichês.

2. COMO A MÍDIA UTILIZA ESTEREÓTIPOS CRIMINAIS PARA CONSTRUIR NARRATIVAS SOBRE A CRIMINALIDADE

Tendo grande influência na formação da opinião pública, a mídia exerce um papel relevante na criação de narrativas. Infelizmente, não raro tal representação torna-se distorcida e injusta, utilizando preconceitos e estereótipos para construir narrativas sobre a criminalidade, podendo impactar na percepção que a sociedade tem sobre a criminalidade, assim reforçando a descriminalização e a desigualdade social. Dessa forma, muitas vezes, prioriza-se retratar crimes cometidos por pessoas de determinada etnia ou religião como sendo mais graves ou mais frequentes do que os crimes cometidos por outros, quando deveria procurar oferecer informações contextuais e nuances sobre os casos criminais.

Sendo assim, isso pode levar a uma representação distorcida da realidade, criando imaginários coletivos negativos em relação aos criminosos, que são tratados como pessoas perigosas, violentas e sem qualquer tipo de redenção. Essa representação tende a ser reforçada pelas narrativas construídas a cada transmissão, sendo sensacionalistas e buscando criar um impacto emocional nos leitores ou espectadores. As histórias de crimes violentos, por exemplo, tendem a ser mais exploradas, criando uma sensação de insegurança na sociedade.

O papel dos meios de comunicação deveria ser o de transmitir a notícia de forma mais crítica e imparcial, a fim de conscientizar os telespectadores sobre a necessidade de se tomar medidas de segurança, com a finalidade de evitar tais atos. É importante lembrar que essa conscientização deve ser feita de forma ética e responsável, para que se possa construir

narrativas mais equilibradas, evitando-se a estigmatização e o preconceito contra determinados grupos sociais.

2.1 Histórico da relação entre mídia e crime

Por volta do século XIX, os jornais começaram a relatar fatos criminosos em suas páginas. No entanto, a cobertura da mídia sobre crimes mudou significativamente ao longo do tempo.

No início, limitavam-se a dar relatórios básicos dos eventos, sem muitos detalhes. No entanto, com o advento do jornalismo sensacionalista, no final do século XIX, a mídia começou a dar mais manchetes a fatos criminais, focando em detalhes chocantes e gráficos para atrair leitores. Este estilo de jornalismo continuou a crescer ao longo do século XIX, com a cobertura do caso do assassinato de Whitechapel em 1888, em Londres, que levou à popularização do termo “*serial killer*”. Durante as décadas seguintes, as matérias começaram a abordar cada vez mais crimes violentos e chocantes. A partir dos anos 1930, o cinema também começou a retratar fatos criminosos de maneira mais dramática, com o surgimento de filmes de gângsteres e *noir*.

Na década de 1960, a televisão tornou-se uma das principais formas de mídia, e a cobertura de atos criminosos na TV mudou novamente. Os programas de notícias começaram a cobrir crimes em tempo real, com equipes de reportagem transmitindo as informações; logo veio a divulgação de julgamentos com maneiras mais intensas, dando grande repercussão para casos famosos.

A evolução da internet e das mídias sociais facilitou a transmissão de informações sobre atos criminosos, enquanto os documentários e filmes sobre o assunto tornaram-se cada vez mais populares na televisão e cinema.

Deste modo, o público constrói o seu parecer a partir do que foi publicado pelos meios de comunicação, mas até que ponto essas notícias são verdadeiras e inalteradas? Neste sentido, a pergunta que fica é: Quão verdadeiras são as informações veiculadas pelos meios de comunicação? Será que sempre demonstram a veracidade dos fatos? Podemos mesmo acreditar em tudo o que é transmitido, uma vez que a decisão do que será relatado é tomada partindo do pressuposto da rentabilidade, não tendo a preocupação e o cuidado de preservar o

estado de inocência do acusado, para que ele seja considerado culpado formalmente após sentença penal transitado em julgado, pela prática de um delito, para depois ser publicado? Isso faz com que a população julgue o réu de forma equivocada, não priorizando seus direitos garantidos em lei, desrespeitando garantias constitucionais consagradas ao cidadão.

2.2 Estereótipos criminais e o princípio da igualdade

Com as evoluções tecnológicas, houve uma maior proximidade entre a imprensa e a sociedade através dos meios de comunicação, modernos e suficientes para serem acessados em qualquer parte do mundo. Logo, nota-se a real importância da mídia em divulgar os fatos. Porém, estes devem ser realizados de maneira que demonstrem seu verdadeiro teor, sendo imparciais e sem conterem julgamento prévios.

Neste sentido, é preciso ter cautela ao transmitir um acontecimento, a fim de evitar pré-julgamentos ou exposição excessiva, principalmente em casos investigados e não concluídos.

A construção de preconceitos criminais é uma violação ao princípio da igualdade estabelecido no artigo 5º, caput, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-lhe aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Esse princípio garante que todas as pessoas são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; porém, até onde ele é respeitado? Ao estabelecer o princípio da igualdade, o texto proíbe a construção de rotulações criminais e generalizações, a fim de garantir que todos sejam tratados de forma igualitária perante a lei.

Porém, é muito comum, ao abrir o noticiário, vermos o repórter narrando um acontecimento criminoso com uma perpetuação de preconceitos, uma narração de ameaça à ordem social, com falta de informações para entender o todo das circunstâncias apresentadas. Este tipo de narrativa acaba disseminando um pré-julgamento sobre determinados grupos sociais, aumentando o medo e a ansiedade na sociedade.

A liberdade de expressão e informação deve prevalecer. No entanto, isso deve ocorrer de forma ética e responsável, para que sejam preservados os direitos de todas as pessoas.

2.2.1 Julgamento sobre grupos de pessoas estereotipadas e como isso afeta sua classe

A mídia tem um papel significativo na construção de estereótipos criminais, através da forma como retrata certos grupos sociais como, por exemplo, associando raças e etnias com atividades criminosas. Esta narrativa pode levar a uma visão distorcida da realidade e reforçar preconceitos já existentes na sociedade.

Além disso, o julgamento negativo sobre grupos sociais pode levar à discriminação, estigma, dificuldades econômicas, problemas de saúde mental e ameaças à segurança, criando uma marginalização econômica que pode levar a ciclos de pobreza e falta de oportunidade para essas pessoas.

O preconceito criminoso pode levar a um estigma social, em que as pessoas são rotuladas como criminosas com base em sua raça, etnia, religião, orientação sexual ou outros traços identitários. Tal estigma pode afetar a vida das pessoas de várias maneiras, dificultando na obtenção de emprego, habitação e educação. Esse tipo de rotulação é ilegal e vai contra um dos pilares do Estado Democrático de Direito, o qual assegura o tratamento igualitário para todos, podendo configurar crime de injúria, difamação, calúnia ou mesmo racismo, além de violar a dignidade humana. Neste sentido, Marcus Eugênio Oliveira Lima & Marcos Emanuel Pereira (2004, p.40) manifestam-se da seguinte forma:

O efeito imediato de preconceitos sociais é a discriminação que, essencialmente, é um tratamento injusto, quer dizer, uma forma de relacionamento, avaliação e atendimento comparativamente desigual e desfavorável, proporcionado a uma coletividade humana ou individualmente a pessoas que a integram, precisamente porque são alvo de preconceitos sociais. Esse tratamento injusto pode assumir formatos diversos, dependendo da situação. Assim, pode haver discriminação social na contratação de empregados, na seleção de alunos, na escolha de colegas ou parceiros, mas também pode se dar em outros contextos, de maior abrangência, como acontece na política e nas relações com imigrantes (Lima & Pereira, 2004, p. 40).

Em suma, é importante reconhecer os efeitos negativos que a construção de estereótipos criminais pela mídia e o julgamento negativo sobre grupos sociais específicos podem ter na vida das pessoas. Deve-se combater o preconceito e promover a inclusão e o

respeito mútuo entre todos os grupos da sociedade, uma vez que o Direito brasileiro preza pelo princípio da igualdade, não tolerando a discriminação de qualquer natureza. Logo, é de suma importância a atenção do judiciário, a fim de evitar que haja tratamentos diferenciados, garantindo que todos sejam tratados igualmente perante a lei, como estabelecido em nossa Constituição Federal de 1988.

3. MÍDIA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A IMPORTÂNCIA DA IMPARCIALIDADE

Com influência significativa na construção da opinião pública e no modo como a sociedade percebe o sistema de Justiça Criminal, a cobertura midiática de casos criminais pode afetar a forma como o público enxerga os envolvidos, influenciando a opinião popular e até mesmo a decisão do juiz, em alguns casos.

À vista disso, é fundamental que a mídia atue de forma imparcial e responsável, respeitando o princípio da presunção de inocência, garantido pelo artigo 5º, LVII da Constituição Federal, o qual estabelece que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

É importante ressaltar que a presunção de inocência é um direito fundamental, que deve ser respeitado e protegido, pois garante a proteção dos direitos individuais e o equilíbrio da justiça criminal. Nesse sentido, Luciano Luís Almeida Silva (2015, p. 167), destaca que:

O princípio primordial a imperar no processo penal é o da proteção ao estado de inocência. A manutenção da qualidade de inocente e preservação da dignidade do acusado impõe óbice intransponível à influência da opinião pública que faz juízo prévio de valor e condena antecipadamente (Silva, 2015, P. 167).

O estado de inocência vem do próprio princípio do direito natural, embasado na essência de uma sociedade liberta, democrática, aquela que respeita os valores éticos, morais e pessoais, tais valores que tem como principal fundamento proteger a pessoa humana (Pereira Neto, 2011).

Neste contexto, nota-se que, ao incluir o princípio da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte estabeleceu esse princípio como um dos fundamentos essenciais de um Estado Democrático de Direito.

Segundo Adriano Almeida Fonseca (1999), o sistema normativo constitucional desempenha um papel importante sobre os demais ramos do direito. Vejamos:

[...] o sistema normativo constitucional, através de seus preceitos, exerce notória influência sobre os demais ramos do Direito. Esta influência destaca-se no âmbito processual penal que trata do conflito existente entre o jus puniendi do Estado, que é o seu titular absoluto, e o jus libertatis do cidadão, bem intangível, não podendo ser considerado objeto da lide, reputado o maior de todos os bens jurídicos afetos à pessoa humana. Efetivamente, o plano social prevê punição para aqueles indivíduos que desenvolve (*sic*) comportamento violador de normas de condutas socialmente predispostas a manter o imprescindível equilíbrio entre os membros da comunidade. Foi assim que o Estado criou mecanismos regulamentares da atuação estatal que propiciam na esfera criminal, a detecção da existência do ilícito penal, com a respectiva criação de limites à liberdade individual, com a aplicação de sanção que implicara no cerceamento do direito de locomoção. Agindo, assim, como guardião do interesse coletivo e do próprio [29] indivíduos, já que o Direito existe, para dar ao homem garantias, sendo este a fonte e objetivo daquele (FONSECA, 1999).

A liberdade de imprensa pode fazer com que se desrespeite o princípio da presunção de inocência, principalmente nos casos em que o indivíduo investigado aguarda pela solução judicial do seu caso, pois o mesmo encontra-se exposto visivelmente na mídia. Nesta circunstância, a intervenção da mídia faz com que ocorra, na maioria das vezes, uma falsa e imediata solução para o caso, o que pode vir a infringir não só a técnica jurídica, mas também os direitos garantidos àquele que está sofrendo a investigação ou a instrução processual penal (Barbosa; Chaves, 2012, p. 97).

Com frequência, há um conflito entre a liberdade de informação jornalística, que a mídia usa como base, e o princípio constitucional da presunção de inocência. Os meios de comunicação já não se esforçam tanto para respeitar completamente esse direito constitucional, pois expõem de forma excessiva e abusiva o suposto acusado, além de fazerem pré-julgamentos.

O respeito à presunção de inocência é essencial para a garantia de um julgamento justo e imparcial, pois permite que o acusado tenha a oportunidade de se defender adequadamente e apresente sua versão dos fatos, sem ser prejudicado por uma opinião pré-concebida da sociedade ou dos juízes.

3.1 A influência da mídia no poder judiciário: responsabilidade e consequências

Além da influência sobre a compreensão da sociedade, como entidade civil, a mídia acaba influenciando outros planos, como o Poder Judiciário, o qual eventualmente extrapola suas funções, assumindo outras que não são legítimas, em certos momentos abusando e indo contra os princípios constitucionais.

A Constituição Federal brasileira de 1988 garante a liberdade de expressão e o direito à informação, como fundamentos essenciais da democracia e da cidadania (Artigo 5º, IV e XIV). No entanto, essa liberdade não é absoluta e deve ser exercida com responsabilidade, respeitando outros direitos fundamentais, como a privacidade, a honra, a imagem e a intimidade das pessoas (art. 5º, X e XII).

Além disso, o Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros estabelece normas éticas para a atividade jornalística, como a busca pela verdade dos fatos, a preservação da integridade e da credibilidade das fontes, a não publicação de informações obtidas de forma ilícita ou sensacionalista, entre outros (Artigo 1º a 9º).

A mídia busca frequentemente a legitimação perante a sociedade, o que pode acarretar no enfraquecimento do poder judiciário, o qual, por muitas vezes, fica limitado pela proteção dos dados processuais, deixando assim espaço para a imprensa preencher essas lacunas e interpretar informações de sua própria maneira, criando um ciclo vicioso. Esse comportamento tende a influenciar e manipular a opinião pública, distorcendo os dados processuais e transmitindo as notícias de maneira que atendam seus interesses, sendo estes, na maioria das vezes, de ordem econômica.

É frequente que jornalistas profissionais ajam de forma imprudente ao transmitir informações. No meio televisivo, é comum ver um indivíduo sendo detido pela polícia, ainda na delegacia, no início de um processo criminal, sendo abordado por um repórter e um cinegrafista, que fazem perguntas sobre o caso, algumas delas que parecem ser feitas por um juiz. Mais tarde, um apresentador no estúdio analisa o incidente narrado e prontamente faz acusações ao suspeito, sem considerar a possibilidade de ele não ser o verdadeiro criminoso, despejando todas as preocupações sociais com segurança no acusado.

Um caso ocorrido em Guarujá, no estado de São Paulo, ganhou notoriedade em todo o Brasil: um assassinato cometido por várias pessoas da região, devido a um boato divulgado pela página "Guarujá Alerta", no Facebook. Conforme o Portal G1 (Rossi, 2014, online):

A dona de casa Fabiane Maria de Jesus, de 33 anos, morreu na manhã desta segunda-feira (5), dois dias após ter sido espancada por dezenas de moradores de Guarujá, no litoral de São Paulo. Segundo a família, ela foi agredida a partir de um boato gerado por uma página em uma rede social que afirmava que a dona de casa sequestrava crianças para utilizá-las em rituais de magia negra. (ROSSI, 2014, online)

Nessa situação, a população proferiu um veredicto antes mesmo de a queixa ser registrada, mesmo sem ter certeza sobre a conexão entre a vítima e os supostos crimes mencionados, tudo baseado apenas no texto divulgado na página digital. Embora esse seja um caso extremo e que não possui relação direta com o processo criminal, ele ilustra as consequências de uma notícia veiculada de forma irresponsável, que desconsidera por completo o princípio da presunção de inocência.

A midiaticização da justiça enquanto fenômeno de massa apresenta uma série de riscos, como mudanças de comportamento por parte dos envolvidos no processo, desgaste profissional decorrente da exposição excessiva e a criação de estereótipos que sugerem ou estabelecem conexões entre o poder judiciário e outros poderes ou interesses. Utilizando as palavras de Salete Maccalóz (2002):

Os meios de comunicação, como instrumentos da ideologia dominante, não se sentem responsáveis por nenhum conteúdo ou matéria capaz de dar às pessoas o discernimento e possibilidades de escolha. Se manipulam todos os assuntos, porque seria diferente com a justiça? Para eles, cinema é cultura e justiça é á pagina (sic) policial, ou no mínimo, personagem de seus próprios escândalos. (Maccalóz, 2002, P. 65).

É incontestável que há uma grande distância entre a realidade enfrentada pelo cidadão comum e a esfera do poder judiciário, fato causado principalmente pela escassez generalizada de cultura jurídica na sociedade brasileira, inclusive entre os profissionais da mídia, salvo em alguns casos excepcionais.

Assim, é inegável que a mídia exerce influência sobre o legislador ao longo do tempo, exercendo pressão sobre os tribunais, fazendo com que estes acabem tomando decisões precipitadas ou injustas, especialmente em casos controversos que recebam muita atenção da imprensa, bem como a cobertura sensacionalista de casos criminais, que podem influenciar a opinião pública e, por sua vez, afetar a forma como os jurados percebem o caso.

Por outro lado, tal influência pode ser benéfica em alguns momentos, tendendo a ter efeitos positivos em alguns casos, podendo ajudar a ter um processo justo e transparente ao expor práticas ilegais e injustas. Nesse sentido, sendo feito de forma séria e consciente, ajudaria a educar o público sobre as questões legais e promover um debate público mais informado sobre as questões jurídicas de grande importância. Para isso, é necessário que a mídia respeite o papel fundamental do sistema judiciário em garantir a justiça e o Estado de Direito, de forma a informar de maneira equilibrada, sem exercer pressão indevida sobre os tribunais e as decisões judiciais.

Um exemplo dessa influência ocorreu após o caso da invasão do computador da atriz Carolina Dieckmann, que revelou a ocorrência de crimes cibernéticos. A pressão da mídia sobre o legislativo foi evidente, pois sem a ampla divulgação do caso pela imprensa, provavelmente não teria havido nenhum movimento para tipificar essas condutas, que se tornam cada vez mais comuns na atualidade. É importante notar que a mídia tem um papel relevante em trazer à tona esses problemas e chamar a atenção para a necessidade de ações por parte do poder público.

Assim, é possível afirmar que a invasão do espaço judiciário pela mídia pode violar diversos direitos e normas legais, afetando a integridade e a legitimidade do processo judicial. Logo, o legislador, muitas vezes pressionado pela sociedade e influenciado pela mídia, pode agir rapidamente na criação de uma legislação que é chamada por alguns doutrinadores de "legislação do pânico". Essa lei, geralmente com redação precária, é elaborada sem considerar se os resultados esperados serão alcançados, e pode violar princípios constitucionais.

3.2 A imprensa e a responsabilidade na cobertura de eventos políticos: o caso das críticas ao presidente Bolsonaro durante a pandemia de COVID-19 no Brasil.

A mídia representa um papel fundamental na sociedade democrática, e a imprensa livre é uma das bases fundamentais da democracia. No entanto, é importante reconhecer que os meios de comunicação nem sempre são isentos e objetivos em suas coberturas, e que a escolha do que é noticiado e como é apresentado pode ser influenciada por interesses políticos e econômicos.

Durante a gestão do governo Bolsonaro, especialmente sobre o período da Pandemia de COVID-19 no Brasil, foram utilizadas grandes redes televisivas para disseminar críticas e criar estereótipos negativos em relação ao ex-presidente, não sendo priorizada uma cobertura jornalística equilibrada e imparcial, o que deixou de veicular ações favoráveis em combate à crise sanitária. Podemos destacar o termo “genocida”, o qual foi atribuído ao presidente por insatisfação da oposição e propagado pela mídia como verdade, ressaltando aqui o desrespeito com a presunção de inocência, ofensa à honra e prejuízo da reputação de um indivíduo, sem fundamentação adequada. Ao tratarmos de um termo que é bastante grave, requer evidências sólidas e uma investigação rigorosa antes de se fazer uma conclusão definitiva, tendo como principal instrumento jurídico internacional a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, definido no Artigo II.

No Brasil, o crime de genocídio tem Lei própria e está previsto na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, que define e pune tal ato. Essa lei incorpora o texto da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948.

Desse modo, o crime de genocídio é considerado imprescritível e inafiançável, sendo julgado pela Justiça Federal. É importante destacar que a definição de genocídio é uma questão legal e requer uma análise criteriosa dos elementos e intenções envolvidos, não podendo ser baseada em especulações e descontentamentos, devendo ter provas contundentes antes de ser tomada como verdade, e processo legal adequado a fins de ter uma investigação aprofundada para determinar sua existência. Caso contrário, isso pode levar a um ambiente de polarização e desinformação, prejudicando o debate público e a confiança nas Instituições.

Em qualquer contexto, é crucial que os debates sejam conduzidos com base em informações precisas e confiáveis, permitindo uma análise objetiva e fundamentada dos acontecimentos. Ademais, a inclusão do crime genocídio no Código Penal Brasileiro reflete o compromisso do Brasil com os tratados e convenções internacionais.

4. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE: O EQUILÍBRIO ENTRE O DIREITO À INFORMAÇÃO E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS

A fim de permitir que os cidadãos formem suas próprias opiniões sobre eventos públicos, é essencial que existam proteções legais para o direito à informação. O inciso XIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece o seguinte: "É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão". No entanto, a Constituição Federal estabelece limites para o exercício desse direito, a fim de evitar a divulgação de informações falsas que possam prejudicar a honra e a imagem das pessoas.

É importante destacar que, para garantir uma maior segurança no respeito ao direito à informação, a Constituição estabelece uma relação entre esse direito e a inviolabilidade do sigilo da fonte, especialmente no contexto do exercício profissional da informação. Isso significa que a liberdade de divulgação das informações é garantida para evitar arbitrariedades por parte do Poder Público, principalmente em casos de acesso restrito à informação, conforme previsto no artigo 71 da Lei nº 5.250/67:

Art. 71 Nenhum jornalista ou radialista, ou em geral, as pessoas referidas no artigo 25, poderão ser compelidos ou coagidos a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações, não podendo o silêncio, a respeito, sofrer qualquer sanção, direta ou indireta nem qualquer espécie de penalidade. (Brasil, 1967).

O referido artigo, plenamente aceito e integrado à Constituição brasileira, fortalece a liberdade de imprensa e protege o acesso à informação. Dessa forma, a liberdade de imprensa está intrinsecamente ligada ao direito à informação, estabelecendo-se como um direito fundamental no Estado Democrático de Direito. Além disso, o inciso IX do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 também é relevante nesse contexto, ao afirmar que a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação é livre, sem a necessidade de censura ou licença.

A imprensa desempenha um papel fundamental na sociedade, ao fornecer informações que permitem que as pessoas tenham conhecimento dos acontecimentos mundiais de maneira rápida e eficiente. É importante reconhecer que restringir esse direito e

censurar as informações divulgadas é, na prática, um meio de manipular a mente e os pensamentos dos cidadãos. Assim, ao fazê-lo, o Poder Público limita a população apenas às informações que servem aos interesses da própria administração.

A liberdade de expressão é essencial para garantir um fluxo livre e diversificado de informações, permitindo que os cidadãos tenham acesso a diferentes perspectivas e opiniões. Através das mídias, é possível obter uma compreensão mais completa e crítica dos assuntos, promovendo um debate público saudável e a formação de opiniões informadas.

Quando o Poder Público busca controlar ou manipular a imprensa, minando sua liberdade e independência, isso representa uma ameaça à democracia e ao direito dos cidadãos de receberem informações transparentes e imparciais. Portanto, a proteção da liberdade desses direitos e o acesso irrestrito à informação são essenciais para a garantia de uma sociedade informada, participativa e pluralista.

É importante ressaltar que, apesar dessa liberdade, a mesma não é absoluta. A atuação das mídias deve ser pautada com responsabilidade, evitar excessos e falsas informações. A divulgação de informações de maneira agressiva e equivocada pode causar danos à imagem de pessoas ou violar outros direitos fundamentais, o que pode levar a responsabilidades civis ou penais.

A liberdade de imprensa não deve ser exercida de forma irresponsável, comprometendo a integridade e os direitos das pessoas envolvidas. Os profissionais de imprensa têm o dever de buscar a veracidade dos fatos, a imparcialidade na apresentação das informações e o respeito aos direitos individuais.

Em casos de divulgação de informações falsas, caluniosas ou difamatórias, as pessoas afetadas podem buscar reparação por meio de ações judiciais, como indenizações por danos morais. Além disso, em situações mais graves, em que há a prática de crimes, como difamação ou injúria, os responsáveis podem ser objeto de ações penais.

4.1 Estereótipos midiáticos nas eleições de 2018 e o PL 2630: Análise da influência da mídia na construção de imagens e o impacto na proposta de regulamentação da desinformação online.

Durante as eleições presidenciais de 2018 no Brasil, a mídia desempenhou um papel significativo na formação de estereótipos em relação aos candidatos. Os veículos de comunicação exerceram uma influência poderosa na construção de narrativas e na moldagem da opinião pública, muitas vezes reforçando estereótipos que afetaram a percepção dos eleitores.

Um exemplo marcante foi a forma como os candidatos foram retratados em relação à sua imagem pessoal. A mídia frequentemente enfatizava preconceitos que associavam determinadas características físicas ou comportamentais a determinados candidatos. Isso pode ser observado, por exemplo, na maneira como o candidato Jair Bolsonaro foi frequentemente retratado como um político "durão" e agressivo, sendo associado a determinadas ideologias ou grupos políticos de forma simplista e muitas vezes distorcida.

Outro estereótipo reforçado pela mídia foi a ideia de que certos candidatos representavam um "perigo" para a sociedade ou para determinados grupos, criando um clima de temor e desconfiança em relação a eles. Essa representação muitas vezes exagerada e sensacionalista contribuiu para a disseminação de notícias falsas e informações distorcidas sobre os candidatos.

Nesse cenário, as eleições presidenciais de 2018 no Brasil foram marcadas por uma intensa propagação de notícias falsas sobre os candidatos nas redes sociais, as quais tiveram impactos significativos no debate público e nas formações de opinião dos eleitores.

A partir desse contexto, o então Senador Alessandro Vieira do PSDB (Partido Social da Democracia Brasileira) criou o Projeto Lei 2630, de 2020 com o escopo narrativo de combater a disseminação de falsas notícias e uso indevido das redes sociais no Brasil.

No entanto, a PL 2630, conhecida popularmente como “PL da Censura”, tem sido objeto de debate e controvérsias, uma vez que pode levar à censura e à restrição da liberdade de expressão, possibilitando que a lei seja usada por políticos inescrupulosos, com o objetivo de silenciar oposições e limitar o acesso à informação.

4.2 Projeto Lei nº 2630, de 2020 (Lei das Fakes News ou PL da Censura)

O “PL da Censura”, ou mais formalmente chamado de Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, foi aprovado em 2020 pelo Plenário e é controverso em relação ao seu impacto na liberdade de expressão e privacidade online.

Embora diga-se que a intenção da lei seja combater a disseminação de notícias falsas e desinformação na internet, muitos especialistas e defensores dos direitos humanos argumentam que a lei tem o potencial de ser usada para censurar vozes dissidentes e limitar a liberdade de expressão. A mesma permite que as autoridades brasileiras ordenem a retirada de conteúdo online que seja considerado falso ou enganoso, sem a necessidade de uma ordem judicial prévia, além de estabelecer novas regras para plataformas de redes sociais e aplicativos de mensagens, exigindo que elas criem mecanismos para rastrear a origem do conteúdo compartilhado em massa, e para identificar usuários que utilizam contas falsas ou robôs para disseminar desinformação. No entanto, isso pode levar a uma maior vigilância dos usuários e à violação da privacidade online e, dessa forma, sendo vista como um retrocesso para a liberdade de expressão.

Desde a aprovação do projeto lei, o judiciário tem sido o ator principal na sua implementação e aplicabilidade, tendo como uma das principais questões o desrespeito à Constituição Federal de 1988, uma vez que alguns dispositivos da lei podem ser interpretados como violação aos direitos fundamentais.

4.2.1 Projeto Lei nº 2630, de 2020 e as violações constitucionais

Na Constituição Federal de 1988, mais precisamente nos Princípios Fundamentais que regem os Direitos e Garantias Fundamentais, no artigo 5º, fica estabelecido que todas as pessoas são consideradas iguais perante a lei, sem qualquer tipo de discriminação. Isso garante tanto aos cidadãos brasileiros quanto aos estrangeiros que residem no país, o direito inviolável à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O mencionado artigo também afirma que é permitida a livre manifestação do pensamento, desde que não seja de forma anônima.

Nesse mesmo dispositivo constitucional, é estabelecida uma "cláusula geral" que garante a liberdade de expressão em diversas áreas, tais como: liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); liberdade de expressão artística; liberdade de

ensino e pesquisa; liberdade de comunicação e informação (também conhecida como liberdade de imprensa); e liberdade de expressão religiosa.

Nesse cenário, o artigo 5º da Constituição Federal vem como garantidor da liberdade de expressão, onde diz que “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato”; e o artigo 220, que versa que

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

No que diz respeito ao PL 2630/2020, em seu artigo 1º, é estabelecido o objetivo de assegurar a ampla liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento. Essa proposta legislativa busca implementar um conjunto de diretrizes conhecido como "boas práticas", a fim de combater o que é considerado como "comportamento inautêntico".

Contraditoriamente, a mencionada legislação, ao estabelecer diretrizes para a regulamentação da Liberdade de Expressão, comunicação e pensamento, de acordo com o artigo 3º, fundamenta-se nos seguintes princípios:

Da liberdade de expressão e de imprensa; Garantia dos direitos de personalidade, da dignidade, da honra e da privacidade do indivíduo; Respeito ao usuário em sua livre formação de preferências políticas e de uma visão de mundo pessoal; Responsabilidade compartilhada pela preservação de uma esfera pública livre, plural, diversa e democrática; Garantia da confiabilidade e da integridade dos sistemas informacionais; Promoção do acesso ao conhecimento na condução dos assuntos de interesse público.

O disposto no PL 2630/2020, paradoxalmente, em relação aos princípios constitucionais da Liberdade, estabelece em seu artigo 4º o objetivo de fortalecer o processo democrático por meio do combate ao "comportamento inautêntico" e da moderação do conteúdo publicado na Internet. Essa abordagem pode parecer ilógica e incoerente, uma vez que a Lei se baseia em princípios constitucionais, como a Liberdade, enquanto busca implementar medidas de moderação, regulação e limitação do número de encaminhamentos. Além disso, a criação de códigos de conduta para redes sociais e serviços de mensagem

privada no uso da plataforma por terceiros pode ser considerada incompatível com o que é estabelecido no artigo 220 da Constituição Federal de 1988.

Deve-se também ressaltar que o referido Projeto de Lei afronta a Declaração Universal de Direitos Humanos, valendo lembrar seus artigos 19 e 27:

Artigo 19. Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

Artigo 27. Toda pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.

Com isso, percebemos a incompatibilidade dos princípios constitucionais e o PL da Censura, sendo uma grande violação dos mesmos, o qual restringe a opinião e liberdade de expressão do indivíduo, deixando em poder do Estado decidir o que poderá ou não ser dito.

CONCLUSÃO

Ao longo dos anos, a mídia tem desempenhado um papel fundamental na criação de estereótipos criminais, retratando determinados grupos sociais de maneira negativa e reforçando ideias preconceituosas. Isso ocorre tanto pela seleção seletiva de histórias sensacionalistas, quanto pela linguagem e imagens utilizadas, contribuindo para a estigmatização de certas comunidades e indivíduos.

Com o advento das redes sociais e a disseminação em massa de informações, a desinformação tornou-se um problema cada vez mais significativo. Notícias falsas, boatos e teorias conspiratórias têm o potencial de causar danos irreparáveis, alimentando o medo, o ódio e a polarização social.

Diante desse cenário, a PL 2630 surge como uma resposta legislativa para combater a desinformação e suas consequências nocivas. Enquanto uma lei que busca regulamentar o uso das redes sociais, no entanto, é importante reconhecer que o desafio de controlar efetivamente a desinformação é complexo e envolve uma série de considerações, como a preservação da liberdade de expressão e o equilíbrio entre regulação e inovação tecnológica.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Nicole Bianchi; CHAVES, Glenda Rose Gonçalves. **Liberdade de imprensa, direitos de personalidade e presunção de inocência**. Belo Horizonte: Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, 2012. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D19-09.pdf>. Acesso em: 28 abr 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 2630/20. **Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet**. Câmara dos Deputados. 2020b Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1909983>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956. **Define e pune o crime de genocídio**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, out. 1956. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm> Acesso em: 10 jun. 2022.

_____. Lei nº 5.250, de 9 de julho de 1967. **Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm. Acesso em: 15 abr 2022.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS. Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros. Vitória, agst. 2007. Disponível em: https://fenaj.org.br/wp-content/uploads/2014/06/04-codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

FONSECA, Adriano Almeida. **O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional**. 1999. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/162/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-e-sua-repercussao-infraconstitucional>. Acesso em 12 mai 2023.

LIMA, Marcus & PEREIRA, Marcos. **Estereótipos, preconceitos e discriminação: perspectivas teóricas e metodológicas**. Salvador: EDUFBA, 2004.

MACCALÓZ, Salete. **O Poder Judiciário, os Meios de Comunicação e Opinião Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <https://www.unicef.org> Acesso em: 8 abr 2023.

PEREIRA NETO. Luiz Fernando. **O princípio do estado de inocência e a sua violação pela mídia**. Porto Alegre: Congresso Internacional de Ciências Criminais. 2011. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz_Fernando.pdf>. Acesso em 9 mai 2023.

ROSSI, Mariane. Mulher espancada após boatos em rede social morre em Guarujá, SP. **G1 Globo**. Santos, 05 de maio de 2014. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>>.

SILVA. Luciano Luis Almeida. **Dignidade da pessoa humana, presunção de inocência e liberdade de expressão – efetivação da garantia constitucional e combate à estigmatização precoce do acusado**. Revista da Ejuse, Aracaju, n.22, p.166-169, 2015.

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA FAINOR: AS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS GARANTIDORES DO ACESSO À JUSTIÇA

Ana Carolina Silva e Santos¹⁰

Micheline Flores Porto Dias¹¹

RESUMO: A presente pesquisa tem como finalidade estudar a efetivação do princípio do acesso à justiça por meio do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) de uma faculdade privada, situada no município de Vitória da Conquista/BA. Para tanto, analisaram-se as audiências de conciliação realizadas no Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Independente do Nordeste (NPJ/FAINOR), no período de 2020 a 2022, ressaltando-se que as partes envolvidas nas sessões de conciliação são pessoas economicamente vulneráveis, que buscam uma solução jurídica mais adequada para suas demandas, especialmente em questões de Direito de Família. A adoção de métodos mais apropriados para a resolução dos conflitos, em alternativa às ações litigiosas, vem ganhando cada vez mais popularidade no ordenamento jurídico brasileiro, por atender de maneira mais efetiva aos interesses das famílias, além de favorecer a celeridade processual e desafogar as Varas da Justiça Comum de inúmeras demandas. Portanto, esta pesquisa busca compreender de que forma os Núcleos de Prática Jurídica podem tornar-se ainda mais eficazes na promoção do acesso à justiça para a comunidade hipossuficiente do município de Vitória da Conquista. Nesse sentido, as investigações foram conduzidas por meio de um procedimento empírico, aplicado durante a pesquisa básica de campo, com base no estudo de caso dos processos judiciais assistidos pelo NPJ e em seus arquivos. Para orientar o processo de coleta e análise dos dados referentes aos anos de 2020, 2021 e 2022, no âmbito do Direito de Família no Núcleo de Prática Jurídica da FAINOR, foi adotada uma abordagem qualitativa e quantitativa, valendo-se do método indutivo. Ademais, procedeu-se a uma revisão bibliográfica, apoiada em artigos científicos, livros doutrinários, portarias, resoluções do governo federal e legislação pertinente, a fim de alcançar os objetivos propostos.

Palavras-chave: núcleo de prática jurídica; acesso à justiça; conciliação; população hipossuficiente

ABSTRACT: This study aims to examine the realization of the principle of access to justice through the Legal Practice Center (Núcleo de Prática Jurídica – NPJ) of a private college located in the municipality of Vitória da Conquista, Bahia, Brazil. To that end, conciliation

¹⁰ Graduanda em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR). Vice-Diretora da Liga Acadêmica de Direito Constitucional - Ruy Barbosa (LADC – Ruy Barbosa).

¹¹ Doutora em Desenvolvimento e Meio Ambiente e Mestre em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Professora de Direito da Universidade do Estado da Bahia (UNEB - Campus XX - Brumado) e da Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR).

hearings held at the Legal Practice Center of Faculdade Independente do Nordeste (NPJ/FAINOR) from 2020 to 2022 were analyzed, highlighting that the parties involved in these conciliation sessions are economically vulnerable individuals seeking a more suitable legal solution for their claims, especially in Family Law matters. The adoption of more appropriate methods for dispute resolution—alternatives to litigious proceedings—has been gaining increasing traction in the Brazilian legal system, as it more effectively addresses family interests, expedites legal processes, and reduces the caseload of Common Justice Courts. Therefore, this research seeks to understand how Legal Practice Centers can become even more effective in promoting access to justice for the underprivileged community in Vitória da Conquista. To achieve this, the investigation was conducted through an empirical procedure applied during basic field research, grounded in a case study of the judicial proceedings handled by the NPJ and retained in its archives. In order to guide the collection and analysis of data for the years 2020, 2021, and 2022 within the scope of Family Law at FAINOR's Legal Practice Center, a qualitative and quantitative approach was adopted, making use of the inductive method. Furthermore, a bibliographic review was carried out, supported by scientific articles, doctrinal books, federal ordinances, resolutions, and pertinent legislation, with the aim of achieving the proposed objectives.

Keywords: center for legal practice; access to justice. conciliation proceedings. economically vulnerable population

SUMÁRIO: Introdução; 1. O princípio constitucional do acesso à justiça e os seus entraves; 2. Os métodos adequados de solução dos conflitos; 2.1 Conceitualização e diferença entre os métodos; 2.2 A aplicação da conciliação nas demandas familiares; 3. O Núcleo de Prática Jurídica da FAINOR como forma de promoção do acesso à justiça; 3.1 O Núcleo de Prática Jurídica da FAINOR; 3.2 As audiências de conciliação promovidas pela FAINOR em questões de direito de família; Conclusão; Referências

1. INTRODUÇÃO

Os entraves para a efetiva aplicação do princípio de acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro não são atuais. Nas palavras do autor Paulo Cesar Bezerra (2001), o acesso à justiça transpassa o pensamento de mero acesso às vias do judiciário, visão que ele denomina de "acesso ao processo", para chegar aos problemas éticos-sociais em seu plano de realização. Contudo, apesar de ser reconhecido que o acesso à justiça é um direito natural e inerente do ser humano, considerado um valor maior e mais amplo, um dos grandes problemas para a sua concretização está atrelado diretamente aos aspectos sociais e econômicos que impedem as pessoas hipossuficientes de pleitearem os seus direitos perante

os magistrados, seja pela ausência de recursos financeiros para arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios, seja pela morosidade dos institutos do Poder Judiciário.

Em razão da vagarosidade das Varas de Família e demais órgãos do Poder Judiciário, os métodos alternativos ao processo litigioso de solução de conflitos se tornaram ferramentas na promoção do acesso à justiça de forma célere. O Código de Processo Civil, ao coordenar o rito das ações de alimentos, prevê, como procedimento obrigatório, a realização de audiência prévia de conciliação, tendo a finalidade de promover rápida e eficaz solução do conflito, não sendo comedido esforços para que seja realizado acordo consensual entre as partes sobre a demanda, sem que haja “vencidos” e “vencedores”.

Por conseguinte, a escolha do presente tema: “Núcleo de Prática Jurídica da FAINOR: as audiências de conciliação como instrumentos garantidores do acesso à justiça” se faz mister em razão da necessidade do Núcleo de Prática Jurídica e da sua importância perante a sociedade, sendo o questionamento que move a pesquisa como esses órgãos - que atuam diretamente no Município de Vitória da Conquista/BA - poderão se tornar mais efetivos para garantir o acesso à justiça à população hipossuficiente.

Ademais, vislumbra-se que a presente pesquisa será capaz de promover avanços não só de cunho acadêmico, mas representará reais progressos nos estudos e desenvolvimento dos Núcleos de Prática Jurídica de diferentes Faculdades de Direito, por todo o território nacional. Dessa forma, os NPJs, órgãos destinados para a união pelos estudantes de conhecimentos teóricos com a experiência prática da rotina de um advogado, poderão auxiliar a comunidade em que atuam na realização de seus direitos de maneira concreta, contribuindo para a sua efetivação, sobretudo na perspectiva do princípio constitucional de acesso à justiça.

Logo, para que as premissas estabelecidas sejam cumpridas, a metodologia utilizada durante o trabalho se concretizou por meio da pesquisa de campo básica, através de uma análise exploratória de estudo de caso, por intermédio da investigação dos dados de um determinado Núcleo de Prática Jurídica de uma Faculdade de Ensino Privado, a FAINOR, sobre os processos da área de família em que foram realizadas as audiências de conciliação nos salões do NPJ, o que possibilitou atingir os objetivos propostos. Afinal, mostrou-se necessária a revisão bibliográfica, fazendo uso de artigos científicos, livros doutrinários,

análise de artigos científicos, resoluções e portarias emitidas pelo Governo Federal e demais órgãos competentes sobre a demanda.

2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA E OS SEUS ENTRAVES

O princípio do acesso à justiça, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal como um direito fundamental, ao longo de sua existência no ordenamento jurídico brasileiro, recebeu inúmeras interpretações sobre seu alcance e sua eficácia, sendo pautas no meio acadêmico a busca por ferramentas e instrumentos que viabilizem a sua aplicação (Brasil, 1988).

O inciso XXXV expressamente pontua que a lei nacional não excluirá da tutela jurisdicional lesões sofridas ou ameaças a direitos protegidos, garantindo assim, a todas as pessoas no território nacional, ao menos em teoria, a possibilidade de recorrer jurisdicionalmente à proteção do Estado em seus conflitos de interesse, bem como obter uma decisão justa e razoável (Brasil, 1988).

Ao elencar o acesso à justiça ao patamar de princípio constitucional, assim como direito fundamental em 1988, o legislador conferiu a esse instituto o status legal de *norma-princípio*, sendo um mandamento nuclear, em que se almeja a otimização, para que seja extraído o máximo de resultados efetivos deste dispositivo legal (Ruiz, 2017).

Quando posto em pauta, a terminologia “acesso à justiça” é destrinchada, utilizando, para tanto, duas linhas de pesquisa: o acesso à justiça no que se refere a acessar o Poder Judiciário para a obtenção de sentença, ou o acesso à justiça na fase pré-processual, em que se propõem estudos sociológicos sobre esse direito natural como valor inerente ao homem (Bezerra, 2001).

Nessa perspectiva, as pesquisas aprofundadas sobre a temática do acesso à justiça, nas palavras do autor Paulo Cesar Bezerra, estão voltadas cada vez mais para o sentido formal que o termo exprime, entendendo boa parte dos aplicadores do direito e demais juristas que o seu conceito está atrelado unicamente na ampliação da admissão de processos litigados, tendo

em vista a intenção de que todo cidadão brasileiro possa exercer a sua capacidade postulatória, podendo recorrer em juízo as suas demandas e causas de pedir, em observância ao devido processo legal. Porém, o princípio ao acesso à justiça ultrapassa as esferas meramente formais, sendo um direito natural do cidadão (Bezerra,2001).

Contudo, apesar do acesso à justiça ser um direito inerente e fundamental, transpondo a acepção de unicamente ingressar com os conflitos no Poder Judiciário para receber a tutela do Estado sobre sua demanda, existem barreiras sociais a serem vencidas para que a maioria da população possa exercer de fato os seus direitos e buscar a solução dos seus conflitos.

Um dos grandes impasses para que o efetivo acesso à justiça seja atingido, em sentido material, está baseado na ausência de recursos financeiros das partes para conseguir suprir a série de despesas que são necessárias no início, durante e ao final do procedimento, como as custas judiciais, os honorários advocatícios e os possíveis honorários de sucumbência no decorrer do grande lapso temporal de duração dos processos (Capeletti, 1988).

Em uma alternativa para combater as custas judiciais, a legislação nacional prevê no Código de Processo Civil, em seus artigos 98 e 99, a concessão do benefício da gratuidade de justiça para as partes hipossuficientes, que não possuem meios suficientes para garantir o seu sustento e o de sua família e, concomitantemente, arcar com as despesas judiciais (Brasil, 2015).

Em seguida, na busca de promoção do princípio, o legislador viabilizou, por meio do inciso LXXIV, a prestação de assistência jurídica gratuita e plena às partes que comprovarem a vulnerabilidade econômica, utilizando para tanto as Defensorias Públicas na oferta dos serviços advocatícios à comunidade carente (Brasil, 1988).

Nesse sentido, o artigo 134 da Carta Magna de 1988, ao narrar sobre a função das Defensorias, prevê que serão ofertados por defensor concursado, serviços advocatícios à população necessitada, estando dentre as suas missões a orientação jurídica, o acompanhamento processual até as fases recursais, sendo sempre de forma integral e gratuita (Brasil, 2014).

Em interpretação análoga com o ordenamento vigente, por entender que a despesa que exige maior poder aquisitivo das partes é a figura dos honorários advocatícios (Capelletti,

1998), a Ordem dos Advogados do Brasil no Provimento nº 166/2015, fixou diretrizes para que seja exercida a advocacia *pro bono*, conceituada como a prestação de serviços gratuita, voluntária e eventual para pessoas que não possuem condições financeiras (Brasil, 2015).

Não obstante o esforço legislativo e da entidade representante da classe dos advogados, concedendo às partes o benefício da gratuidade de justiça ou, esporadicamente, as prestações de serviços advocatícios desde que atestem a sua hipossuficiência econômica, os entraves econômicos que impedem a efetividade do acesso à justiça persistem, assim como a morosidade das Varas de primeira e segunda instância pelo volume de ações judiciais existentes.

Na esteira desse processo, por entender que o Poder Judiciário precisava ser “desafogado” da grande gama de processos judiciais propostas pelos mais diferentes conflitos de interesses, a Lei nº 9.099/1995, dispondo sobre os Juizados Especiais, entrou em vigor. Esse instrumento foi desenvolvido com a finalidade de julgar e processar demandas de pequena monta e menor complexidade, sem que as partes estejam acompanhadas de um advogado, medida que fomentou o acesso à justiça (Brasil, 1995).

Apesar dos Juizados Especiais apresentarem significativo impacto na seara jurídica, a morosidade do Judiciário brasileiro restou comprovada, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, pelo acréscimo ao rol dos direitos fundamentais do princípio da razoável duração do processo, em uma tentativa de combate à vagarosidade, e mesmo após a inserção desse dispositivo legal, ainda não foi efetivado (Brasil, 2004).

Sob essa perspectiva, segundo dados emitidos pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no ano de 2021, sobre a vagarosidade de tramitação, restou comprovado que o tempo médio de um processo na Justiça Estadual, compreende o lapso temporal de 5 anos e 4 meses, sendo que no ano de 2021 estavam sob a análise das Varas nacionais o quantitativo de 62,4 milhões ações judiciais (Brasil, 2021).

Com fulcro nas informações levantadas, percebe-se que inúmeras tentativas legislativas e sociais foram e estão sendo feitas para ampliar o direito fundamental de acesso à justiça nos seus sentidos basilares, que ainda não são capazes de englobar o quantitativo processual ativo nas Varas e instâncias nacionais.

O acesso à justiça, norma-princípio do Estado Democrático de Direito, deve ser almejado por meio de uma interpretação capaz de integrar a vontade do legislador, bem como conseguir promover resultados úteis com os fatores sociais vigentes, enfrentando, principalmente, a excessiva judicialização dos conflitos.

A acepção do acesso à justiça, como um direito fundamental que representa a inafastabilidade jurisdicional do Estado, não deve limitar ao acesso ao Poder Judiciário, mas sim, proporcionar meios adequados para que as demandas sejam compostas extrajudicialmente, utilizando o Estado de forma subsidiária, para que seja evitada a sobrecarga do instituto que culmina na ineficaz prestação jurisdicional (Pinho; Stancati 2016)

Dessa forma, as discussões no meio acadêmico sobre o princípio constitucional do acesso à justiça, em seu plano de efetividade, buscam a operacionalização de modificações incisivas, que consigam abarcar a realidade social com as normas jurídicas vigentes no ordenamento (Capelletti, 1988). Além das onerosas despesas com honorários e custas processuais, os impasses à concretização do direito basilar da população persistem, necessitando de ferramentas capazes para alcançar a sua efetividade, como a figura dos meios adequados de solução de conflitos.

3. OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Observando os inúmeros entraves para a devida concretização e eficácia do princípio do acesso à justiça no Estado Brasileiro, os meios adequados de solução de conflitos se tornam uma ferramenta, em que as próprias partes, por intermédio de um terceiro não interessado e imparcial, conseguem chegar a um acordo, através de concessões mútuas que irão facilitar o cumprimento da decisão, uma vez que, não há partes “vencidas” e “vencedoras”, quando comparado às sentenças judiciais (Cappelletti, 1988).

Com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, os métodos alternativos de solução de conflitos, em especial a conciliação, ganharam força no ordenamento, porém, essa não foi a primeira vez em que a conciliação adquiriu pujança na codificação.

O processo histórico da inserção desse dispositivo na legislação nacional foi lento e gradual. As Constituições vigentes, em sua maneira, tentaram inserir esse instituto como forma de promover maior celeridade à solução das demandas, assim como evitar a

judicialização de demandas. Porém, foi somente com a Constituição Imperial Brasileira, promulgada em 1924, que enfim a conciliação ganhou maior força perante o ordenamento, possuindo pela primeira vez o caráter de norma constitucional (Cavalcante, 2013).

Contudo, a conciliação não foi aceita na sociedade brasileira de forma ampla a princípio, tornando-se sólida apenas em 29 de novembro de 2010, através da Resolução nº 125, quando o Conselho Nacional de Justiça reintroduziu esse método através da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, por meio de política pública com a finalidade de promover e incentivar uma solução pacífica dos conflitos no território nacional, reduzindo assim a judicialização excessiva das demandas. Ademais, os serviços prestados pela conciliação e mediação possuem relevância significativa para os aplicadores do direito, pois contribuem para a efetivação do acesso integral à justiça (Goretti, 2021)

Devido à crescente difusão dos métodos alternativos de solução de conflito no setor judiciário, em virtude do avanço legal advindo do Código de Processo Civil de 2015 na busca da desjudicialização de demandas, em que se tornou obrigatório a determinação de audiência prévia de conciliação, percebe-se que as sessões de acolhimento, tanto a mediação quanto a conciliação, possuem impactos significativos na esfera jurídica (Brasil, 2020).

O artigo 165 do CPC, ao determinar as diretrizes para a utilização das ferramentas de meios adequados, estabeleceu que os Tribunais Regionais seriam os responsáveis pela criação de centros judiciários voltados para a atuação prática de sessões de conciliação e mediação, propagando entre as partes a resolução de suas demandas pela autocomposição, partindo de princípios basilares como a imparcialidade, confidencialidade e autonomia de vontade (Brasil, 2015).

No decorrer de três anos em vigência (entre 2016 e 2019), a partir da previsão legal no CPC, os dados quantitativos a respeito das sentenças homologatórias de acordo cresceram 5,6% (Brasil, 2020). Com a crescente demanda pela desjudicialização dos conflitos, as audiências de conciliação e mediação se tornaram opções necessárias para que seja feita a maior ampliação do acesso à justiça.

Complementarmente, tendo em vista a alta requisição dos métodos alternativos, sejam eles a conciliação e mediação, restou definido pelo Enunciado nº 25, da Jornada de Processo Civil, que esses procedimentos passaram a ser realizados através das plataformas digitais, como a videoconferência, trocas de mensagens, dentre outras técnicas informatizadas que viabilizem a sua promoção (Conselho de Justiça, 2017).

Ao se referir aos métodos de solução do conflito de forma extrajudicial, a conciliação e a mediação ganharam espaço na sociedade brasileira ao longo dos anos, como forma de diminuir a quantidade de demandas ao Poder Judiciário, além de conseguirem promover uma solução mais célere aos conflitos (Cappelletti, 1988). Entretanto, ao ser analisada a frequência e a descrição dos meios adequados de solução dos conflitos, percebe-se que os dois institutos alternativos à litigância pela via judicial são comumente utilizados como sinônimos de forma equivocada.

3.1 Conceituação e diferença entre os métodos

Inicialmente, é necessário realizar uma diferenciação conceitual entre os meios adequados de solução dos conflitos, apontando as principais divergências entre os meios autocompositivos, sendo eles a negociação, a conciliação, a mediação, e por fim a arbitragem, tendo em vista a utilização de forma inadequada no setor jurídico como se fossem o mesmo instituto, o que não pode se perpetrar.

O primeiro dos métodos a ser destrinchado, o instituto da negociação, é conceituado na doutrina nacional como uma resolução de conflitos feita, em regra, pelas próprias partes, podendo ou não estar representadas – ou negociantes – de forma direta e extrajudicial, visando a máxima satisfação, partindo da premissa de que não há um oponente a ser vencido, mas sim, participantes que devem ter os seus objetivos atingidos e individualidades respeitadas por meio da cooperação entre as partes (Hanthorne, 2022).

A sua principal discrepância da conciliação e mediação está baseada no fato de que durante a negociação não há a interferência de terceiros, já que ainda existe um diálogo entre as partes, e até mesmo há a possibilidade de se falar em confiança entre os negociantes (Hanthorne, 2022).

O segundo método aplicado nas sessões de acolhimento, seja extrajudicial ou judicial, é a conciliação. A sua definição está elencada como o instrumento em que as partes, por intermédio de um conciliador imparcial, que poderá sugerir alternativas, chegam a um acordo que será homologado, quando disser respeito a direito indisponível, passando ao *status* de decisão judicial (Brasil, 2015).

A conciliação, por sua própria terminologia de origem latina, significando o ato de harmonizar os sujeitos que estão em divergência, deve ser utilizada, preferencialmente, quando não há vínculo anterior entre os sujeitos que participam da sessão, como em situações de acidente de trânsito, consumo ou indenização (Mendes, 2009).

Já ao se referir à mediação, entende-se como meio consensual para a solução de determinado conflito de interesses, em que os sujeitos, elegem mediador – terceiro não interessado, imparcial e treinado – para que possa proporcionar o diálogo entre os requerentes, de modo a facilitar a comunicação, ampliando assim a possibilidade de solução pacífica e que produza efeitos produtivos (Tartuce, 2021).

Dessa forma, a legislação nacional dispõe a organização e os critérios para a atuação do mediador, estando presentes no artigo 165 do CPC, que preleciona a aplicação da mediação, preferencialmente, em questões com vínculo prévio entre as partes que participam da sessão, de forma que as próprias partes consigam chegar, após concessões mútuas, a um resultado eficaz (Brasil, 2015).

Inclusive, existe regramento específico para tratar sobre o procedimento, enquadrada na Lei nº 13.140, conhecida como Lei de Mediação, definindo-a como atividade praticada por uma terceira pessoa imparcial, que possua conhecimentos técnicos, sem qualquer poder decisório, voltada a estimular o diálogo entre as partes para que eles cheguem a solução por si próprios (Brasil, 2015).

Por último, um dos instrumentos utilizados como forma de desjudicializar as demandas e promover resultados céleres, sendo considerado um meio heterocompositivo, o instituto da arbitragem, codificado na Lei nº 9.307 de 1996, tendo sofrido atualizações por meio da Lei n. 13.129 de 2015 (Hanthorne, 2022).

A arbitragem se desvincula dos demais mecanismos abordados pelo seu caráter privado, sendo feito através de um terceiro imparcial, que, utilizando os seus conhecimentos técnicos-jurídicos, emitirá ao final do procedimento uma decisão que vinculará as partes a realizarem o acordado, possuindo a mesma eficácia que uma sentença judicial (Hanthorne, 2022).

Através desse panorama geral a respeito dos métodos alternativos de solução dos conflitos, pode-se identificar que eles possuem grandes vantagens a serem empregadas no setor jurídico, seja na promoção de medidas céleres, eficazes, menos onerosas e que ajudam a manter o relacionamento entre os sujeitos, seja por meio de sua colaboração para ser declarada a solução do conflito.

Não obstante as inúmeras vantagens e contribuições dos mecanismos desenvolvidos pela negociação e arbitragem, o foco de estudo e análise a seguir será na vinculação dos meios conciliação e mediação em processos judiciais e extrajudiciais que versem sobre direito de família, implementados pela legislação, para que a construção da resolução do problema possa ser concluída.

3.2 A aplicação dos métodos no Direito de Família

O Direito das Família é o ramo do direito voltado ao estudo e as análises relativas à organização da família e das relações afetivas que permeiam a sociedade, sendo um âmbito jurídico em constante alteração e interpretação, graças às mudanças sociais e à reestruturação das relações afetivas, tendo em vista o afeto ser o centro gravitacional que rege essa cadeira jurídica (Farias; Rosa, 2023). Nesse sentido, o Direito das Famílias tem como finalidade o estudo dos institutos que versem sobre casamento, relações de parentesco, filiação, alimentos, bem de família e os regimes de guarda, curatela e tutela.

Ao trazer os meios adequados de solução de conflitos para a seara familiar, os métodos que melhor se adequam às exigências e necessidades específicas das relações afetivas pré-existentes são a conciliação e a mediação. Nas palavras dos doutrinadores Conrado Paulino da Rosa e Leonardo Barreto Moreira Alves, esses instrumentos passaram a ganhar notoriedade no âmbito das famílias por meio dos avanços no Código de Processo Civil nos artigos 693 a 699, tendo em vista que, após a Constituição Federal de 1988, houve

uma significativa redução da intervenção do Estado nas relações familiares, fomentando a autonomia privada dos próprios componentes (Alves; Rosa, 2023).

Sob essa perspectiva, os autores apresentam que a conciliação deverá ser utilizada preferencialmente em processos consensuais breves em que não há vínculos anteriores entre as partes. Enquanto a mediação, nas palavras dos autores, a melhor opção a ser aplicada nas áreas de família, objetiva alterar a posição de conflito, buscando que as partes se tornem colaboradores e promovam a solução de forma autônoma, através de benefícios mútuos (Alves; Rosa, 2023).

Com base nesse entendimento, compreendendo-se os benefícios na utilização dessas ferramentas, sendo eles a celeridade da resolução dos conflitos, o menor custo nas despesas processuais, além da pacificação no conflito, o Código de Processo Civil passou a implementar essas ferramentas, estimulando a sua adoção pelos magistrados, advogados e todos os servidores do Poder Judiciário (Brasil, 2015).

No que pese o âmbito familiar, a legislação processual civil consagrou a prévia tentativa de resolução consensual nos artigos 694 e 695, propondo que, nas ações de família, o Estado não irá mensurar esforços para que seja determinada uma solução consensual entre os sujeitos, podendo a audiência ser dividida em quantas sessões o terceiro interventor achar necessárias para o bom funcionamento do procedimento (Brasil, 2015).

Sobre essa ótica, a aplicação dos métodos autocompositivos no ramo do direito de família, observando que a sua finalidade é restabelecer a comunicação entre as partes para preservar os relacionamentos, representa a maneira mais eficaz de solucionar o litígio entre os sujeitos, sendo verdadeira ferramenta de promoção do acesso à justiça, sobretudo por esses litígios exigem maior sensibilidade (Martins, 2018).

Logo, por se mostrarem como instrumentos necessários na promoção do acesso à justiça, especialmente na área de família, bem como por representarem aspectos importantes no setor acadêmico, os métodos alternativos de solução de conflitos são amplamente ensinados nas Faculdades de Bacharelado em Direito e promovidas em alguns Núcleos de Prática Jurídica, viabilizando o ensino científico com a prática da advocacia.

4. O NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA FAINOR COMO FORMA DE PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

A princípio, cabe destacar que o presente tópico foi redigido com base na pesquisa de campo realizada no Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Independente do Nordeste, com projeto de pesquisa submetido à Plataforma Brasil, seguindo todos os trâmites e diretrizes necessários, sendo assumido pelos participantes o compromisso de confidencialidade dos dados adquiridos, estando o projeto aprovado pelo Comitê de Ética nº 5578, respeitadas as normas definidas na Resolução 466/12.

Assim, é necessário ressaltar, que não houve a aplicação do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido a ser assinado pelos clientes do Núcleo, uma vez que não foram aplicadas entrevistas diretas, mas sim a coleta de dados e informações já existentes no órgão, o que permitiu a devida proteção a identidade dos clientes, sobretudo por serem processos que tramitam em segredo de justiça, restando asseguradas a privacidade e a confidencialidade dos dados pessoais dos sujeitos indiretamente atingidos.

Para que os resultados pudessem ser alcançados, utilizou-se a aplicação da metodologia pelo procedimento empírico durante a produção da pesquisa básica de campo, com o fim de realizar um estudo de caso dos processos judiciais assistidos pelo NPJ. Nesse sentido, para nortear o caminho percorrido no processo de coleta e análise dos dados, que teve abordagem qualitativa e quantitativa, foi elementar a utilização do método indutivo, pois a partir do estudo de caso dos processos judiciais e extrajudiciais, no âmbito do Direito de Família, promovidos pelo Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Independente do Nordeste, deu-se a explicação das premissas estabelecidas (Lakatos, Marconi, 2021).

Logo, a pesquisa empírica, envolveu a coleta de dados referentes aos anos de 2020, 2021 e 2022, no Núcleo de Prática Jurídica da FAINOR. Em seguida, foi realizada a análise das informações adquiridas de acordo com o método indutivo, em estudos quali-quantitativos. Quantitativamente, para identificar os valores numéricos referentes a quantidade de atendimentos e audiências realizadas, o número de clientes recebidos naquele período. E qualitativamente, para identificar a eficácia desse órgão na promoção do acesso à justiça à população vulnerável no Município de Vitória da Conquista.

A partir da Portaria nº 1.886 de 1994, emitida pelo Ministério da Educação, restou fixado que as instituições de ensino superior que ofertam o curso Bacharelado em Direito, na busca pelo melhor aproveitamento do ensino-aprendizagem pelos estudantes, na tentativa de conciliar os ensinamentos teóricos com a prática da rotina de um advogado, deveriam criar, em sede de extensão, os Núcleos de Prática Jurídica, para que sejam realizados os estágios supervisionados obrigatórios, com a supervisão de professores, exigindo do aluno diversas atividades, sendo uma delas o acompanhamento de audiências de mediação e conciliação (Brasil, 1994).

Consoante essa resolução, em seu artigo 10, restou delimitado o estágio obrigatório realizado no Núcleo de Prática Jurídica, que deverá ser supervisionado pela instituição de ensino, totalizando o montante de 300 horas de atividades práticas. As atividades práticas realizadas pelos discentes da graduação são variadas, e em estreita ligação ao disposto nas diretrizes do artigo 3º, que assegura ao aluno sólida formação geral, axiológica, garantindo que se torne capaz de realizar argumentação consistente, por meio da interpretação e valorização dos fatos sociais e jurídicos, tornando o discente apto à prestação da justiça.

Após a definitiva obrigatoriedade das audiências de conciliação e mediação como formas de promoverem a antecipação do pleito na modalidade extrajudicial, os Núcleos de Prática Jurídica (NPJ), buscando oportunizar aos discentes do curso de Direito um exemplo do que estará à espera deles ao final de sua graduação, consagram como matéria obrigatória o Serviço de Assistência Jurídica (SAJ), conforme exige as diretrizes emitidas pelo Ministério da Educação, na Portaria nº 1.886.

Nesse sentido, durante os componentes do Serviço de Assistência Jurídica (SAJ), o futuro bacharel em direito será submetido à verdadeira experiência da rotina do advogado, realizando o atendimento das partes, pesquisa e elaboração de peças processuais, e, principalmente, participará das audiências de conciliação que forem designadas a serem realizadas nos próprios salões do NPJ destinados para tal fim.

Sob esse aspecto, para que os resultados das premissas estabelecidas sejam alcançados, utilizando como objeto de análise o Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR), busca-se compreender como este órgão atrelado ao

curso de Bacharelado em Direito poderá se tornar mais efetivo para garantir o acesso à justiça à população economicamente vulnerável.

4.1 O Núcleo de Prática Jurídica da FAINOR

A Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR) possui ampla influência na cidade de Vitória da Conquista, assim como na região sudoeste do Estado da Bahia. No município acunhado de "Suíça Baiana", a instituição oferece não só o ensino superior, como também atua diretamente na sociedade conquistense, seja disponibilizando seu espaço para a vacinação em massa contra o vírus da COVID-19, seja através dos Núcleos de Prática, responsáveis pelo atendimento à comunidade carente, oferecendo a prestação de serviços por meio do estágio obrigatório dos discentes de diferentes graduações, como direito, odontologia, psicologia e estética.

Por conseguinte, ao vislumbrar o Núcleo de Prática Jurídica Desembargador Carlos Alberto Dutra Cintra, percebe-se que este possui grande repercussão na sociedade conquistense referente aos assuntos de matéria jurídica, ao possibilitar à população hipossuficiente atendimento nas esferas do direito civil e penal, sobretudo em ações de direito de família, conforme explicita a Resolução CA Nº 004/2015.

Com base nessa Resolução, o Núcleo de Prática Jurídica – NPJ é o órgão complementar da Faculdade Independente do Nordeste – FAINOR, subordinado academicamente ao Colegiado do Curso de Direito, local destinado para os discentes matriculados nas disciplinas de Serviço de Assistência Jurídica realizarem, por intermédio do corpo docente de seis professores do curso de direito e de dois funcionários colaboradores, o cumprimento do estágio curricular obrigatório (Vitória da Conquista, 2015).

Assim como rege a Resolução CA Nº 003/2015, que determina o Manual de Orientações do Estágio Curricular, a carga horária da disciplina Serviço de Assistência Jurídica deve ser atingida durante as quatro disciplinas sucessivas do SAJ, iniciando o estágio no 7º semestre do curso com o SAJ I, findando a grade com o SAJ IV no 10º semestre (Vitória da Conquista, 2015).

O NPJ da Fainor funciona das 8:00 às 18:00 horas, de segunda à sexta, sendo as turmas de SAJ formadas por grupos de no máximo 10 alunos, divididos em duplas ou trios

para que possam exercer as atividades curriculares esperadas com melhor aproveitamento, supervisionados por professores orientadores que também ministram disciplinas na grade do curso de direito.

O protocolo de atendimento da comunidade que usufrui dos serviços do Núcleo é repassado aos alunos durante o primeiro componente curricular. A princípio, é realizada uma triagem com os clientes, sendo analisadas o tipo de demanda, o valor da causa e demais informações imprescindíveis, antes de iniciar o atendimento com os discentes. Sobretudo, verificando a hipossuficiência econômica dos futuros clientes, identificando as suas condições financeiras.

Logo após o secretário averiguar os dados iniciais, é repassado para cada equipe de estagiário uma pasta que será referente ao seu cliente, de modo que essa pasta o acompanhará durante todo o processo no NPJ. Dessa forma, as duplas de alunos iniciarão a consulta por meio de uma ficha de atendimento, descrevendo o tipo de demanda, os dados pessoais, o objetivo do cliente e todas as informações necessárias sobre o conflito que procura solucionar.

Assim, tendo em vista que os estagiários são instruídos a tentarem, antes de ingressar com a ação litigiosa, o uso dos meios consensuais de solução de conflitos, na tentativa de promover uma solução célere, rápida e eficaz para a demanda, desde que aprovados pelas partes, é agendada uma sessão de conciliação.

4.2 As audiências de conciliação promovidas pela FAINOR em questões de Direito de Família

A resolução que rege as diretrizes do Núcleo de Prática Jurídica, sendo ela a Resolução CA Nº 004/2015, elenca no artigo 6º as áreas de atuação majoritariamente praticadas pelo órgão, estando nos incisos III e VI, que a maioria das atividades estarão voltadas para o Direito de Família e para a conciliação e mediação (Vitória da Conquista, 2015).

Portanto, após o primeiro contato com o cliente, percebendo que a demanda se enquadra para ser realizada por meio de uma sessão de conciliação (e em sua esmagadora maioria, sessões voltadas à solução de demandas familiares como divórcio, guarda e pensão

alimentícia), é programada uma sessão (em livro próprio organizado semestralmente pelos funcionários do Núcleo), sendo redigida uma Carta convite a ser entregue ao outro polo da demanda, com data e horário para ser realizada a audiência, estimulando a possível presença de advogado particular, caso deseje.

As sessões de acolhimento, como são denominadas, possuem a estrutura designada para o tipo de atendimento. Sendo colocadas as partes em uma sala climatizada, com paredes brancas, mesa oval - segundo a doutrina, deveria ser redonda -, em que os sujeitos participantes se sentam em posição equidistante, tendo a presença de dois estagiários de direito, um aluno/monitor conciliador e um professor supervisor.

Levando em consideração que o tempo médio das sessões realizadas é de uma hora (podendo esse período ser ultrapassado ou ser prosseguida em outro momento), na sala de audiência é fornecido aos estagiários um computador e um *notebook* para que possam redigir os termos de acordo pela plataforma do *Google Docs* utilizando os modelos confeccionados pelos professores, ao mesmo tempo em que os diálogos acontecem, com o objetivo de facilitar o cumprimento do termo, uma vez que as partes saem do NPJ com o documento em mãos assinado por todos os participantes. Além disso, é fornecido às partes café e água.

De acordo com as informações coletadas diretamente no banco de dados do Núcleo de Prática Jurídica da FAINOR, assim como em análise nos livros próprios organizados semestralmente das audiências, estudando o período entre 2020 e 2021, percebe-se que mesmo com a paralisação em massa das atividades rotineiras em virtude da pandemia do coronavírus, o NPJ continuou promovendo o auxílio jurídico na comunidade, realizando sessões de conciliação e demais serviços forenses.

Os dados disponíveis para análise, fornecidos pelo NPJ da FAINOR, ressaltam que durante o primeiro semestre letivo de 2020, não foram realizados atendimentos devido à suspensão inicial das atividades do Núcleo, em razão da insegurança de saúde impulsionada pela pandemia da COVID-19, que gerou significativos impactos nos serviços à comunidade. Porém, no segundo semestre de 2020, no formato remoto, foram realizadas 218 consultorias.

De forma exponencial, após vencido o receio de retorno das atividades presenciais, com a popularização da vacina contra o vírus e demais meios de prevenção da doença, e com

a ampliação de atendimentos pela modalidade remota, através das plataformas digitais como o *Google Meet*, o NPJ retornou com o quantitativo de 518 atendimentos à população no ano de 2021 (169 no primeiro semestre e 349 no segundo). Nesse sentido, comparando os anos de 2020 e 2021, percebe-se que houve um aumento significativo no número de atendimentos, com crescimento exponencial no percentual de 137,61%. (figura 1).

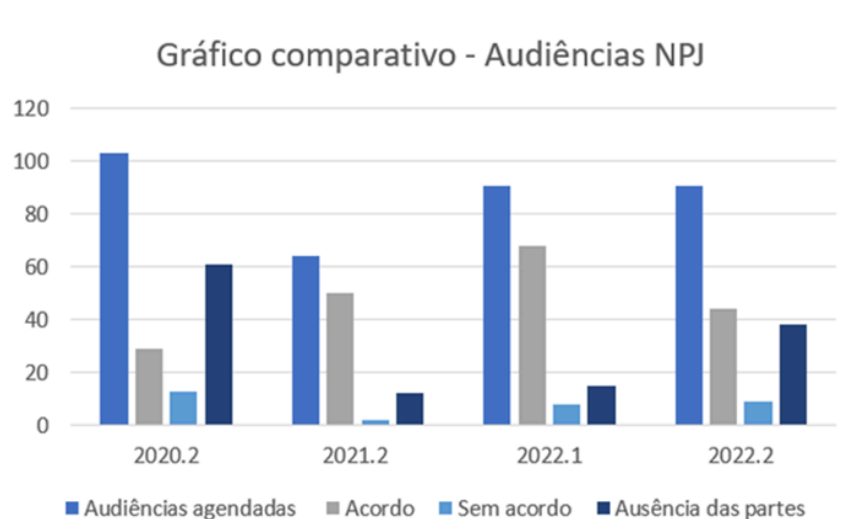
Figura 1 - Atendimentos Realizados pelo Núcleo de Prática Jurídica 2023



Fonte: AUTORIA PRÓPRIA, 2023

Em análise aos arquivos do NPJ/FAINOR, percebe-se que o segundo semestre do período letivo de 2021 demonstra com propriedade como as sessões de acolhimento realizadas pelo NPJ passaram a obter maior aprovação entre as partes que participaram das audiências, comparadas ao ano de 2020. Das 64 sessões de conciliação agendadas, entre as quais houveram 12 ausências, 2 não conseguiram realizar o acordo, as demais 50 sessões lograram êxito, resultando na confecção dos termos de acordo e protocolo para homologação judicial (figura 2).

Figura 2 - Gráfico comparativo das audiências promovidas pelo NPJ/FAINOR



Fonte: AUTORIA PRÓPRIA, 2023

Com base nos demais relatórios emitidos pelo Núcleo de Prática, analisando o semestre de 2022, houve o aumento no número de sessões de conciliação, e em ambos os períodos letivos foram agendadas 91, sendo realizados 68 acordos no primeiro semestre e 44 acordos no segundo, com grande número de ausência das partes, na quantia total de 56 abstenções (figura 2).

Sobre a ausência das partes, devem ser destrinchadas as razões que geraram esse alto índice de abstenção dos clientes após o agendamento. No livro próprio em que restam organizadas as pautas de audiência, algumas das situações que possivelmente geraram esse elevado número foram justificadas, a exemplo: não conseguiram dispensa no trabalho para comparecer, desistência da tentativa de conciliação pela preferência da via judicial ou revogação da procuração por motivos pessoais que não foram narrados.

Portanto, após a análise dos três anos mencionados, 2020, 2021 e 2022, mesmo com as mudanças sociais ocasionadas pela pandemia do coronavírus, o Núcleo de Prática Jurídica da FAINOR permaneceu atuante no município de Vitória da Conquista/BA, promovendo atendimento à população hipossuficiente, impulsionando processos e realizando as sessões de conciliação, que, em sua maioria, conforme identificado, obtiveram a realização do Termo de Acordo ao final, levado à homologação em juízo.

Assim, observa-se dessa análise documental que as sessões de conciliação realizadas na sala de audiências do NPJ conseguem contribuir diretamente na promoção de uma solução eficaz e célere dos conflitos, sobretudo em demandas na área de Família, como divórcio, alimentos, guarda e partilha de bens.

Entretanto, foi possível identificar que há a necessidade de melhorias do NPJ, tendo em vista a sua alta procura pela sociedade conquistense, para a resolução de litígios de diferentes ramos do direito. Dentre as críticas que se fazem importantes a serem mencionadas, destaca-se que o espaço utilizado é pequeno para o grande número de clientes que buscam os serviços gratuitos, existindo apenas uma única sala de mediação, o que prejudica o avanço das sessões.

Por conseguinte, é imprescindível a contratação de maior quantitativo de funcionários para gerir todas as demandas dos discentes do curso que estagiam no NPJ e do público-alvo. Com base na análise, verifica-se que apenas dois funcionários não são capazes de englobar todas as demandas de atendimento ao público nos momento da triagem e encaminhamento aos estagiários, arquivamento e gerenciamento das pastas, que guardam as informações dos clientes, bem como estarem acompanhando as atualizações processuais através da plataforma utilizada pelo órgão das intimações e citações dos atos judiciais.

Inclusive, faz-se fundamental ter à disposição do Núcleo um conciliador ou mediador profissionalmente capacitado para atuar nas demandas, ao invés de apenas estagiários e monitores que atuam como se fossem. Sendo oportuna também a capacitação de todos os advogados que trabalham na instituição em cursos de conciliadores, pois são estes que supervisionam as sessões de acolhimento, devendo estar preparados para instruir melhor os discentes e as partes quanto ao funcionamento do procedimento.

Ainda, após análise dos dados e demais informações colhidas no órgão, percebe-se que é necessário também a contratação de um assistente social e um psicólogo para acompanharem as demandas, sobretudo as que versarem sobre interesses de incapaz, para coibir a prática de possíveis alienações parentais e resguardar os interesses das crianças e adolescentes que são partes do conflito.

Sobre a necessidade de participação de profissionais para resguardar os interesses das crianças e analisar sobre possíveis práticas de alienação parental, é cabível citar o método aplicado pela Universidade Federal de Santa Catarina, no Núcleo de Mediação. Nesse órgão, vinculado ao Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito, há a criação de estágios voltados aos acadêmicos do curso de psicologia, para que atuem nas sessões de conciliação/mediação, o que poderia ser aplicado no NPJ da FAINOR tendo em vista a existência desse curso de bacharelado na instituição (Santos, Maillhart 2020).

Apesar da necessidade de progresso nos campos mencionados, em comparação a estudos feitos sobre outros Núcleos de Prática Jurídica, em especial a avaliação apreciativa feita na Faculdade de Direito do Recife (NPJ/FDR), as ações sugeridas de melhorias no órgão já são empregadas no NPJ da FAINOR há muitos anos, sendo algumas delas elencadas, como a contratação de docentes permanentes que possuem registro na Ordem dos Advogados para ministrarem as disciplinas práticas e serem os orientadores no NPJ, a limitação do número de alunos por aula, para que possam receber instruções personalizadas, e a promoção de oficinas e simpósios sobre temas do direito (Oliveira; Pereira 2017).

Dessa forma, apesar dos aperfeiçoamentos necessários, restou demonstrado através da pesquisa que o Núcleo de Prática Jurídica, por meio das suas atividades amplamente divulgadas no município, consegue ser uma verdadeira e efetiva ferramenta na promoção do acesso à justiça à comunidade economicamente hipossuficiente de Vitória da Conquista/BA. Os serviços ofertados, desde a assistência jurídica gratuita e, por conseguinte, o benefício da gratuidade de justiça, por si só representam a ampliação do acesso ao romper com as barreiras econômicas que impedem o acesso de hipossuficientes na defesa de seus direitos.

Ademais, as sessões de conciliação, por serem soluções céleres, eficazes e construídas pelas partes, conseguem, além de combater a onerosidade excessiva dos serviços judiciais, manter o relacionamento entre os sujeitos que participam da sessão de acolhimento, por meio de concessões mútuas, vez que não há partes “vencidas” e nem “vencedoras” ao final da audiência de conciliação.

Por fim, após a pesquisa *in loco* e pela revisão bibliográfica feita, restou comprovado que o Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Independente do Nordeste consegue combater os entraves do acesso à justiça por diferentes vieses, derrubando as barreiras econômicas,

ampliando o acesso a informação dos direitos da população através dos atendimentos, e, sobretudo, promove o acesso à justiça, por meio das sessões de conciliação que impedem a excessiva judicialização dos conflitos.

CONCLUSÃO

As barreiras construídas ao longo dos anos que impedem o exercício do direito fundamental do acesso à justiça às pessoas hipossuficientes são vastas, devendo ser derrubadas em todas as vertentes, não só pelas mãos Poder Público, como também é dever da sociedade, englobando as Faculdades de Ensino, principalmente aquelas que ofertam em seus cursos a Graduação em Direito.

Com base nas informações adquiridas através da pesquisa de campo, pela análise documental e referencial teórico, é possível dizer que o Núcleo de Prática Jurídica da FAINOR contribui diretamente na promoção do acesso à justiça, não só combatendo os entraves financeiros que impossibilitam a população hipossuficiente de recorrer os seus direitos em juízo, como também, através das audiências de conciliação realizadas nos salões deste órgão, conseguem promover o acesso à justiça por meio da promoção célere, efetiva e eficaz com os Termos de Acordo firmados entre as partes que possuíam um conflito.

Em suma, apesar de a assistência judiciária gratuita ser um dever intransferível do Estado brasileiro no processo de implementação do princípio constitucional de acesso à justiça, a sociedade possui a responsabilidade em participar ativamente desse processo, sobretudo os Núcleos de Prática Jurídica vinculados às Instituições de Ensino Nacional.

O ensino acadêmico da ciência jurídica, nos cursos de graduação, busca por meio de seus métodos formar o discente não só para saber aplicar as leis ao caso concreto, ou ser, na terminologia utilizada um “operador do direito”, mas sim, ter uma formação humanística, pautada na aprendizagem interdisciplinar, interligando as normas com os fatos sociais (BARROS, 2013).

Nesse sentido, os Núcleos de Prática Jurídica, em especial o NPJ da Faculdade Independente do Nordeste, se mostram como verdadeiras ferramentas na promoção do acesso à justiça, assim como conseguem fornecer aos acadêmicos em direito, estagiários no NPJ, a formação humanística e social esperada pelas diretrizes fixadas pelo governo federal.

Entretanto, apesar de toda a estrutura no NPJ da FAINOR, há muito que ser melhorado para ampliar esse acesso à comunidade conquistense, necessitando de maiores investimentos econômicos, não só por meio de melhorias estruturais no Núcleo, como também é necessário maior número no quadro de funcionários para conseguir englobar toda a demanda local, criação de mais salas de audiências que respeitem aos requisitos sugeridos pela doutrina.

Inclusive, assim como foi ressaltado após o estudo, a ausência de conciliadores e mediadores profissionais que sejam alocados especificamente para a realização das sessões de conciliação/mediação também seria uma iniciativa que faria a diferença no tratamento da resolução dos conflitos, bem como o acompanhamento especializado de psicólogos e assistentes sociais, assim como é necessária maior dedicação por parte dos estagiários na resolução dos conflitos.

Dito isso, a presente pesquisa não busca findar as discussões sobre a utilização dos Núcleos de Prática Jurídica no território nacional, mas sim, busca compreender a função social desses órgãos, e demonstrar, através dos dados coletados, como a análise ainda pode ser aprofundada para diversas vertentes e deve ser ampliada no meio acadêmico, com o propósito de articular maiores ferramentas na promoção do acesso à justiça à população hipossuficiente. Ressalta-se, ainda, que esse estudo teve como objetivo de encontrar formas para que o NPJ da FAINOR se torne cada vez mais efetivo, tanto para os clientes que são assistidos, como para os discentes que usufruem do local que representa o seu primeiro contato com a rotina do advogado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Mínimo na Prática Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 241 - 246.

BARROS, Nádía e Marcos Roberto Fuchs. **Por que os advogados não podem atender de graça?** Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/2013/12/por-que-os-advogados-brasileiros-nao-podem-atender-de-graca/>>. Acesso em: 20 mai 2023.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano de realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. **Justiça em Números 2021**. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2021. Link de acesso: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 13105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. **Lei n. 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; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. **Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994**. Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.oabrn.org.br/arquivos/LegislacaosobreEnsinoJuridico.pdf>. Acesso em: 05 mai 2023.

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos de diversos artigos da Constituição Federal, e acrescenta os art. 103-A, dentre outros. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Resolução n. 09, de 29 de setembro de 2004.** Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito, bacharelado, e dá outras providências. Disponível em: https://normativasconselhos.mec.gov.br/normativa/view/CNE_RES_CNECESN92004.pdf?query=EDUCA%C3%87%C3%83O%20SUPERIOR. Acesso em: 01 mai 2023.

BRASIL. OAB. **Provimento n° 166/2015, de 09 de novembro de 2015.** Dispõe sobre a advocacia pro bono. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/166-2015>. Acesso em: 22 mar. 2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n° 25. **I Jornada de Direito Processual Civil.** Brasília, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria geral do afeto.** 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023. p.53 - 66.

GORETTI, Ricardo Goretti. **Mediação e Acesso à Justiça.** 2. ed. Juspodium – 337-339. 2021. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/68a926d99818e08f5387436f3ce4f73a.pdf>

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021

MARTINS, Débora Fernandes Peçanha. **Há obrigatoriedade de realização das audiências de conciliação e mediação nas ações de família?** Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito e Gestão, como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Processo Civil. Salvador. 2018. Disponível em: <https://monografias.faculdebaiadadireito.com.br/tcc/ha-obrigatoriedade-de-realizacao-da-s-audiencias-de-conciliacao-e-mediacao-nas-acoes-de-familia>. Acesso em: 20 ago. 2023.

MENDES, A. de M. **A hora e a vez da conciliação.** Revista Centro de Estudos Judiciários, Brasília, DF, v.13, n.46, p.120-123, jul./set.2009. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114870/hora_vez_conciliacao_mendes.pdf. Acesso em: 15 mai. 2023

OLIVEIRA, Rezilda Rodrigues; PEREIRA, Francinete Paula Alves. **Avaliação Apreciativa de um Núcleo de Prática Jurídica.** Revista Direito GV. São Paulo. v.13 n.2. p.537 - 566. maio/ago. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/R3r6PfFpqh3SHPz8gsqQSCd/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 20 ago. 2023.

PINHO, H. B. de; STANCATI, M. M. S. **A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015.** Revista de Processo, n.254, 2016. Disponível

em:https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Acesso_reassignificado_-_Dalla_e_Stancati_-_2018.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

RUIZ, Ivan Aparecido. **Princípio do acesso à justiça**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-1/principio-do-acesso-justica> Acesso em: 18 mar. 2023.

SANTOS, Ricardo S. S.; MAILLART, Adriana S. **O ensino e a prática das formas consensuais**: A experiência de aprendizado e de utilização da mediação no NPJ da UFSC. In: Adriana Goulart de Sena Orsini; Edilene Lobo; Concepción Saiz García. (Org.). Formas consensuais de solução de conflitos. 1ed. Florianópolis/Valência: Conpedi/Tirant lo Blanch, 2020, v. 1, p. 81-100.

TARTUCE, Flávio. **Mediação nos conflitos civis**. 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021. p.189.

VITÓRIA DA CONQUISTA. FACULDADE INDEPENDENTE DO NORDESTE (Bahia). **Resolução CA Nº 003/2015, de 04 de fevereiro de 2015** Aprova o Manual de Orientações de Estágio Curricular e Extracurricular do Curso de Direito, da Faculdade Independente do Nordeste. Disponível em: https://www.fainor.com.br/v2/wp-content/uploads/2017/06/CA0032015_Aprova_Manual_de_Est%C3%A1gio_Direito.pdf. Acesso em: 03 mai. 2023.

VITÓRIA DA CONQUISTA. FACULDADE INDEPENDENTE DO NORDESTE (Bahia). **Resolução CA Nº 004/2015, de 04 de fevereiro de 2015**. Aprova o Regulamento do Núcleo de Prática Jurídica Desembargador Carlos Alberto Dutra Cintra, da Faculdade Independente do Nordeste. Disponível em: https://www.fainor.com.br/v2/wp-content/uploads/2017/06/CA-004-2015_Aprova_Regulamento_do_N%C3%BAcleo_de_Pr%C3%A1tica_Jur%C3%ADdica.pdf. Acesso em: 03 mai. 2023.

A SUPERJUDICIALIZAÇÃO E SEU EFEITO NO ACESSO À JUSTIÇA

Débora Monteiro Souza Santos¹²

Víviann Roberta Rosário Fonseca¹³

RESUMO: A superjudicialização é um fenômeno que assola o sistema judiciário brasileiro atualmente, sendo que a distorção do conceito de acesso à justiça e acesso ao Judiciário é um dos fatores para que intensifique essa explosão de litigiosidade. Dessa forma, realiza-se uma análise documental, envolvendo textos doutrinários e científicos, com o objetivo de analisar o fenômeno, seus impactos e o papel do juiz/Judiciário na promoção do acesso à justiça. Logo, concluindo-se que os métodos autocompositivos podem ser meios de solução adequados para o sistema jurídico pluriprocessual, incentivando a autonomia das partes e consequentemente promovendo a garantia dos direitos dos cidadãos de forma mais rápida e efetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Autocomposição. Poder Judiciário.

ABSTRACT: “Superjudicialização” is a phenomenon that currently plagues the Brazilian judicial system, and the distortion of the concept of access to justice and access to the Judiciary is one of the factors that intensify this explosion of litigation. Thus, a document analysis is carried out, involving doctrinal and scientific texts, with the objective of analyzing the phenomenon, its impacts and the role of the judge/judiciary in promoting access to justice. Therefore, concluding that self-composition methods can be adequate means of solution for the multi-procedural legal system, encouraging the autonomy of the parties and consequently promoting the guarantee of citizens' rights more quickly and effectively.

KEYWORDS: Process. Autocomposition. Judicial power.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Superjudicialização 2. Acesso à Justiça X Acesso ao Judiciário; 3. Impactos que a Superjudicialização tem no acesso à Justiça; 4. O atual papel do Poder Judiciário na Superjudicialização e na promoção do acesso à Justiça; Conclusão; Referências

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, o sistema judiciário brasileiro enfrenta um contexto de superjudicialização, o que consequentemente estagna a devida prestação de tutela, ante o grande volume de processos existentes e a consequente morosidade da Justiça, algo que o

¹² Graduanda em Direito, Universidade Federal da Bahia.

¹³ Graduanda em Direito, Universidade Federal da Bahia.

professor José Calmon de Passos (2000) denomina como uma “avalanche de processos”. Dessa forma, justifica-se esse contexto pela dificuldade latente na sociedade brasileira em diferenciar acesso à justiça do acesso ao judiciário, tendo-se impactos negativos ao próprio sistema quando este é determinado como o único meio viável de se garantir a Justiça.

Com isso, o Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) de 2015 fortalece a conciliação, a mediação e a arbitragem como mecanismos hábeis à pacificação social, além de tratar os mediadores e conciliadores judiciais atribuindo-lhes a qualidade de auxiliares da justiça. Contudo, somente a conciliação possui previsão legal no atual Código de Processo Civil e em algumas legislações especiais, enquanto a mediação, apesar de já ser utilizada em nosso ordenamento jurídico, ainda carece de força normativa para que seus efeitos tenham legitimação social.

Sendo assim, através de uma metodologia de pesquisa exploratória com levantamento bibliográfico e análise documental, o propósito desse artigo é analisar o fenômeno da superjudicialização, como ele impacta o acesso à justiça e qual seria o papel do Poder Judiciário em meio a esta crise, analisando métodos alternativos de resolução de conflito e outras medidas que auxiliem a promover o acesso à justiça.

Assim, será tratado uma definição sobre o que é a superjudicialização, sobre a mediação e como a mesma é aplicada ao lado do método de conciliação nos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC's) já criados em alguns tribunais brasileiros. Além disso, é importante salientar o receio de alguns teóricos dessas medidas se tornarem apenas um formalismo jurídico e para debater isso serão abordadas reflexões de Kazuo Watanabe.

Ademais, será analisado o contexto de crise judiciária que se encontra a Justiça brasileira relacionando-o com processos que enfrentam a morosidade da justiça e, prosseguindo, como a mediação pode ser utilizada para solucionar os mesmos.

Por fim, tem-se a construção de que é preciso reconhecer que a eficácia dos métodos de solução de conflitos baseados na autocomposição depende intrinsecamente da forma com a qual são aplicados, em que se demonstra o sucesso obtido quando o mesmo visa a pacificação social e o fracasso quando é submetido a ser um mero formalismo admitido em

lei, sobre a forma contenciosa e antagônica arraigada na cultura jurídica nacional que atualmente gera uma crise no sistema judiciário brasileiro.

2. SUPERJUDICIALIZAÇÃO

O fenômeno da superjudicialização é reflexo das mudanças sociais, políticas e jurídicas vivenciadas pelo mundo após a Segunda Guerra Mundial em 1945. Antes de seu acontecimento, as constituições não tinham o mesmo grau de magnitude que possuem hoje. No entanto, após as atrocidades presenciadas na guerra, o modelo de constituição meramente organizacional não mais se adequava com as perspectivas futuras ali nutridas. Assim, as constituições passaram a ser mais abrangentes, dirigentes, buscando inclusive abraçar os direitos fundamentais de caráter social. Conforme Sarmento (2009), enquanto as constituições pré-Segunda Guerra eram mais “enxutas”, as novas constituições passaram a ter uma alta carga axiológica, tornando-se mais expansiva. Nesse sentido, segundo Netto e Gomes (2017, p. 171), “[...] as leis e os poderes públicos devem, além da observância formal, estar em conformidade com o caráter axiológico e os valores da Constituição”. Assim, em comparação com o sistema solar, a constituição começa a ser encarada como um sol o qual irradia seus valores para os demais aspectos da vida do indivíduo, como saúde, política, educação, segurança, dignidade etc.

No Brasil, essa expansão axiológica da constituição não foi diferente. Ainda que o pós-guerra tenha rearranjado o pensamento jurídico ocidental como um todo, no Brasil, o fim da ditadura militar foi um evento também importante. Segundo Portilho, Gonçalves e Caldas (2020), a Constituição de 1988 foi um marco na redemocratização do país, pois, conhecida como constituição-cidadã, ela não só elencou a erradicação da pobreza e a construção de uma sociedade mais justa como um dos seus objetivos fundamentais (Brasil, 1988), como também possibilitou um acesso mais amplo dos cidadãos no Judiciário. Foram garantidos, então, uma lista extensa de direitos os quais abrangiam tanto os direitos individuais, quanto os sociais.

É nesse cenário que o Poder Judiciário passa a ser também alvo de holofotes, pois é ele, em especial, o Supremo Tribunal Federal que é elencado como o guardião da constituição brasileira. Dessa forma, uma vez que a constituição, como suprema, abraça e garante a tutela dos direitos individuais e coletivos em diferentes aspectos, nada mais lógico que, diante de

conflitos, a população recorra logo ao Judiciário para ter seus anseios atendidos. Além disso, segundo Reis (2014), a omissão do Estado e sua descrença enquanto administrador por parte da população, no que tange a garantia do mínimo existencial do cidadão, também são motivos pelos quais a população recorre diretamente ao Judiciário ao invés de cobrar da administração pública a implantação de melhores políticas públicas.

São justamente nesses pontos onde reside a essência da superjudicialização, uma vez que esse fenômeno é descrito como um boom das demandas ingressadas perante o Judiciário, o qual é provocado para julgar ações sobre inúmeras temáticas. É um fenômeno que, conforme Carmo e Messias (2017), independe da vontade do Judiciário, pois, é um movimento da própria população a qual, tendo a constituição dirigente como referência, acredita que o Estado-juiz é o único (ou o mais capacitado) para atender suas necessidades.

Contudo, embora esse amplo acesso ao Judiciário seja de fato uma conquista para os cidadãos, não se pode ignorar que o excesso de demandas no órgão jurisdicional resulta em um efeito rebote: o que era para garantir o atendimento das tutelas jurisdicionais, graças a alta demanda e pouca estrutura do sistema judiciário, torna-se um dos obstáculos para garantir o acesso à justiça.

Assim, para compreender melhor como a superjudicialização afeta o acesso à justiça, é necessário antes entender a diferença entre esses conceitos.

3. ACESSO À JUSTIÇA X ACESSO AO JUDICIÁRIO

Primeiramente, para aprofundamento dessa distinção, o conceito de acesso à justiça abordado por Cappelletti e Garth (1988) considera que seria o mesmo sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob proteção do Estado. Com isso, é importante destacar que este sistema não seria especificamente o Poder Judiciário, mas todo o sistema jurídico em si. Ou seja, compreende-se como a incidência do conjunto de normas jurídicas que regem e possibilitam a proteção dos interesses públicos sob a proteção do Estado, sendo que este deve ser igualmente acessível a todos e produzir resultados que sejam considerados individual e socialmente justos. Neste ponto, o acesso à justiça é um conceito plurissignificativo e aberto como o próprio conceito do Direito em si,

porém, sendo o requisito mais básico dos direitos humanos como forma de garantir os direitos de todos.

Contudo, a distorção dada a essa garantia remete desde o Projeto de Florença, na Itália, iniciado em 1971 com a Conferência Internacional relativa às garantias fundamentais das partes no Processo Civil, em que o acesso à justiça teve conceito operacional delimitado, estabelecendo-se como unicamente garantido através do acesso ao Poder Judiciário (Salles, 2016). Logo, com o reconhecimento dos direitos fundamentais e a busca por garantir os mesmos, ocorreu o que se chama de “explosão de litigiosidade”, sendo que se remeteu ao Poder Judiciário o dever e papel de assumir os litígios e garantir a justiça, gerando uma sobrecarga nos juízes e distorcendo o conceito de acesso à justiça.

Com isso, o alvo do projeto de investigação sobre acesso ao direito de Mauro Cappelletti e Bryan Garth em 1978 (Salles, 2016) no final dos anos setenta, era que se identificava dois processos para analisar o acesso à justiça: o primeiro com a igualdade no acesso ao sistema judicial e/ou à representação por advogado num litígio e, o segundo encarava justamente como garantia de efetividade dos direitos individuais e coletivos. Porém, a inacessibilidade muitas vezes do discurso jurídico para a maioria daqueles a que se destina (SERPA, 2020, p. 78) trouxe à sociedade o pensamento de que na falta de uma resolução consensual dos conflitos a busca ao Judiciário seria a única forma de solução viável.

Sendo que estas barreiras que impediam essa acessibilidade estavam estruturalmente intrínsecas na sociedade em si, através de preconceitos sociais, econômicos e políticos. Assim, no ano de 1965, Cappelletti e Garth (1988) identificaram o surgimento de três ondas renovatórias: a primeira com a busca na ampliação da assistência judiciária aos pobres, a segunda com o objetivo de proteger os interesses coletivos e difusos e a terceira ligada ao novo enfoque do acesso à justiça como forma de processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Logo, percebe-se que a distorção do conceito é derivada da procura crescente por justiça, assim gerando a necessidade de buscar soluções dinâmicas do Estado e da sociedade e de reconfigurar as competências de serviços estatais e de outros organismos que participem do novo conceito de acesso ao direito e à justiça.

A partir dessa compreensão é que se fortalece a importância do incentivo às medidas de solução adequada para os conflitos de interesses com o objetivo de assegurar o acesso à

justiça que tem entre seus significados a garantia dos direitos dos cidadãos, sobretudo aos mais vulneráveis. Com esse preceito o próprio Conselho Nacional de Justiça criou um guia de Conciliação e Mediação Judicial em que defende essa pluralidade do acesso à justiça:

Essa gama ou espectro de processos (e.g. processo judicial, arbitragem, conciliação, mediação, entre outros) forma um **sistema pluriprocessual**. Com esse sistema, busca-se um ordenamento jurídico processual no qual as características intrínsecas de cada processo são observadas para proporcionar a melhor solução possível para uma disputa – de acordo com as particularidades – analisada como um caso concreto. (BRASIL, 2015, p. 31, grifo nosso).

Assim, é importante compreender o conceito de uma dessas medidas, a mediação, sendo que legalmente sua definição está prevista na lei 13.140/2015, em que a mesma seria uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial, sem poder de decisão, o qual foi escolhido ou aceito pelas partes, às auxiliando e estimulando a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. Contudo, a distinção que faz Kazuo Watanabe (2002, p. 48, grifo nosso) entre mediação e conciliação consegue trazer definições mais precisas sobre essas técnicas:

Teoricamente, creio ser possível fazer distinções: na **mediação**, o terceiro é neutro, procura criar as condições necessárias para que as próprias partes encontrem a solução, mas não intervém no sentido de adiantar alguma proposta de solução; na **conciliação**, isso não ocorreria, ou seja, a intervenção do terceiro é para interferir um pouco mais na tentativa de obter a solução do conflito, de apaziguar as partes, e, nesse momento, o conciliador poderá sugerir algumas soluções para o conflito.

Com isso, é possível visualizar que com essas medidas tanto as partes como o judiciário ganha autonomia para decidir uma melhor solução para o caso concreto, tendo mais agilidade e eficiência na resposta dos conflitos, além de procurar mais do que solucionar o problema, mas garantir uma pacificação extrajudicial de litígios, diminuir processos em tramitação e ainda evitar o prolongamento do desgaste emocional gerado pelo conflito. Ademais, o enfoque na pacificação é primordial, devido que se as partes não forem pacificadas, ou seja, se não se convencerem de que elas devem encontrar uma solução de convivência, as mesmas retornarão ao tribunal outras vezes, em decorrência da superjudicialização já mencionada anteriormente neste artigo.

Além disso, a mediação já encontra sua aplicabilidade nos CEJUSC's, em que a figura do conciliador/mediador precisa primeiro identificar qual o melhor método de resolução mais

indicado para determinado caso. Ademais, se avaliam as características e aspectos de cada processo, tais como: celeridade, custo financeiro, sigilo, manutenção de relacionamentos, procedimental e custos emocionais na composição da disputa (BRASIL, 2015). Prosseguindo, ao se identificar um processo não vinculante, como na mediação, conciliação e negociação, as partes não precisam chegar a um acordo, sendo assim, percebe-se a característica da inexistência do ônus de participar do processo, ou melhor dizendo, os interessados possuem a possibilidade de encerrar a mediação a qualquer hora sem sofrerem maiores prejuízos.

Todavia, a principal questão nas CEJUSC's é diferenciar a mediação da conciliação, como fez Watanabe, e para isso é preciso entender as características principais do primeiro método, o qual “desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito.” (BRASIL, 2015, p. 34). Assim, a conciliação visa solucionar o problema de forma breve, com contextos conflituosos menos complexos, enquanto a mediação é um processo mais demorado que tem como foco a pacificação.

Porquanto, é uma questão se a mediação por se tratar de uma medida que exige mais complexidade resultaria em tantos benefícios quanto a conciliação que possui exatamente a característica de agilizar os processos. Para isso, compreendendo que a demanda de processos é um problema constante, o importante não é apenas solucioná-lo, mas promover soluções que evitem que essas partes entrem em conflito novamente no futuro, visto que por ser tratado rapidamente não resolve a superjudicialização que é um dos motivos da crise judiciária atual.

Ainda, um problema em relação à aplicabilidade desse método é o que mesmo se transforme em um mero formalismo desnecessário, como demonstrado de que:

Não é porque o Poder Judiciário está sobrecarregado de serviço que tentaremos descobrir formas de aliviar a carga. Tenho um grande receio de que a mediação venha a ser utilizada com esse enfoque e não com o maior, que seria dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade; não se pode pensar nela como uma forma de aliviar a sobrecarga a que o Judiciário está sendo submetido hoje, porque daremos à mediação o mesmo encaminhamento que estamos dando hoje aos juizados especiais. (WATANABE, 2002, p. 45-46).

Logo, o receio de Watanabe se concretiza quando no Código de Processo Civil de 2015 obriga-se a criar a audiência de conciliação/mediação como ato inicial do procedimento comum, ou seja, o réu precisa comparecer à audiência de conciliação ou mediação para somente com o encerramento desta e em não tendo havido nenhuma transação, pode-se ter início o prazo para contestação. Dessa forma, gerando-se uma falta de aplicação adequada para o método e criando uma insegurança em relação a sua eficácia.

Porém, essas medidas visam agilizar os processos, sendo além de um meio de acesso à justiça, pois compreendendo que a demanda de processos é um problema constante, o importante não é apenas solucioná-lo, mas promover soluções que evitem que essas partes entrem em conflito novamente no futuro, sendo também uma possível solução para a crise atual de superjudicialização.

4. IMPACTOS QUE A SUPERJUDICIALIZAÇÃO TEM NO ACESSO À JUSTIÇA

A superjudicialização e a ausência de acesso à justiça parecem ser faces opostas da mesma moeda: ou se tem um excesso de demandas no Judiciário ou não se tem o tanto quanto gostaria. Contudo, esses fenômenos só parecem ser opostos, pois, como visto anteriormente, acesso à justiça é mais abrangente do que o acesso ao Judiciário. Segundo Reis (2014), acesso à justiça requer uma resposta efetiva ao conflito analisado, não se traduz em um meio judicial que centralize o problema e se esqueça da solução. Então, ter muita demanda no Judiciário não significa necessariamente que há um alto acesso à justiça, pois acesso à justiça está atrelada a uma solução efetiva. Assim, a quantidade de demandas existentes perante o Judiciário não significa que todas serão adequadamente satisfeitas pelo Estado-juiz (ou seja, que a “justiça” será alcançada).

Um dos impactos da superjudicialização nessa busca por uma solução efetiva (acesso à justiça) é a falta de uma análise mais apurada dos casos. O aumento exponencial de ações no Judiciário reflete em uma sobrecarga por parte dos magistrados, os quais não têm tempo nem disposição para analisar o processo de forma mais cautelosa.

Segundo o relatório “Justiça em números 2022” divulgado no website da Associação de Magistrados Brasileiros (JUSTIÇA, 2022), em 2021, 26,9 milhões de processos foram

julgados no total. Cada magistrado brasileiro julgou, em média, 6,3 processos por dia. Contudo, esse montante não satisfaz a quantidade de processos existentes, pois, segundo a mesma fonte, o ano de 2021 terminou com 77,3 milhões de processos ainda em tramitação. Isso sem levar em consideração os novos casos ingressados no Judiciário em 2022 (e aqueles que já existiam antes de 2021). Assim, diante de tantos casos a serem tutelados pelos órgãos jurisdicionais, julgar rápido passa a ser mais importante do que julgar bem (REIS, 2014). Desse modo, com a avalanche de processos a todo instante, o Judiciário vê-se obrigado a responder às pressas demandas que, por serem complexas, deveriam ter uma atenção maior durante o julgamento.

Contudo, por mais que o “julgar rápido” seja mais valorizado, o Judiciário brasileiro é conhecido justamente pela morosidade em analisar os processos. A superjudicialização provoca então um segundo obstáculo ao acesso à justiça: a demora em ter o conflito apreciado. Ou seja, tem-se um cenário no qual não só os muitos processos são julgados às pressas, mas, paradoxalmente, levam muito tempo para serem analisados. Assim, se as demandas analisadas ligeiramente não conseguem alcançar um processo satisfatório para as partes, tampouco uma resposta tardia conseguirá.

Desse modo, conforme Reis, “judicializar conflitos não revela mais a mesma segurança com relação à sua solução” (2014, p. 83). É preciso, então, ampliar o olhar para que a judicialização não seja encarada como primeira opção de solução de conflitos. Há diferentes formas de resolução as quais se mostram mais adequadas a depender do conflito em questão. Assim, técnicas de “desjudicialização” podem inclusive ser empregadas “[...] através das quais temas são desviados da apreciação jurisdicional para serem entregues, primeiro, às instâncias administrativas e à sociedade civil [...]” (SALLES, 2016, p. 297). Até porque o que importa para as partes é ter seu conflito resolvido de forma que ambos os lados se sintam conformados com o resultado do processo, seja este extrajudicial ou não.

A plataforma pública e gratuita “Consumidor.gov” é um exemplo de “desjudicialização”. Por meio dele, o consumidor consegue expor o seu problema e direcioná-lo à empresa responsável, caso ela esteja cadastrada na plataforma. Assim, a empresa será capaz de analisar a questão e oferecer uma solução, a qual caberá ao consumidor aceitá-la ou não. Para utilizar essa plataforma, basta que o consumidor efetue um cadastro e verifique se a empresa está registrada no “Consumidor.gov”. Em seguida, o

consumidor expõe sua reclamação sobre o produto e/ou serviço, e a empresa em questão tem 10 dias para dar um retorno ao cliente. Dado o retorno, o consumidor terá 20 dias para avaliar a resposta, devendo ainda informar se seu problema foi ou não resolvido. Caso o conflito não tenha sido resolvido, o consumidor poderá ingressar com uma ação no Judiciário sem prejuízo algum. A plataforma pode inclusive ser usada ainda que o consumidor já tenha ingressado perante os órgãos jurisdicionais, pois o objetivo do “Consumidor. gov” é solucionar o conflito de forma rápida, satisfatória e desburocratizada, independentemente de outras vias utilizadas (CONSUMIDOR.GOV.BR, 2022).

Entretanto, as técnicas de “desjudicialização” ainda encontram muita resistência no que diz respeito a sua implantação. Em geral, a forma como as faculdades de direito ensinam sobre o processo e o litígio é um dos obstáculos os quais favorecem a superjudicialização. “Os alunos aprendem a litigar, mas não são ensinados a negociar adequadamente, a partir de uma compreensão das circunstâncias, das necessidades reais e análise jurídica dos possíveis desfechos do caso” (NETTO, 2015, p. 5). Ou seja, a lógica do “ganhar ou perder”, do “tudo ou nada” no processo ainda é predominante. Dessa maneira, formam-se advogados que desejam litigar a todo custo, sem levar em consideração as peculiaridades de cada conflito e a via mais adequada para resolvê-lo.

Diante desse cenário superjudicializado, percebe-se que não há um vasto acesso à justiça, uma vez que esse excesso de demandas provoca não só uma morosidade judicial, mas também uma falta de análise mais apurada sobre os casos, os quais, muitas vezes, são matérias de reanálise. Assim, considerando que o acesso à justiça diz respeito à resolução do conflito de maneira satisfatória para as partes, é possível concluir que essa resolução pode vir também de métodos diversos os quais, para determinados litígios, mostram-se mais apropriados.

No próximo tópico, será abordado o que os juízes podem fazer para promover um acesso à justiça nas demandas, aparentemente infinitas, já judicializadas.

5. O ATUAL PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA SUPERJUDICIALIZAÇÃO E NA PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

O Poder Judiciário no contexto atual da superjudicialização assume o papel crítico de ser considerada a “única” forma de acesso à justiça, partindo-se de um falso ideal que a solução de conflitos depende dos juízes togados (Passos, 2000) apesar de ser demonstrando com a experiência social que a questão não é o número de juízes ou a quantidade de processos atuais, mas a interpretação errônea socialmente de que conflitos não podem ser resolvidos por outros meios, como a mediação e conciliação descritos anteriormente, apesar de pesquisas demonstrarem o contentamento dos usuários com os métodos autocompositivos de resolução de conflitos, como no caso de que 91% dos participantes (total de 80 pessoas) do Centro Judiciário de Mediação Familiar do Foro Regional do Partenon/RS responderam que recomendariam a mediação judicial (Bruch et al, 2018).

Dessa forma, apesar de no Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 334, prever a audiência de mediação e conciliação como o primeiro ato do procedimento, essa medida tem sido tomada como um mero formalismo desnecessário, como foi mencionado anteriormente, em que para lidar com a avalanche de processos dá-se preferência a quantidade de decisões do que há julgamentos qualitativos. Sendo assim, audiências de 20 minutos ou eventos como “semana de sentença” demonstram que a preocupação principal do Judiciário é “desafogar” o sistema ao invés de promover o acesso à justiça.

Contudo, a posição do juiz Bruno Salles (2016, p. 262) é de que “não se dispõe do tempo ideal para ler atentamente as petições, refleti-las, sentir os aspectos fáticos da lide e confeccionar sentenças artesanais”, logo, os juízes no meio da avalanche de processos apenas conseguem gerenciar equipes e assinar ou corrigir projetos, sendo dificultada a realização de conciliação e audiências preliminares obrigatórias perante a alta demanda. Ademais, as próprias partes após longa espera na duração dos processos terminam por frustrar-se com a “justiça em si”, percebe-se que não se pensa que o Judiciário é lento, mas que a Justiça é lenta, sendo assim criticam todo o sistema jurídico e recusam-se até de buscar outros meios devido ao “trauma” já passado para conseguir suas garantias.

Dessa forma, a mediação surge como uma técnica de solução de conflitos em que se busca de forma prioritária a pacificação dos conflitantes, visto que a técnica de hoje de solução pelo juiz, por sentença, mostra-se ineficaz perante a grande demanda de processos judiciais. Sendo que esta sobrecarga do Poder Judiciário é decorrente da superjudicialização de demandas da vida, como comenta Cláudia Albagli Serpa (2020), a qual, ao estudar a teoria

do professor Calmon de Passos, acredita que a perda de mediadores sociais de conflito gera a inexistência de mecanismos que desafoguem as demandas de uma sociedade cheia de problemas e questões sociais, acarretando a busca massiva da autoridade e da coercitividade do Estado.

Por fim, apesar do papel do judiciário atualmente ser o de “sobrevivência” em uma explosão de litígios que cresce cada vez mais, Boaventura de Sousa Santos (2018, p. 180) expõe que as novas gerações de juízes e magistrados deverão ser equipadas com conhecimentos vastos e diversificados sobre a sociedade em geral e sobre a própria administração da justiça, porque através destes conhecimentos pode-se ser gerado uma magistratura culturalmente esclarecida e que incentive os métodos autocompositivos não como um mero formalismo ou apenas mais um meio de solução de conflito, mas como forma de auxiliar o Judiciário e promover o acesso à justiça.

CONCLUSÃO

O pós-Segunda Guerra e o pós-ditadura foram marcos importantes para a construção de novas constituições ocidentais, incluindo a Constituição de 1988. Conhecida como constituição-cidadã, a CF/88 abraçou não só os princípios (com força normativa), mas também alargou o rol de direitos individuais e coletivos e ampliou o acesso da população ao Judiciário. Essa nova configuração conferiu ao Judiciário um aumento nas demandas a serem analisadas, haja vista que as pessoas recorrem ao Poder Judiciário para justamente terem garantidos os direitos elencados no ordenamento jurídico. Além disso, a descrença da população por parte da administração pública também é um dos fatores os quais favorecem a superjudicialização, pois ao invés de cobrar do Poder Executivo melhorias de políticas públicas, é preferível ingressar diretamente com uma ação judicial.

Apesar de indicar que houve um alargamento no acesso ao Judiciário, esse excesso de demandas judiciais provoca impactos no acesso à justiça. A priori, o Projeto de Florença, em 1971, delimitou o acesso à justiça como o direito de ter o caso julgado pelo magistrado, ou seja, acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Judiciário. Assim, foram promovidas

algumas reformas judiciais, tais como: a isenção das custas judiciais para os hipossuficientes e a promoção de tutelas coletivas e difusas. Contudo, apesar de serem medidas essenciais, elas ainda não promoviam por completo a efetividade da tutela pretendida. Dessa forma, começa-se a pensar que o acesso à justiça vai muito além do mero ingresso ao Judiciário.

Enquanto o acesso ao Judiciário restringe-se a ter a pretensão analisada pelo Estado-juiz, o acesso à justiça traduz-se como o alcance de uma solução efetiva e satisfatória para ambas as partes. Graças a superjudicialização, essa solução efetiva no processo é prejudicada, pois os magistrados não dispõem de tempo suficiente para analisar tantos processos. Assim, além de terem que julgar os casos “às pressas”, o que reflete na qualidade da análise, essa “corrida” para conferir as sentenças é, paradoxalmente, uma “corrida de tartaruga”, já que as demandas levam muito tempo para serem analisadas, o que causa uma exaustão emocional nas partes.

Assim, da mesma forma que é possível ter o caso analisado pelo Estado-juiz e não ter uma resposta e processo satisfatórios para as partes, é possível alcançar essa “justiça” sem necessariamente passar pelo Judiciário. Os métodos autocompositivos, como a mediação e a conciliação, são formas mais simples e rápidas para atender determinados conflitos, sendo as partes as protagonistas no alcance de uma solução. Incentiva-se a autonomia das partes para que elas mesmas acordem qual seria o melhor desfecho ao caso. A plataforma “Consumidor.gov” também é um exemplo de “desjudicialização”, já que, ao invés de ingressar com uma ação consumerista no Judiciário, o próprio consumidor e a empresa conseguem ter um espaço público e gratuito para negociarem a melhor solução ao conflito. Logo, é importante que os juízes incentivem e valorizem os métodos autocompositivos (dentro e fora do processo judicial), para que haja um amplo acesso à justiça.

Portanto, conclui-se que diante dos impactos promovidos pela superjudicialização no acesso à justiça (morosidade judicial e perda da qualidade na análise dos processos), é possível concluir que fechar os olhos para outras formas de resolução de conflito só irá agravar ainda mais esses problemas.

Tendo em vista que, o número de acordos firmados através dos métodos de autocomposição, seja por meio judicial ou extrajudicial, decorrentes da celeridade na solução

dos conflitos, do custo e do pouco desgaste sócio-emocional, demonstram o êxito da tentativa de buscar formas alternativas de acesso à justiça para além da judicialização, pelo enfrentamento processual em uma relação em que apenas o juiz pode garantir a justiça, sendo que tal modelo não garante, necessariamente, a efetividade do direito de acesso à justiça.

A mediação é um dos exemplos de formas alternativas, consensuais, breves, eficazes e direcionadas para a pacificação das relações sociais enquanto promovem o diálogo e incentivam a reflexão e a cidadania responsável voltadas para a solução dos conflitos.

Se levarmos a evolução constante das relações sociais, nitidamente influenciadas pelo contexto sócio-econômico cada vez mais diversificado e amplo destas, há de se concluir que os métodos alternativos de solução de conflito parecem mais aptos a construir soluções satisfatórias para ambas as partes.

Por fim, é preciso reconhecer que o triunfo das formas de autocomposição somente é possível através da sua aplicação de maneira correta, passando por uma relevante mudança de paradigma social na forma e no objetivo buscado em relação à justiça. É preciso partir para um modelo de manutenção das relações sociais e de uma consciência jurídica fraternal, orientada para a busca da satisfação dos direitos próprios sem perder de vista a consciência da preservação dos direitos particulares.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC. **Conselho Nacional de Justiça**, 2015. Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça. Lei nº 13.105, de 16 março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 20 de out. de 2022.

BRUCH, Kelly Lissandra et al. Satisfação de usuários(as) na mediação judicial, um estudo de caso no CEJUSC do foro regional do Partenon. **Revista Iuris Dicere**, v. III, n. I, p. 115-134, Jan-Jun de 2018. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/182051/001076987.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03 nov. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988. 168 p. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet.

CARMO, Valter Moura do; MESSIAS, Ewerton Ricardo. **Pós-modernidade e principiologia jurídica**: O ativismo judicial e sua validade no âmbito do Estado Democrático de Direito / Post-modernity and legal principiology: The judicial activism and its validity in the context of the Democratic State of Law. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 189-205, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2163>.

CONSUMIDOR.GOV.BR. 2022. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1667226590085>. Acesso em: 31 out. 2022

CRUZ, Sidnei Gaspar da; SILVA, Flávia Alessandra Naves da. Conciliação, Mediação e Arbitragem. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, Guarulhos, v. 5, n. 1, p. 33-42. 2015. Disponível em: <http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/view/2315/1685>. Acesso em: 23 out. 2022.

JUSTIÇA em números em 2022: cada magistrado julgou 6,3 processos por dia útil em 2021. **Associação dos Magistrados Brasileiros**. 05 set. 2022. Disponível em: <https://www.amb.com.br/justica-em-numeros-2022-cada-magistrado-julgou-63-processos-por-dia-util-em-2021/#:~:text=setembro%20de%202022-,Justi%C3%A7a%20em%20n%C3%BAmoros%202022%3A%20cada%20magistrado%20julgou%206%2C%20processos,por%20dia%20%C3%BAtil%20em%202021&text=O%20IPM%20%C3%A9%20calculado%20a,durante%20o%20ano%20na%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o..> Acesso em: 30 out. 2022

NETTO, Domingos Polini; GOMES, José de Anchieta. Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica Científica da FAESB**, Vol. 01, nº 04, 2017.

NETO, João Luiz Lessa. O novo CPC adotou o modelo multiportas! E agora? **Revista dos Tribunais Online**. Thomson Reuters, 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PORTILHO, Grazielle Jordão; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF). **Revista Processus de Estudos de Gestão**, jurídicos e Financeiros, vol. 11, 2020. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/egif/article/view/183>. Acesso em: 26 ago. 2021.

REIS, Fernando Antônio Calmon. Acesso à justiça e o paradoxo do excesso de judicialização de conflitos. **Dissertação de Mestrado**. Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Brasília, 2014

SALLES, Bruno Makowiecky. Acesso À Justiça Na Era Da Judicialização. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, v. 4, n. 1, p. 277–305, 2016. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/148>>. Acesso em: 29 out. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2018.

SERPA, Cláudia Albagli Nogueira. Trafegando na Contramão com o Professor Calmon de Passos: Acesso à Justiça Versus Acesso ao Judiciário. **Revista ANNEP de Direito Processual**, n. 2, p. 77-85, julho/dez. 2020.

WATANABE, Kazuo. **Modalidades de mediação**. In: Cadernos do Centro de Estudos Jurídicos – CEJ, Brasília, n. 22, p. 42-50. 2002.

POLÍTICAS DE AUSTERIDADE, TRIBUTOS E DIREITOS HUMANOS

Rodolfo Felix Almeida¹⁴

RESUMO: O Brasil é um país marcado pela desigualdade social, o que se evidencia também na seara tributária. Assim, tem-se como objetivo geral refletir sobre a necessidade de mudanças no sistema tributário nacional com vistas à promoção da justiça fiscal. Para tanto, discorre-se sobre os impactos das políticas de austeridade na vida dos mais vulneráveis e contextualiza-se a tributação sobre consumo no país. Ao final, ressalta-se a necessidade de uma reforma tributária que se pautar na solidariedade e promova a justiça fiscal. Metodologicamente a pesquisa classifica-se como dedutiva, descritiva e bibliográfica. Constatou-se que o sistema tributário brasileiro tem como característica a tributação sobre consumo, refletindo negativamente nos grupos mais vulneráveis economicamente, situação que se agrava ante as políticas de austeridade adotadas pelo Estado para enfrentamento da crise econômica e financeira. Por conseguinte, é necessária uma reforma para promover a justiça fiscal, privilegiando a tributação sobre renda em detrimento da tributação sobre o consumo, pois o modelo atual acentua a desigualdade social e, por conseguinte, viola o mínimo existencial e, em última análise, os direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Tributação. Desigualdade Social. Justiça Fiscal. Solidariedade.

ABSTRACT: Brazil is a country marked by social inequality, which is also evident in the tax area. Thus, the general objective is to reflect on the need for changes in the national tax system with a view to promoting tax justice. To this end, it discusses the impacts of austerity policies on the lives of the most vulnerable and contextualizes taxation on consumption in the country. In the end, the need for a tax reform that is based on solidarity and promotes tax justice is highlighted. Methodologically, the research is classified as deductive, descriptive and bibliographical. It appears that the Brazilian tax system is characterized by taxation on consumption, reflecting negatively on the most economically vulnerable groups, a situation that is aggravated by the austerity policies adopted by the State to face the economic and financial crisis. Therefore, a reform is needed to promote fiscal justice, privileging taxation on income to the detriment of taxation on consumption, as the current model accentuates social inequality and, therefore, violates the existential minimum and, ultimately, the human rights.

KEYWORDS: Taxation. Social inequality. Tax Justice. Solidarity.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Políticas de austeridade e o acentuamento da desigualdade social. 2. Sistema tributário brasileiro e a tributação sobre consumo; 3.

¹⁴ Auditor fiscal do município de Campina Grande (PB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela ESA – OAB (PE).

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um país marcado por grande desigualdade social, o que se deve a diversos fatores, desde a forma como foi colonizado e povoado, até a escolha de estratégias pelos governantes e implementação de políticas públicas.

A questão se agrava se considerado o fato de que o sistema tributário brasileiro onera sobremaneira as camadas mais pobres da sociedade em virtude da alta carga tributária que incide sobre o consumo. Isso se deve porque, historicamente, há uma tendência em tributar o setor de produtos e serviços em detrimento da tributação da renda.

Em meio a esse cenário, são comuns os debates quanto à necessidade de uma reforma tributária, para que se alcance o equilíbrio fiscal. E as discussões tendem a ganhar evidência quando em momentos de crise econômico-financeira e de instabilidade no cenário nacional e internacional.

Uma questão, porém, ganha evidência. Diz respeito à adoção, pelos governantes, de políticas de austeridade como estratégia de enfrentamento da crise econômica e financeira. A redução de gastos públicos, porém, torna ainda mais complexa a questão tributária no país, refletindo nas classes menos favorecidas e aumentando a desigualdade social.

É nesse contexto que se situa o presente estudo, que tem por objetivo refletir sobre a necessidade de mudanças no sistema tributário brasileiro de modo a promover a justiça fiscal, partindo da premissa de que as políticas de austeridade comprometem um cenário já complexo e desumano no que tange a incidência de tributos. E, como objetivos específicos busca-se discorrer brevemente sobre os impactos das políticas de austeridade na vida dos menos favorecidos; contextualizar os tributos sobre consumo no Brasil; e, ainda, ressaltar a necessidade de uma reforma tributária que se pautar no princípio da solidariedade e promova a justiça fiscal.

Destarte, para alcançar os objetivos supra adota-se, como método de abordagem, o dedutivo e, como método de procedimento, o descritivo. No que diz respeito à técnica de

pesquisa, classifica-se como bibliográfica, pois se busca na doutrina, artigos, dissertações, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do tema.

2. POLÍTICAS DE AUSTERIDADE E O ACENTUAMENTO DA DESIGUALDADE SOCIAL

Nos últimos anos, o Brasil enfrenta diversos problemas na seara econômica, o que evidencia a adoção de estratégias de enfrentamento. Dentre as medidas adotadas pelos governos nas últimas décadas, encontra-se o enxugamento de gastos em detrimento do fomento da economia. Porém, como lembram Rudig e Karyotis (2014, p. 14), não se trata de medida adotada apenas no Brasil, pois vários são os países que se valem de políticas de austeridade em meio a crises econômicas e financeiras, apesar das oposições.

Schrarmm et al. (2018, p. 09) observam que a adoção de políticas de austeridade como estratégia para enfrentamento da crise econômica decorre do perfil ideológico dos governos e lembra que a definição pelo modelo em comento gera impactos imediatos no bem-estar da população e nem sempre alcançam os resultados desejados.

Ainda segundo Rudig e Karyotis (2014, p. 16) as políticas de austeridade centram-se nos cortes na despesa pública e refletem diretamente no desemprego e na desigualdade, o que justifica a mobilização social, citando como exemplo os protestos na Grécia, no início da década passada, e que nos anos seguintes mobilizou vários países da Europa.

Schrarmm et al. (2018, p. 14-15), em estudo específico sobre os reflexos das políticas de austeridade na saúde pública brasileira ressaltam que os períodos de crise refletem de forma mais expressiva nos grupos vulneráveis, aumentando a mortalidade e agravando os fatores de risco, tais como doenças cardíacas.

Guimarães (2018, p. 385) também enfatiza que as políticas de austeridade refletem diretamente na saúde pública e comprometem diretamente os mais vulneráveis, ressaltando a necessidade de se pensar, em tempos de crise e instabilidade, a adoção de estratégias adotadas pela economia, apontando ser a austeridade reflexos de uma economia desumana.

Não destoia desse entendimento os ensinamentos de Groisman e Passos (2019, p. 178), os quais destacam que na medida em que se avançam as políticas de austeridade

identifica-se claramente o acentuamento das desigualdades sociais no país, o que aprofunda a divisão social.

De fato, e como lembram Schramm et al. (2018, p. 09), a experiência evidencia que a adoção de medidas de austeridade não necessariamente levou os países que a adotaram a um equilíbrio fiscal. Para a autora, os países e regiões que adotam políticas de incentivos à economia tendem a ter melhores resultados no que diz respeito ao bem-estar social.

Desta feita, a tentativa de ajustar a economia do país por meio da redução de gastos públicos aumenta a desigualdade social. De fato, a profunda desigualdade social brasileira se insere na lógica do sistema capitalista de trabalho assalariado, cuja pobreza extrema se coaduna com seu funcionamento (Lole; Stampa; Gomes, 2020, p. 13). Porém, a desigualdade social é tratada de diversas formas e sob óticas também diversas.

Por exemplo, os neoliberalistas abordam a desigualdade social relacionando-a ao mercado. O neoliberalismo, como doutrina hegemônica, foi favorecido pelo desenvolvimento tecnológico, pelas modernas técnicas industriais, pelo desenvolvimento das tecnologias da informação e pelo controle dos novos processos mundiais de produção (capitalismo globalizado) (Rocha, 2021, p. 45). Com a globalização criou-se um mercado mundial unificado, que permite controlar a partir do centro toda a estrutura de produção espalhada pelo mundo, o que corrobora para a desigualdade.

Hayek (1987, p. 22), em “O caminho da servidão” trabalha com a ideia do Estado de Direito, afirmando que o Estado deve assegurar a igualdade formal entre os indivíduos, concepção que vai de encontro à igualdade material visada pelo Estado do Bem-Estar Social. Contudo, para o autor, sanar a desigualdade social não está entre os fins do Estado. A igualdade prevista na lei permite estipular o comportamento desejado em relação a todos e, dessa forma, a Justiça agiria igualmente (Hayek, 1987, p. 23-24), cabendo ao Estado de direito estabelecer e assegurar tão somente a igualdade perante a lei.

Rocha (2021, p. 48) complementa que os mais ricos constituem a parte dinâmica da sociedade neoliberal, pois deles são as iniciativas de investimento, o que assegura à sociedade a prosperidade. Desta feita, a crise é resultado da sobrecarga previdenciária e assistencial, resultado da demanda excessiva dos sindicatos de trabalhadores, ao passo que a inflação é

resultado do descontrole da moeda, fruto do crescimento do déficit público, em razão dos gastos excessivos do Estado com as demandas sociais.

Porém, é preciso lembrar que a Constituição Federal de 1988 consagra a igualdade como direito fundamental no caput do art. 5º. E, em inúmeros outros dispositivos, dispõe sobre este importante direito fundamental. Logo, e em que pesem as teorias para justificar a desigualdade social, é dever do Estado implementar medidas para assegurar a igualdade formal e material. Não é o que ocorre quando o Estado implementa políticas de austeridade.

Diante do exposto, pode-se concluir, preliminarmente, que o enxugamento de gastos do governo prejudica os mais pobres, pois as classes mais favorecidas economicamente não se valem tanto de serviços públicos, como a saúde, educação, pois comumente utilizam serviços privados. Portanto, quando há corte de gastos e investimentos em setores importantes do Estado, os grupos mais vulneráveis são diretamente atingidos e, conseqüentemente, agrava-se a desigualdade social.

3. SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO E A TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO

O sistema tributário surgiu da busca do Estado em obter recursos financeiros para suprir suas necessidades e para a manutenção de suas despesas públicas. Para isso, o Estado instituiu uma forma retirada permanente dos particulares que passou a ser a sua principal fonte de renda, qual seja, o tributo.

O sistema tributário nacional é concebido, segundo Costa (2014, p. 41), como o conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que regem a atividade tributante. Vale lembrar, aqui, que o significado da palavra tributação faz referência à atividade de instituição de tributos, embora, em sentido amplo, alcance também a arrecadação e fiscalização de seu recolhimento, estas últimas atividades de natureza estritamente administrativas.

Costa (2014, p. 41), ao dissertar sobre o sistema tributário nacional, defende ser este resultado:

[...] da conjugação de três planos normativos distintos: o texto constitucional, a lei complementar, veiculadora de normas gerais em matéria tributária (o Código Tributário Nacional), e a lei ordinária, instrumento de instituição de tributos por excelência.

A principal fonte do Direito Tributário é a Constituição da República, que o disciplina no Capítulo I, do Título VI, em seus artigos 145 a 162. Desse modo, são quatro temas fundamentais que a Constituição de 1988 trata do sistema tributário nacional, quais sejam: “1) a precisão de regras-matrizes de incidência; 2) a classificação dos tributos; 3) a repartição de competências tributárias; e 4) as limitações ao poder de tributar” (Costa, 2014, p. 43).

Acerca do tema, Schouri (2011, p. 65-66) leciona:

É no texto constitucional que se encontra a feição do Estado, prevendo-se, ali mesmo, os meios para seu custeio. Por tal razão, é na Constituição que se verifica a fundamentação jurídica para a própria criação de tributos. É, pois, o instrumento para a conferência de competência tributária. [...] não se limita, entretanto, à conferência de competências tributárias o papel da Constituição. Em extensão inigualável, o Constituinte houve por bem descer às minúcias do exercício daquela competência.

Desta feita, é a Constituição da República de 1988 que também se encontra a fundamentação para a edição de outros instrumentos introdutórios de normas tributárias, pois o diploma legal em comento determina, por exemplo, casos em que se exigirá lei ordinária (art. 150, I) ou complementar (arts. 146 e 148, por exemplo), prevendo, ainda, outras fontes, como até mesmo meras resoluções (art. 155, parágrafo 2, IV) (Brasil, 1988, s.p.).

Em meio a esse cenário uma questão vem ganhando relevo já há alguns anos. Diz respeito à reforma do sistema tributário brasileiro pois, apesar de alterações pontuais na legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria, muitos pontos precisam ser discutidos e adequados à realidade, a exemplo da alta carga tributária sobre o consumo em detrimento da tributação de renda no país.

Os impostos sobre consumo no Brasil ocorrem de forma descentralizada com competência dos entes Federais, Estaduais, Distritais e Municipais, sendo estes impostos o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); Programa de Integração Social/Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (PIS/CONFINS); Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) estes de competência federal; Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) este de competência estadual/distrital; e o Imposto sobre Serviços de

Qualquer Natureza (ISSQN) de competência municipal/distrital. Em meio a esse cenário, várias são as formas de ser o contribuinte onerado sem, contudo, verificar uma efetiva contraprestação.

Como observa Sudré (2019, s.p.), no Brasil, a carga tributária se concentra basicamente nos impostos indiretos, alcançando bens e serviços à disposição dos contribuintes. Em meio a esse cenário é que surgem críticas, pois ao tributar o consumo, os impostos acabam sendo embutidos nos preços dos produtos e serviços, a exemplo de energia elétrica, combustível, dentre outros.

De acordo com Duarte (2016, s.p.), a tributação de consumo, no Brasil, é acima da média mundial, que segundo a OCDE gira em torno de 35%. Contudo, no país a tributação sobre consumo chega a 65%, muito acima de países desenvolvidos como Estados Unidos e Japão, em que tal taxa é abaixo dos 20%.

Portanto, a forma de tributação adotada no Brasil, que privilegia, repita-se, a tributação sobre consumo em detrimento da tributação sobre renda e patrimônio, contribui para a desigualdade social, pois o país ocupa, segundo dados de 2018, 9ª posição em termos de desigualdade de renda em estudo que comparou 189 países, segundo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) (Susdré, 2019, s.p.).

O Brasil, contudo, não apresenta uma política tributária que taxe o cidadão de acordo com sua capacidade econômica, pois pauta a sua arrecadação na necessidade de “fazer caixa”, resultado da ineficiência do Estado na administração de recursos (Duarte, 2016, s.p.).

Anote-se, ainda, que com o intuito de resguardar a renda e a propriedade do contribuinte, na medida em que, se este tiver de utilizar toda a sua renda ou o seu patrimônio para pagar os tributos, não terá como subsistir, alguns princípios importantes norteiam o ordenamento jurídico no que tange a seara tributária, a exemplo do princípio da não-confisco e o princípio da capacidade contributiva, por exemplo. Com base nestes, busca-se resguardar um mínimo vital.

Segundo Lopes (2012, p. 176), ao se prever explicitamente este princípio, acabou-se determinando que a tributação deveria ser razoável. Contudo, a questão é averiguar o que seria razoável no âmbito tributário, haja vista que, para determinados contribuintes, por

exemplo, uma alíquota ou carga tributária total superior a 20% seria razoável e não afetaria sua capacidade econômica de subsistir.

E é importante notar que, além de impedir alíquotas elevadas ou majorações excessivas no âmbito de um tributo isoladamente considerado, a vedação do confisco deve ser analisada também à luz da somatória da carga tributária total do país, isso porque, em determinados casos, o impacto do aumento de mais um tributo pode resultar na total inviabilização do exercício da atividade econômica pelo contribuinte.

De fato, a vedação do confisco está clara na doutrina e na jurisprudência, sendo necessário, porém, colocar tal princípio em prática, pois a realidade evidencia problemas diversos, como um grande número de tributos. Para se ter uma ideia, a tributação sobre consumo no Brasil é uma das mais complexas, abarcando, conforme já dito alhures, o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); Programa de Integração Social/Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (PIS/CONFINS); Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) estes de competência federal; Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) este de competência estadual/distrital; e o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) de competência municipal/distrital.

Enquanto a maioria dos países tributa o consumo através de um único imposto não-cumulativo sobre o valor adicionado (IVA), o Brasil adota uma multiplicidade de impostos sobre a produção e o consumo de bens e serviços, provocando um aumento do custo dos investimentos, a oneração desproporcional da produção nacional relativamente à de outros países, além de um enorme contencioso entre o fisco e os contribuintes.

Os seis tributos sobre o consumo existentes no Brasil são cobrados em cada esfera da federação, cada um dos quais aplicando seu próprio código fiscal, base tributária e alíquotas de impostos. As empresas que desejam oferecer mercadorias e serviços em nível nacional devem cumprir as regras fiscais de todos os estados (OCDE, 2018, s.p.).

Analisando de maneira simples, não se pode deixar de notar o aumento constante da carga tributária desde o ano de 2015, quando totalizava 31,84%, tendo alcançado, em 2018, a marca de 33,26%, demonstrando um aumento de 1,42% (Ribeiro, 2020, p. 18). Vislumbrando o lado positivo a carga tributária do Brasil em 2018 corresponde ao quarto aumento

consecutivo, porém com valor ainda inferior ao recorde de 33,64% observado em 2007, estando, ainda, abaixo 0,38%.

Ainda segundo Ribeiro (2020, p. 21), é importante ressaltar que até a década de 1990 existem variações menos expressivas. Contudo, desde o ano de 2000 as diferenças aumentam, no que tange o percentual da carga tributária ao PIB, tendo alcançado o seu auge no ano de 2005. Não obstante, há de se ressaltar grande divergências de informações nos canais oficiais da União. Por exemplo, o Ministério da Fazenda apresenta dados conflitantes no que tange a carga tributária brasileira. Somando-se as três esferas de governo, atingiu 37,37% do PIB em 2005, um aumento de 1,49% se comparado ao ano de 2004, quando o número alcançou 35,88%.

Dando seguimento, é interessante ressaltar que o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), apresenta um estudo sobre quantos dias o contribuinte trabalhou para pagar tributos nos últimos 34 anos, evidenciando um claro crescimento a partir da segunda metade da década de 1991, passando por aumentos consecutivos até alcançar seu pico em 2016, mantendo-se, até o ano de 2019, em cinco meses e dois dias. Significa dizer que esse é o tempo que todo contribuinte brasileiro trabalha, em um ano, para pagar os tributos no Brasil (Ribeiro, 2020, p. 32).

Ainda, segundo dados do Banco Mundial, no Brasil são necessárias 1.501 horas de labor por ano para o pagamento de tributos, enquanto em países como os Estados Unidos apenas 175 horas, contra 137 horas a França. Há, por conseguinte, uma grande complexidade no sistema tributário e, também, uma considerável carga tributária (Ribeiro, 2020, p. 33).

Em meio a esse cenário, a necessidade de reformas no sistema tributário é inegável, seja pelo grande número de tributos, seja pela alta carga tributária. Contudo, uma das principais razões para o fracasso das tentativas de reforma é o simples fato de que a racionalização tributária resulta em perda de receitas. As partes envolvidas nas negociações, quais sejam, os Estados, União, Municípios e Distrito Federal, temem perder as suas tão necessárias receitas, sem as quais não dão conta de atender a persistente pressão por gastos (Mendes, 2014, p. 55). Os gastos públicos, em todas esferas, principalmente com as despesas previdenciárias, despesas com pessoal o refinanciamento da dívida pública (juros). Sem um ajuste fiscal, continuado com estes gastos obrigatórios, a pressão orçamentária praticamente

inviabiliza a capacidade de investimentos em infraestrutura, educação de qualidade, segurança etc.

Superada esta contextualização, passa-se a abordar, na próxima seção, a necessidade de alterações no sistema tributário brasileiro para que se alcance a justiça fiscal e, por conseguinte, seja resguardado o mínimo existencial, já que atualmente a carga tributária compromete sobremaneira a vida dos menos favorecidos.

4. DESAFIOS DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

As discussões acerca de alterações no sistema tributário brasileiro não são recentes. De fato, ainda quando a economia brasileira apresentava uma taxa de crescimento sustentável, a inflação se encontrava relativamente sob controle e as empresas se apresentavam competitivas no mercado global, levando a um cenário de balança comercial positivo.

Ocorre que, mesmo diante de um cenário favorável, que prevaleceu principalmente na década de 2000, as desigualdades regionais e sociais permaneceram extremamente altas, o que se deve, em grande parte, a alta carga tributária e a repartição de receitas em nosso ordenamento jurídico.

Em tempos de crise econômico-financeira, porém, a questão se agrava, principalmente porque o país convive com altas taxas de juros, empresas apresentam dificuldades para se manterem competitivas e no mercado, inúmeros empreendimentos deixaram de atuar por dificuldades financeiras e outras tantas clamam medidas que possibilitem a sua manutenção no cenário comercial.

Nesse contexto, é comum a sonegação de tributos, o que se deve principalmente à alta carga tributária e ao obsoleto sistema tributário nacional, que conta com um número muito grande de tributos, sem contar a desigualdade no que tange a repartição de receitas tributárias, já que vários tributos são, ainda que indiretamente, direcionados à União.

Em relação aos principais motivos que ensejam a reforma tributária destacam-se a grande e crescente participação na matriz tributária de tributos de baixa eficiência econômica, tributos indiretos, que incidem em “cascata”; a problemática da chamada “guerra fiscal” e elevados níveis de evasão fiscal, entre outros problemas.

Segundo Andrade (2016, p. 837), uma das características do sistema tributário nacional é a predominância de tributos indiretos, que possuem “[...] baixa capacidade para promover o distributivismo, pois permite que o ônus tributário seja repassado ao longo da cadeia produtiva até o consumidor final”, o que precisa ser revisto.

Ademais, questiona-se a eficácia estatal na gestão dos tributos, principalmente porque o retorno social é muito baixo, setores como educação e saúde evidenciam, por exemplo, a ineficácia do Estado na gestão tributária, apesar de ser alta, repita-se, a carga tributária no Brasil.

De acordo com Andrade (2016, p. 835), é por meio da tributação que o Estado deve “[...] estabelecer um sistema que onere menos as pessoas que possuem menor poder aquisitivo e onere mais aquelas que podem contribuir mais para o erário”, o que não ocorre na atualidade, em clara inobservância ao princípio da capacidade contributiva.

Destaca-se ainda a necessidade de se promover justiça fiscal, com promoção do desenvolvimento regional, redução das desigualdades sociais e melhor distribuição da receita tributária, revertendo o processo de centralização de receita na União ocorrido nos últimos anos. No entanto, muitos são os entraves, pois diversos são os interesses, haja vista o grande impacto financeiro que uma mudança mais profunda na matriz tributária brasileira deve causar.

Por isso se clama uma reforma tributária, que possibilite, principalmente, a promoção da justiça fiscal, com o fomento para o desenvolvimento regional, redução das desigualdades sociais e melhor distribuição da receita tributária.

De fato, como já dito alhures, há anos se discute a necessidade de uma reforma tributária, apesar da Constituição Federal de 1988 tratar de questões importantes, ao regulamentar o Sistema Tributário Nacional. Porém, o que se percebe é que mesmo os entes federados não envidam esforços necessários para a efetivação da reforma em comento.

Segundo Maneira e Lima (2018, s.p.), a União, por exemplo, preconiza querer a efetivação de uma reforma, sem, contudo, abrir mão de sua arrecadação extraordinária. Já os Estados e Municípios, embora também defendam a necessidade de uma reforma, querem arrecadar mais tributos, ao passo que os contribuintes, que também criticam o Sistema Tributário Nacional, querem pagar menos tributos. Significa dizer que embora haja um consenso nacional em torno da necessidade de se reformar o sistema tributário, há um enorme conflito em torno das propostas, principalmente porque os interesses do Fisco e dos contribuintes são, não raras vezes, opostos. Todos querem ganhar e ninguém quer perder ou continuar com os ganhos ou arrecadações nos moldes atualmente regulamentados. É fato que se necessita, de forma urgente, implementar uma reforma tributária, que deverá observar, principalmente a igualdade de tratamento, sem ignorar a base constitucional sobre o Estado Federativo do Brasil.

Não bastasse isso, a tributação sobre consumo contribui para a desigualdade social. Conforme Oliveira (2018, p. 67), a desigualdade social ganhou relevo a partir dos anos de 1970, principalmente pelo crescimento do capitalismo, rompendo com a década anterior, na qual a solidariedade havia norteado as relações interpessoais e contribuído para uma trajetória mais favorável, no que dizia respeito à diminuição da desigualdade. Contudo, o capitalismo e os mecanismos por ele utilizados, para assegurar a concentração de riquezas, corroborou para o enfraquecimento do desenvolvimento econômico, o que refletiu também na seara social e culminou na elevação da carga tributária.

Caureo (2015, p. 134), por sua vez, complementa que a tributação sobre consumo não observa as peculiaridades dos contribuintes. Por exemplo, o ICMS incide sobre todos os produtos da cesta básica, da energia elétrica, das telecomunicações, dentre outros itens, sem observar a capacidade contributiva.

Segundo Braga (2018, p. 19-20), outrossim, a Constituição Federal de 1988 preconiza que o ICMS deve ser pessoalizado, ou seja, observar o princípio da capacidade contributiva com vistas a proporcionar a efetiva isonomia tributária, a teor do que dispõe § 1º, do art. 145. Porém, não se confunde com a personalização do tributo em comento, pois esta é medida mais ampla e decorre da aplicação do caráter pessoal do ICMS. E, para a sua concessão, requer que o Estado renuncie a receita fiscal. Logo, percebe-se que o ICMS personalizado é, na verdade, um benefício fiscal.

O ICMS, como leciona Silva (2017, p. 69), é o tributo de maior relevância, no Brasil, no que tange a arrecadação, responsável por cerca de 20% do total, ou seja, 7% do PIB nacional. É, pois, imposto de competência dos Estados, como sabido, que incide principalmente sobre os produtos industrializados, podendo ultrapassar 85% de renda própria. Se assemelha a tributos como o IVA, mas apresenta problemas diversos como as inúmeras alíquotas, uma vez que cada Estado da federação tem competência para legislar sobre a matéria.

Como bem observa Caureo (2015, p. 105-106), as discussões acerca da adequação dos tributos à capacidade contributiva, principalmente os denominados tributos diretos, não é recente, sendo pacífico na doutrina o entendimento de que “[...] a observância estrita do princípio da igualdade, aportando a todos os indivíduos a mesma intensidade de supressão do bem-estar [...]”

Não é demais ressaltar que autores como Silva (2017, p. 97) defendem a importância de que o ICMS personalizado não seja compreendido como medida assistencial do Estado. Para o autor, portanto, deve-se ressaltar o caráter tributário do instituto, seja em virtude da repartição das receitas provenientes da arrecadação do tributo, seja pela necessidade de que a personalização seja viável, do ponto de vista fiscal e financeiro.

De acordo com Silva (2017, p. 97), a proposta de personalização do ICMS consiste na redução do imposto sobre os gastos das populações mais pobres, em conjunto com o processo de modernização do imposto em comento. É, portanto, política independente, que equivale a incentivos fiscais, sendo mister a adoção de um verdadeiro programa de customização para que seja efetivado.

Em meio a esse cenário, como salienta Braga (2018, p. 20-21) preconiza a necessidade de reformar para que o ICMS personalizado seja moderno, eficiente e equitativo. Dentre as alterações, defende que seja adotada um critério financeiro para a compensação do benefício fiscal; a restituição integral, em curto prazo, principalmente quando se tratar de exportações; a unificação de alíquotas internas; e, ainda, a eliminação de isenções, ainda que parciais, que comprometem a base de cálculo do ICMS.

Ainda segundo Braga (2018, p. 21), uma das medidas que pode corroborar para a menor carga tributária, no que tange os impostos indiretos, é a unificação de alíquotas. E para exemplificar o autor cita o Estado do Rio Grande do Sul, que conta com uma grande variação de alíquotas do ICMS, chegando a 30% (trinta por cento), sobre combustíveis, enquanto sobre produtos como gás de cozinha incide a alíquota de 12%. Por isso o autor defende a importância de uma única alíquota, o que simplificaria o sistema tributário.

Portanto, para os estudiosos supramencionados, não há dúvidas de que a adoção do ICMS personalizado clama a modernização da legislação tributária, ou seja, reformas no sistema tributário. E, no Brasil, encontra amparo na legislação ordinária, o que dispensaria, por exemplo, a elaboração de uma Emenda à Constituição, já que a Lei nº 87/1996, que estabelece normas gerais para a tributação do ICMS, autoriza a adoção de critérios financeiros, para o amplo aproveitamento dos créditos de uso e consumo, medida que está em vigor desde janeiro de 2020.

Outrossim, entendem que a implementação do ICMS personalizado refletirá, a um só tempo, no custo de vida dos beneficiários e não-beneficiários das medidas de isenção, pois, enquanto aqueles terão a carga tributária reduzida, principalmente pela restituição do ICMS que incide sobre o consumo, os não-beneficiários continuarão a arcar com o pagamento do referido imposto em sua totalidade. Porém, não há que se falar em majoração da carga tributária, uma vez que a personalização do ICMS conduz à “redistribuição equânime da sua tributação importuna em carga tributária maior para aqueles injustamente beneficiados, atualmente, pela seletividade em termos isonômicos” (Braga, 2018, p. 23).

Por último, mas não menos importante, vale registrar que há países, como o Canadá (Caureo, 2015, p. 143) e o Japão (Braga, 2018, p. 28), por exemplo, que já adotam a personalização do tributo indireto, ou seja, aqueles que alcançam principalmente os bens de consumo, medida que contribui para a efetiva aplicação do princípio da capacidade contributiva. Os citados países buscaram meios para afastar a regressividade dos tributos sobre consumo e, conseqüentemente, dar fins equitativos ao IVA.

Segundo Caureo (2015, p. 143-145), a medida adotada pelo Canadá consiste na restituição de tributos, instituto denominado *sales tax credit*, que dá maior transparência à arrecadação tributária. É, por conseguinte, instrumento de transferência de receita do Estado

para a sociedade através do sistema tributário, prática que se adequa ao Estado Social e é comumente utilizada na seara assistencial. Não obstante, o Brasil não adota qualquer mecanismos semelhante, seja porque o sistema tributário não apresenta transparência desejada, seja porque há uma grande distorção entre o que é pago pelo contribuinte e o retorno estatal, na prestação de serviços.

Já o Japão, conforme leciona Braga (2018, p. 28), adotou mecanismos diferentes daquele que o Canadá implementou, já que a tributação personalizada se pauta em benefício fiscal, que resulta da combinação de produtos tidos como essenciais, a exemplo de tratamento médico, considerando inclusive o grau de escolaridade do contribuinte. Por conseguinte, o benefício é concedido pelo Estado japonês no momento da operação geradora do tributo, sendo o valor da compra reduzido se o contribuinte se enquadrar nos requisitos elencados na legislação. Trata-se, portanto, de modelo mais complexo, já que cada operação implica na redução maior ou menor da carga tributária.

De acordo com Silva (2017, p. 61), o Japão implementou uma combinação de solução universal, aplicada ao conjunto de bens e serviços que não integram a base do IVA, e a personalização, que busca produzir a desoneração tributária em consumos específicos, correspondentes a combinação entre produto e consumidor, eliminando as perdas de arrecadação. Já o Canadá optou por uma solução simplificada, aplicando taxas uniformes com isenção sobre produtos básicos, como alimentos e medicamentos, reforçando, ainda, a redução de impostos para as populações mais vulneráveis socialmente, incorporando os mecanismos de compensação parcial do imposto, repassando consumo desses grupos.

Em meio a esse cenário é que Caureo (2015, p. 130) defende que o Estado deve considerar que o consumidor é o contribuinte quando se trata de impostos indiretos, motivo pelo qual a capacidade contributiva a ser observada é a do consumidor final, e não pode se pautar na renda, o que revela a necessidade de se averiguar não apenas a capacidade contributiva, enquanto conceito tradicional do Direito Tributário, mas também a capacidade de comprar, de adquirir bens.

Também Fagnani (2018, p. 30) enfatiza que as alterações na legislação tributária devem avançar para promover a progressividade dos tributos e, assim, reduzir a participação da tributação indireta que incide sobre o consumo. Logo, no entender do autor, a

progressividade observa, a um só tempo, a capacidade contributiva e a limitação à tributação sobre a folha de pagamento, sobre itens tidos como essenciais.

No Brasil, porém, inexistem políticas voltadas à menor tributação dos itens que compõem a cesta básica, por exemplo. Como bem lembra Braga (2018, p. 48), quando o ICMS que incide sobre os itens que integram a cesta básica, em alíquota de 7%, o legislador ignora os princípios que norteiam o Estado de Direito e deixa de fomentar políticas públicas para a erradicação da pobreza, como preconizou o constituinte.

Exatamente por isso é que o autor defende a adoção do ICMS personalizado, política tributária que é capaz, a um só tempo, de diminuir a desigualdade social e consagrar o mínimo necessário à vida digna (Braga, 2018, p. 49), na medida em que assegura ao contribuinte meios para transformar sua realidade a partir de políticas de justiça fiscal.

Braga (2018, p. 55) acrescenta que o ICMS personalizado é instrumento de justiça fiscal, consubstanciado na observância ao mínimo existencial e, consequentemente, com vistas a assegurar o bem-estar principalmente daqueles menos favorecidos, reduzindo as desigualdades sociais e melhorando as condições de vida. E, embora o estudo do referido autor se centre no ICMS, as considerações alcançam todos os tributos que incidem sobre o consumo no Brasil.

Destarte, repensar os tributos sobre consumo é medida que se pauta no princípio da isonomia, afastando problemas que norteiam o referido tributo, tais como a liberdade do consumidor, o mínimo existencial e a livre concorrência. Isso se deve porque o ICMS personalizado é capaz de resguardar uma mínima renda, proporcionando tratamento diferenciado àqueles contribuintes de menor potencial aquisitivo, inclusive pessoas jurídicas, o que reflete na possibilidade de concorrência no mercado.

3.1 Tributação e justiça fiscal

A primeira questão a se ressaltar, nesse ponto, é que o Brasil clama um sistema tributário mais solidário, movimento que pauta na injustiça que norteia o atual sistema tributário, visto como uma das principais causas da desigualdade social no Brasil. (Fagnani, 2018, p. 04).

Segundo Sbardellati e Lavinias (2020, p. 08), falar em reforma tributária solidária nada mais é que reconhecer a possibilidade de se aferir recursos adicionais, no que tange a arrecadação tributária, “[...] com base na progressividade para cobrir demandas urgentes da sociedade. Esse benefício deve ser incondicional, tendência crescente nos programas de renda mínima que se multiplicam no mundo em desenvolvimento”.

A solidariedade social não é apenas uma ideia. É um princípio do direito brasileiro, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, em virtude de dispositivo expresso (art. 3º, inc. I), segundo o qual constituem objetivos fundamentais de nossa República “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Esse princípio fundamenta-se no dever de o Estado utilizar-se da tributação como mecanismo para a redistribuição de renda. Entretanto, não se pode desconsiderar o princípio da legalidade, uma vez que um não se contrapõe ao outro princípio (Machado, 2009, p. 73-74).

Admite-se justamente a atuação do Estado quando se leva em consideração que este deva promover a redistribuição de renda. Mas, deve-se observar, por outro lado, que a Constituição Federal prevê, também, uma sociedade livre e, assim, não se pode deixar de lado a legalidade.

Observa-se, desta maneira, que, para atender os aspectos da solidariedade, devem-se observar os padrões legais. Logo, a legalidade e a solidariedade são princípios que se completam na atividade de controlar o Poder, em benefício da liberdade, porém, sem violar a lei (Machado, 2009, p. 74).

Como bem observam Lima e Piscitelli (2018, p. 04), debater a reforma tributária no país exige que se considerem fatores diversos, dentre eles a desigualdade social e a necessidade de aumentar a progressividade da tributação, sanando problemas relativos a iniquidade.

Por isso, segundo os autores, as disparidades sociais, já há alguns anos, vem sendo reconhecidas como decorrentes também da estrutura tributária. Logo, é necessário reconhecer que o aumento da desigualdade social reflete negativamente no desempenho econômico, prejudica a economia e fomenta exploração da mão-de-obra e discriminação (Lima; Piscitelli, 2018, p. 04). Assim sendo, discutir a reforma tributária solidária é medida que se impõe, pois,

ao privilegiar os menos favorecidos, elevando sua capacidade de consumo, não apenas sana as desigualdades sociais, mas também fomenta a economia do país.

Segundo Lima e Piscitelli (2018, p. 09),

[...] em 2016, segundo a Oxfam, o 0,1% mais rico concentrou 48% de toda a riqueza nacional; os 10% mais ricos, 74%. Enquanto isso, os 50% mais pobres possuem menos de 3% dessa riqueza. Cinco brasileiros detinham o mesmo que a metade mais pobre da população em 2017, chegando a R\$ 549 bilhões, de acordo com cálculos da Oxfam. Ao mesmo tempo, no início de 2017 havia 16 milhões de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza, segundo apurou o Banco Mundial.

Não bastasse isso, como bem lembra Oliveira (2018, p. 67) o sistema tributário nacional se caracteriza por ser um instrumento anticrescimento, antiequidade e antifederação, uma vez que os tributos incidem preponderantemente sobre os impostos indiretos, dentre os quais os incidentes sobre o consumo, não raras vezes de forma cumulativa, culminando em injustiças sociais.

De fato, em meio a uma alta carga tributária, como já visto anteriormente, há de se pensar alternativas que privilegiem principalmente os mais desfavorecidos, ressaltando a importância de se observar a capacidade contributiva e fomentar, consequentemente, a igualdade social.

Em meio a esse contexto a justiça social, preconizada a partir de uma reforma tributária, pautada na justiça fiscal, que estabeleça limites à tributação e considere as peculiaridades dos contribuintes, ganha relevo, pois privilegia também meios para assegurar o mínimo existencial.

O direito ao mínimo existencial exerceria, portanto, um papel imitador e garantidor. Limite à tributação e garantia de condições mínimas de dignidade. Essa proteção no âmbito da tributação indireta seria veiculada unicamente pelo binômio seletividade/essencialidade, concentrada na fórmula de que quanto mais essencial for o produto, mercadoria ou serviço, menor deverá ser a sua alíquota (CAUREO, 2015, p. 118).

Não se pode ignorar que a Constituição Federal de 1988, dentre outros princípios, fundamentos e objetivos, prevê a redução da desigualdade social. É, pois, um dos objetivos da República Federativa do Brasil e que, para se consolidar, clama adoção de diversas medidas, perpassando por uma reforma tributária.

Nesse sentido, leciona Fagnani (2018, p. 04):

A Reforma Tributária deve estar adequada ao propósito de fortalecer o Estado de Bem-estar Social, preservando e diversificando as fontes para o financiamento da proteção social, em função do seu potencial como instrumento de redução das desigualdades sociais e promotor do desenvolvimento nacional.

Outro fator que justifica a reforma tributária solidária é a inadequação do modelo de tributação atual, que é inversamente proporcional a renda do brasileiro e, principalmente, ao patrimônio. Significa dizer que a tributação, no Brasil, traduz a própria distribuição de renda e propriedade e reforça a desigualdade social, pois a tributação está concentrada nos bens e serviços, que recaem indiretamente, e de forma regressiva, sobre a população (Lima; Piscutelli, 2018, p. 10-11).

Verifica-se, portanto, que as discussões sobre a reforma tributária, no Brasil, devem considerar principalmente a tributação sobre consumo, haja vista a inadequação do modelo atual; e, assim, fomentar medidas de igualdade social, afastando as incoerências que hoje existem, justificando, portanto, o modelo de reforma tributária social preconizada.

Também é preciso lembrar que um sistema tributário que exige demasiadamente dos menos favorecidos, na medida em que concentra grande carga tributária sobre o consumo, vai de encontro aos direitos humanos, pois compromete o mínimo existencial, e também ignora o princípio da capacidade contributiva. Logo, a justiça fiscal exige também que o sistema tributário brasileiro atente para a capacidade dos contribuintes.

Fagnani (2018, p. 05) defende que a justiça fiscal está intrinsecamente ligada com a capacidade contributiva. Porém, parte dos estudos sobre a capacidade contributiva tem gerado controvérsias econômicas e sociais, afastando-se da efetiva problemática jurídica.

Em se tratando da justiça fiscal, entende Costa (2014, p. 88) que muito embora tenha o constituinte asseverado que os “impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”, o uso da expressão “sempre que possível” é completamente desnecessária, tendo em vista que o Direito só opera no campo do possível. Além do mais, a expressão pode levar à interpretação errônea de que o legislador infraconstitucional poderia transigir quanto à utilização do critério da capacidade contributiva na elaboração das leis, o que é inaceitável.

A expressão "sempre que possível", como já apontado anteriormente, diz respeito ao caráter pessoal dos impostos, já que nem todos possuem essa característica, mas jamais poderá alcançar a capacidade econômica do contribuinte (BOMILCAR; MARTINS, 2016, p. 78). Ora, aceitar entendimento diversos levaria a aceitar a completa nulidade do princípio em comento, pois o contribuinte que se sentisse lesado pela exação deveria demonstrar que, no seu caso, seria possível a aplicação do princípio.

Apesar da utilização da expressão “capacidade econômica” em vez de “capacidade contributiva” e de toda a discussão doutrinária acerca do assunto, Dutra (2010, p. 30) defende que não deve prosperar o entendimento de que as expressões tenham significados distintos.

A capacidade contributiva é no nosso sistema, norma constitucional aplicável e, portanto, matéria de direito positivo. Como visto alhures, o princípio em comento se encontra expresso no § 1º, do art. 145, da Constituição Federal de 1988.

O próprio conceito jurídico de justiça sempre permaneceu ligado com o conceito de igualdade. O que pressupõe uma comparação, que no campo tributário, ocorre com a mensuração da capacidade que determinado contribuinte tem para contribuir, em maior ou menor montante, aos cofres do Estado. Assim, a igualdade na participação dos custeios dos gastos gerais do Estado deve levar em consideração os próprios fins a que se propõe o Estado em questão.

Portanto, pessoas em situações diversas devem ser diferenciadas, inclusive com relação à tributação. O que se discute é se, em tal diferenciação, deve-se considerar o aspecto progressivo ou a mera proporção para refletir o critério diferenciador. No caso da avaliação econômica, tomam-se como base os valores sociais e os princípios a eles vinculados, principalmente os constitucionalmente existentes.

Desta feita, o sistema tributário deve primar pela escolha de políticas que busquem atenuação das desigualdades sociais, e para isso, deve distribuir adequadamente a carga de tributos entre os contribuintes, respeitando sempre as características individuais específicas de cada um.

De acordo com Dutra (2010, p. 67), com o fim do Estado Liberal, que propunha um Estado mínimo, surge a noção de um Estado social, que deve intervir para suprir as

necessidades sociais emergentes. O tributo, por sua vez, passa a ter, além do fiscal, também um caráter extrafiscal, objetivando fins sociais.

Contudo, para que o Estado social cumpra seu objetivo primordial, qual seja, o alcance do bem-estar comum, é preciso que este lance mão da tributação para angariar os recursos necessários para a consecução dos serviços públicos essenciais. Essa tributação, todavia, não deve prejudicar o contribuinte em demasia. O que garantirá o respeito à justiça social e a equidade de um sistema tributário será exatamente a observância do princípio da capacidade contributiva e, em se tratando do imposto de renda, a progressividade das alíquotas.

Não é demais frisar que o princípio da capacidade contributiva determina que o contribuinte deve suportar uma carga tributária compatível com os seus haveres, sendo vedada a exação que comprometa sua subsistência pessoal e de sua família. A exação deve, portanto, obedecer a um limite inferior e a um limite superior: a não-tributação do mínimo existencial e a vedação ao tributo confiscatório. Porém, no Brasil, a escolha da técnica de tributação se dá a partir da observação das necessidades internas e das características sociais singulares de cada país.

CONCLUSÃO

Buscou-se, ao longo deste estudo, refletir sobre a relação entre a política de austeridade, a tributação e os direitos humanos, momento em que se constatou que a desigualdade social no país é acentuada pelas estratégias governamentais de redução de custo, que vai alcançar principalmente os grupos menos favorecidos economicamente. Isso se deve porque ao reduzir investimentos na gestão da coisa pública, aqueles que se valem de serviços como saúde pública e educação têm a sua situação econômica agravada, ao passo que os mais favorecidos têm acesso a serviços privados.

A situação se agrava se considerado o fato de que, no Brasil, prevalece a tributação sobre o consumo em detrimento da tributação sobre a renda, exigindo uma carga tributária demasiada dos menos favorecidos, o que também agrava a desigualdade social.

Por conseguinte, a tributação no Brasil não se pauta no princípio da capacidade contributiva, embora a Constituição Federal de 1988 consagre tal princípio. E, apesar de se discutir a necessidade de uma reforma tributária, para que os tributos alcancem de forma mais equânime todos as camadas sociais, os mais pobres continuam suportando uma alta carga tributária.

No tocante ao princípio da capacidade contributiva, ademais, restou clara sua intrínseca relação com o princípio da igualdade, que é garantia do indivíduo perante o Estado. Sendo princípio constitucional, o ente tributante deve dar tratamento igual a todos os que se encontram em condições iguais. Lado outro, deve tratar de forma diferenciada os desiguais, na medida da sua desigualdade.

Destarte, para que o critério de discriminação cumpra o estabelecido no princípio isonômico, deve, o legislador, criar mecanismos de tratamento diferenciado, como alíquotas progressivas, por exemplo, de forma a solucionar essas questões de desigualdade.

Não obstante as determinações constitucionais, o que se percebe, na atualidade, são problemas diversos. De fato, o sistema tributário nacional privilegia o imposto sobre consumo, apresentando um emaranhado de tributos incidentes sobre fatos semelhante, o que não apenas torna o sistema mais oneroso, mas também demonstra a sua complexidade e corrobora para questionamentos.

Conclui-se, portanto, que as estratégias pautadas na austeridade e o sistema tributário comprometem o mínimo existencial, violando os direitos humanos dos cidadãos, na medida em que agrava a desigualdade social e não promove a solidariedade, a justiça fiscal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Jucilaine. Reforma tributária no Brasil e seus impactos na redução da desigualdade: uma análise das Propostas de Emenda à Constituição sob a perspectiva da justiça fiscal. **Gestão e Sociedade**, v. 9, n. 22, p. 832-852, 2016.

BOMILCAR, Pedro Augusto Gimenes Etiene; MARTINS, Marianne Rios de Souza. A violação aos princípios da capacidade contributiva, isonomia e progressividade ante a má distribuição das alíquotas e a não atualização permanente da tabela e imposto de renda. **Revista JurES**, v. 9, n. 17, 2016.

BRAGA, Thécio. **ICMS personalizado (ICMS-p):** benefícios fiscal em prol da isonomia tributária e do livre exercício de atividade econômica. 2018, 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

CAUREO, Elisângela Simon. Capacidade contributiva, tributação indireta e mínimo existencial. **RGPE - Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 36, n. 76, p. 103-152, 2015.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário:** Constituição e Código Tributário Nacional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DUARTE, Cláudia. Na contramão do mundo, Brasil tributa mais o consumo. **O Tempo**, Carga Tributária, 27 jun. 2016. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/economia/na-contramao-do-mundo-brasil-tributa-mais-o-consumo-1.1329469>. Acesso em: 17 abr. 2023.

DUTRA, Micaela Dominguez. **Capacidade contributiva:** análise dos direitos humanos e fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2010.

FAGNANI, Eduardo (Org.). **A reforma tributária necessária:** diagnóstico e premissas. Brasília ANFIP; FENAFISCO; São Paulo: Plataforma Política Social, 2018.

GROISMAN, Daniel; PASSOS, Rachel Gouveia. Políticas de austeridade e trabalho do cuidado no Brasil: desafios e perspectivas. **RELET-Revista Latinoamericana de Estudios del Trabajo**, v. 23, n. 38/39, p. 171-193, 2019.

GUIMARÃES, Raphael Mendonça. Os impactos das políticas de austeridade nas condições de saúde dos países com algum tipo de crise. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 383-388, jan./abr. 2018.

HAYEK, Friedrich A. **O caminho da servidão**. 4. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1987.

LIMA, Pedro Garrido da Costa Lima; PISCITELLI, Roberto Bocaccio. Reforma tributária: desigualdade, progressividade e proposições legislativas. **Revista de Planejamento e Orçamento**, v. 8, n. 1, p. 04-27, 2018.

LOLE, Ana. STAMPA, Inez; GOMES, Rodrigo Lima. **Para além da quarentena**: Reflexões sobre a crise e pandemia. Rio de Janeiro: Mórula Editorial, 2021.

LOPES, Pinto F. **Direito Tributário**. São Paulo: Manole, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MANEIRA, Eduardo; LIMA, Daniel Serra. 30 anos da constituição: sistema tributário nacional e a necessária reforma tributária sobre o consumo. Rio de Janeiro. **Revista da Faculdade de Direito UERJ**, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/39459>. Acesso em: 17 abr. 2023.

MENDES, Marcos. **Por que o Brasil Cresce Pouco?** São Paulo: Grupo GEN, 2014.

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Relatórios econômicos OCDE**. Brasil, fev. 2018. Disponível em: www.oecd.org/eco/surveys/economic-survey-brazil.htm. Acesso em: 17 abr. 2023.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. A reforma tributária necessária: uma introdução geral. In: FAGNANI, Eduardo (Org.). **A reforma tributária necessária**: diagnóstico e premissas. Brasília ANFIP; FENAFISCO; São Paulo: Plataforma Política Social, 2018.

RIBEIRO, Roberto Name. **O Estudo da Carga Tributária no Brasil de 2018**. Brasília: Esplanada dos Ministérios, 2020.

ROCHA, Maria Augusta Bezerra da. **Neoliberalismo, desigualdade e pandemia**: uma análise das implicações do ajuste fiscal estrutural para o agravamento da pobreza e da desigualdade social na pandemia da Covid-19 no Brasil (2020-2021). 2021, 112 fl. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Serviço Social) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

RUDIG, Wolfgang; KARYOTIS, Georgios. Quem protesta na Grécia? Oposição de massas à austeridade. In: FREIRE, André; LISI, Marco; VIEGAS, José Manuel Leite. **Crise econômica, políticas de austeridade e representação política**. Lisboa: Assembleia da República/Divisão de Edições, 2014.

SBARDELLATI, Eliane Cristina Araújo; LAVINAS, Lena. UMA nota sobre os programas de renda: entre renda mínima e renda universal, o Brasil na encruzilhada. **A Economia Em Revista - AERE**, v. 28, n. 2, p. 01-10, 2020.

SCHOURI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHRAMM, Joyce Mendes de Andrade et al. **Políticas de austeridade e seus impactos na saúde**: um debate em tempos de crise. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz, 2018.

SILVA, Giovanni Padilha da. **ICMS personalizado (ICMS-P): um IVA moderno, eficiente y equitativo**. 2017, 278 f. Tese (Doutorado em Economia Aplicada) – Universidade de Alcalá, Alcalá de Henares, 2017.

SUDRÉ, Lu. Entenda por que os pobres pagam mais impostos no Brasil. **Brasil de Fato**, 28 jan. 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/01/28/entenda-porque-os-pobres-pagam-mais-impostos-no-brasil/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

O ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA:

CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA E OS DESAFIOS NA CONTEMPORANEIDADE.

Pedro Victor Carvalho¹⁵

RESUMO: Reflexões acadêmicas acerca do Estado de Direito na América Latina tendem a levantar questionamentos paradoxais. Por um lado, existe uma recente adesão a documentos legais que legitimam valores jurídicos como a democracia e os direitos humanos em prol de uma tendência neoconstitucionalista em que Estados se intitulam democráticos e de Direito; por outro, a realidade mostra uma série de problemas que atingem estruturalmente toda a ordem social com a ocorrência de disparidades graves no que toca à aplicação da lei, da governabilidade e da plausibilidade de garantias fundamentais. Para apreciar essas questões, o artigo objetiva examinar a aplicação conceitual do Estado de Direito na América Latina no contexto da contemporaneidade e, para tanto, buscou: i) analisar os conceitos majoritários do Estado de Direito; ii) observar a configuração do Estado de Direito na América Latina; e iii) discutir os desafios para aplicar este instituto. O artigo apresenta uma contextualização do tema, da pesquisa e do seu objetivo; em seguida, trata do Estado de Direito em linhas gerais, de suas perspectivas históricas e de suas dimensões essenciais; nas duas últimas seções, discute os aspectos históricos comuns da América Latina e os desafios contemporâneos da incorporação do Estado de Direito nessa região, destacando os obstáculos para a superação destes desafios.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito; América Latina; Democracia na América Latina;

ABSTRACT: Academic Reflections about the rule of law in Latin America tend to raise paradoxical questions. On the one hand there is a recent adherence to legal documents that legitimize legal values such as democracy and human rights in favor of a neoconstitutionalist trend in which states call themselves democratic and right-based; on the other hand, reality shows a series of problems that structurally affect the entire social order with the occurrence of serious disparities in terms of the application of the law, governability and the plausibility of fundamental guarantees. In order to appreciate these issues, the article aims to examine the conceptual application of the Rule of Law in Latin America in the context of contemporaneity and, therefore, it sought to analyze the major concepts of the Rule of Law, observe the configuration of the rule of law in Latin America, and discuss the challenges of applying this institute. The article presents a contextualization of the theme, the research and its objective. It then deals with the rule of law in general terms, its historical perspectives and essential dimensions. In the last two sections, it discusses the common historical aspects of

¹⁵ Bacharel em Direito e em Relações Internacionais, especialista em Direito Constitucional e mestrando em Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade Federal da Bahia.

Latin America and the contemporary challenges of incorporating the rule of law in this region and it highlights the obstacles to overcoming these challenges.

KEYWORDS: Rule of Law; Latin America; Democracy in Latin America;

SUMÁRIO: 1. Introdução 2 Estado de Direito 2.1 Perspectivas históricas 2.2 Dimensões essenciais 3 Estado de Direito na América Latina 3.1 Considerações sobre o processo de (sub)desenvolvimento e a colonização jurídica 3.2 Distanciamentos entre a concepção Formal do Estado de Direito e a realidade latino-americana 4. Considerações finais: o futuro do estado de direito na América Latina 5. Referências

1. INTRODUÇÃO

Refletir acerca do Estado de Direito na América Latina tende a levantar questionamentos paradoxais. Por um lado, a história recente demonstra uma adesão a documentos legais que legitimam nobres valores jurídicos como a democracia e os direitos humanos em prol de uma tendência neoconstitucionalista em que os Estados se intitulam democráticos e de Direito. Por outro, a realidade mostra uma série de problemas que atingem estruturalmente toda a ordem social e disparidades graves no que toca à aplicação da lei, da governabilidade e da plausibilidade de garantias fundamentais.

Dessa maneira, a fim de contemplar o debate em questão, define-se a temática do trabalho na análise: do Estado de Direito em uma perspectiva política e constitucional; dos diferentes conceitos e construções teóricas relacionadas ao tema; e do desenvolvimento de institutos inexoráveis ao próprio Estado de Direito, como a democracia e a eficácia de direitos. Mais especificamente, a análise é realizada por meio da compreensão do Estado de Direito na América Latina, manifestada na observância de aspectos político-jurídicos comuns a esta região continental e a análise de eventuais distanciamentos entre a realidade latino-americana e as construções teóricas majoritárias sobre o Estado de Direito.

É necessário destacar, em princípio, que os países da América Latina possuem características particulares e realidades jurídicas específicas que não se esgotam dentro do

debate proposto. Igualmente, o marco teórico deste artigo é constituído, de modo predominante, a partir de obras que refletem o pensamento brasileiro sobre o neoconstitucionalismo e o discurso colonial, e é a partir dessa base teórica que se busca construir um diálogo acerca de aspectos comuns sobre a região e a sua problemática, o que não impede que o assunto seja discutido a partir de outras perspectivas teóricas.

O tema em exame é fundamental, haja vista a sua importância tanto no âmbito acadêmico, quanto no âmbito social, âmbitos estes que, apesar de distintos, guardam uma relação. No contexto acadêmico, há uma problemática ao estudar o Estado de Direito, pois este é um instituto substancialmente vasto, que enseja elementos formais em muitos casos conflitantes com a realidade material, além de requerer a compreensão de outros institutos, tais como a democracia, a soberania, as políticas públicas, a ordem econômica, os grupos e as relações sociais, as gerações de direitos, dentre outros institutos que, por si só, já abarcam um rol de complexidades.

A dicotomia “Estado de Direito (formal) x Estado de Direito (material)” apresenta relevância socio-acadêmica, e estudos sobre tal divergência, ao se valerem de diferentes abordagens teóricas na busca para solucionar óbices conceituais nas ciências jurídicas, podem minimizar os desencontros formais e materiais desta, fazendo com que direitos ora legitimados através de leis não garantidas na prática sejam direcionados para a sua efetivação.

Na América Latina, a necessidade de estudar o Estado de Direito, sobretudo sob uma perspectiva política e constitucional, é ainda maior, uma vez que os déficits na eficácia dos direitos são mais acentuados e a instabilidade política é mais presente nessa região do globo. Assim, esse estudo estará pautado na verificação do processo de desenvolvimento do Estado de Direito, do processo de aquisição de direitos, da sua eficácia, bem como de sua relação com a legitimidade democrática (atribuição essencial ao gozo dos direitos políticos) em uma área geográfica que foi desenvolvida através de um processo histórico de exploração e subdesenvolvimento econômico.

O artigo objetivou examinar, de maneira introdutória¹⁶, e por meio de uma revisão de literatura, a aplicação conceitual do Estado de Direito na América Latina no contexto da contemporaneidade e, para tanto, buscou: i) analisar os conceitos majoritários do Estado de Direito; ii) observar a configuração do Estado de Direito na América Latina; e iii) discutir os desafios em aplicar este instituto na contemporaneidade.

Além desta introdução, o artigo está dividido em três seções. A primeira seção trata do Estado de Direito em linhas gerais, através do itinerário deste conceito, da sua importância, das suas perspectivas históricas majoritárias e suas dimensões essenciais. A segunda seção se insere na realidade latino-americana, abordando aspectos históricos prévios e comuns a esta região e, posteriormente, discutindo os seus desafios contemporâneos. A última seção traz considerações finais acerca do assunto por meio de um indicativo dos desafios a serem enfrentados para uma maior efetivação do contexto teórico de Estado de Direito na realidade da América Latina.

2. ESTADO DE DIREITO

A realização de um itinerário sobre o conceito de Estado é necessária para entender o que é Estado de Direito por duas razões: a primeira é que o direito se manifesta principalmente por meio do Estado, sendo estes institutos inexoráveis entre si, e a segunda é que Estado de Direito é um conceito complementar àquele de Estado. Por conseguinte, esta seção apresenta o tratamento dado a este termo preliminar e se desdobra nas definições inerentes ao seu derivado, assim como suas perspectivas históricas e seus elementos essenciais.

O Estado pode ser definido, conforme Pallieri (1972), como “a ordem política de uma sociedade”, nos dizeres de Silva (2005), como “uma ordenação que tem por finalidade essencial à regulamentação global das relações sociais de membros de uma determinada população em um dado território”. É possível extrair dessas definições a existência dos

¹⁶ Como já mencionado a América Latina é uma região marcada por inúmeras particularidades, a região é composta por 20 (vinte) países, cada um com sua realidade e que por si só, no âmbito doméstico apresentam inúmeras particularidades e características, bem como produções teóricas específicas. Este trabalho buscou, de maneira preliminar e introdutória e considerando os seus limites formais, materiais e seu escopo, mapear aspectos comuns para a região com base em uma literatura que se estabelece a partir de marcos teóricos decoloniais e do pensamento neoconstitucionalista brasileiro, e não se propõe, de maneira nenhuma, a esgotar, reduzir ou limitar o debate a partir da perspectiva teórica adotada e dos aspectos gerais a seguir propostos. Além disso, os conceitos aqui discutidos são passíveis de exame mais aprofundado em discussões e trabalhos posteriores.

conceitos de soberania, população e território, defendidos majoritariamente na ciência política como elementos constitutivos do Estado.

Os elementos supracitados são essenciais para a realização de uma análise social pautada na unicidade do Estado e executada a partir de critérios históricos ou geográficos. Estes critérios permitirão uma comparação com vistas a definir tal unicidade, bem como buscar métodos de aprimoramento pautados nessas experiências de ordenação social. As experiências de ordenação social sempre possuirão princípios caracterizadores (Passos, 2007), princípios estes que permitem a realização de análises sociais que contribuíram e contribuem para a identificação das diversas concepções de Estado, dos seus mecanismos constitutivos e das suas perspectivas históricas até a contemporaneidade.

O conceito de Estado de Direito de Canotilho é fundamental para a leitura de novos desdobramentos: segundo o autor, “Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja actividade é determinada e limitada pelo direito” (1999, p. 4). Depreende-se que a determinação da atividade estatal pelo Direito requer que exista uma segurança jurídica nas relações horizontais (pessoa-pessoa) e verticais (pessoa-Estado) e, ainda, haja exista uma ordem jurídica reguladora e mecanismos de salvaguarda acerca das ações abusivas do Estado nas relações verticais (Chevallier, 1994 & Streck e Moraes, 2010), em razão do domínio da soberania e uso da força de um Estado. Esse conceito apresentado e as acepções decorrentes suscitam um rol de outros fatores como, por exemplo, o que vai estabelecer e garantir este regime jurídico ou o que vai trazer segurança para a utilização desses mecanismos.

2.1 Perspectivas históricas¹⁷

¹⁷ A utilização da terminologia “perspectivas históricas” aparenta ser mais adequada do que a evolução histórica do Estado de Direito. Primeiro porque, apesar das definições subsequentes de Estado de Direito incorporarem elementos das anteriores, persistem discussões teóricas sobre a aplicabilidade das diferentes formas de Estado de Direito na contemporaneidade; e, segundo, porque a mais recente conceituação de Estado “Democrático de Direito” se constitui ambígua e de complexa determinação em uma sociedade, como exemplo Miranda (1997, p.95) aponta que o estado social é sucessor ou coexistente ao liberal.

O Estado liberal¹⁸, caracterizado como uma “expressão jurídica da democracia liberal” (Silva, 1998, p. 15), correspondendo aos elementos elencados, tem seu marco inicial após a queda dos regimes absolutistas na Europa, com as revoluções burguesas a partir do século XVII e com o surgimento do que se pode referir como a “democracia moderna”. Ele é dotado de uma compreensão racional e de aplicabilidade universal desejável, ainda que notadamente atrelada a um contexto social, político e econômico que refletia interesses de uma classe dominante (a burguesia) possuidora de relevante domínio político-econômico (Miranda, 1997, p. 87).

Nesse estágio, observa-se uma nova relação entre Direito e Estado, caracterizada por um direito posto pela classe dominante, oponível ao próprio Estado, protetor dos direitos à liberdade e à propriedade (entendendo estes como naturais e absolutos), consubstanciado à perspectiva e ao dogma da igualdade formal (Leite, 2016, p. 54). É nessa fase em que há o “reconhecimento dos direitos civis e políticos” (id.) associados à própria ideia de igualdade formal, e o tratamento de sujeitos em “paridade de armas”, ou seja, vistos sem distinções no que tange à aplicação da lei.

Todavia, o tratamento jurídico sob o prisma da igualdade formal, apesar de revolucionário se comparado aos moldes de regimes totalitários como o absolutismo monárquico, foi alvo de um processo histórico que suscitou modificações nesse panorama, haja vista a existência de falhas nesta estrutura institucional. Nota-se um tratamento por parte do Direito que não observa os elementos subjetivos dos atores envolvidos nas relações jurídicas, sendo então suscetíveis a críticas que propuseram uma nova forma das relações entre Direito, Estado e sociedade.

As modificações relacionadas com o processo de crítica ao modelo liberal do Estado de Direito foram resultado de demandas sociais por mudanças decorrentes da inexistência de garantias e violações de direitos em processos, como a urbanização e a revolução industrial. Nestes eventos, ficaram evidentes os anseios de determinados setores, a estratificação de classes e, assim, as limitações em uma forma de Estado norteada por interesses burgueses. Tal

¹⁸ O processo de formação do Estado Moderno e suas características é um tema amplamente debatido na filosofia política e na ciência política por diferentes autores. Sobre o tema é importante destacar as contribuições de autores clássicos como Locke (2019), Hobbes (2019) e Rousseau (2011) chamados de contratualistas que teorizaram acerca da filosofia do contratualismo, ou de autores como Bodin (2011) com suas reflexões acerca do conceito de soberania, que merecem um exame mais detalhado que foge do escopo do artigo.

processo ocorre em meio a alterações sociais, políticas, econômicas, filosóficas e tecnológicas (Miranda, 1997, p. 90).^[maads]

A ocorrência de um déficit no tratamento de sujeitos de direito perante a ótica da igualdade formal foi impactada pelo surgimento de reivindicações sociais com a afirmação de direitos que ensejaram o conceito de Estado Social de Direito, pois, a saber, um sistema jurídico que é fortemente influenciado pelas garantias de direitos econômicos, sociais, e pela proposta de igualdade substancial por meio de um maior dirigismo estatal; em tal sistema há a projeção de uma ordem política voltada para o bem estar e fim social na gestão pública (Streck e Moraes, 2010, p. 96).

Há, porém, um problema na análise relacional entre o Estado de Direito e o Social, conforme aponta Canotilho (1999 p.13-14):

- a) Pela existência de uma crítica da noção de social, sobretudo pelo desdobramento totalitário de Estados precipitadamente denominados como Estados providência (ibid., 1999);
- b) Na crença por uma parte de filósofos liberais e neoliberais de que os direitos sociais se realizam melhor sem intervenção estatal (ibid., 1999);
- c) Na contraposição de outros pensadores da afirmação de que existem diferenças entre um Estado Social ou Socialista de não direito e um Estado Social de Direito (ibid., 1999);
- a) As tentativas de moldar um Estado com caráter abstencionista em um panorama de agressividade social afastam a razoabilidade da justiça e a essência de um Estado Social de Direito (ibid., 1999);
- b) Não obstante, um Estado social só será de fato de Direito se reconhecer a função estruturante dos princípios de direito civil, respeitando, sobretudo os princípios da livre iniciativa econômica e autonomia contratual, ainda que garantindo a subordinação do poder econômico ao poder político (ibid., 1999);

- c) A crença de que o social (ou o Estado Social de Direito) se realizaria sem compromisso com a sociabilidade nada mais é do que a assunção de um caráter ideológico excludente, o qual não admite a solidariedade e a inclusão do outro (enquanto sujeito de Direitos) o que é uma crença divergente da ideia de Estado de Direito (ibid., 1999).

Nesses termos, é possível evidenciar que, em determinados casos, há uma apropriação histórica da acepção do social como meio de inclinação a um controle totalitário. Isso se justifica na medida em que “a palavra social está sujeita a diversas interpretações. Todas as ideologias com sua própria visão de social” (Silva, 2005, p. 115). A assertiva supramencionada permite evidenciar que muitos Estados se autoproclamaram sociais e possuíram regimes jurídicos distintos (Silva, 2016, p. 116). Por tal razão, faz-se necessário compreender que estas definições político-totalitárias que usam o termo “social” não se realizam na essência do conceito de Estado de Direito, como aqui já foi estabelecido.

Dessa forma, é necessário que haja uma desvinculação entre as noções de “social” e “totalitário”. Em outras palavras, é preciso compreender que o termo “social”, enquanto palavra (e enquanto instituto), é sujeito a muitas interpretações e pode ser apropriado por ideologias diversas. Noutro giro, quando essa apropriação se aproxima de qualquer ideal totalitário e que venha a suprimir garantias individuais e universais, distancia-se e não corresponde à construção do que vem a ser definido como Estado de Direito.

Ademais, alguns aspectos do Estado Social de Direito (assim como do Estado Liberal¹⁹²⁰) ou a sua própria concepção podem ser admitidos na contemporaneidade e

¹⁹ Alguns doutrinadores com orientação neoliberal como Hayek e Friedman (Carvalho, 2000) defendem o tratamento dos sujeitos sob o prisma da igualdade formal, bem como um Estado de intervenção mínima na sociedade como forma de respeito às liberdades individuais.

²⁰ É importante realizar uma distinção conceitual entre o liberalismo de primeira geração e o de segunda geração, ou o neoliberalismo. A primeira distinção está relacionada ao momento histórico e origem dos conceitos, embora boa parte das leituras que fundamentem as teorias liberais estejam baseados em reflexões filosóficas desenvolvidas nas obras de autores como John Locke, John Stuart Mill e Immanuel Kant (Phelan e Daves, 2018), existem ondas, a primeira de origem europeia (que também possui distinções nos modelos britânico e escandinavo) na primeira metade do século XX e a segunda de origem norte-americana, constituída no modelo pós-década de 1970 caracterizada pelo chamado racionalismo econômico (Kendall, 2003), marcado por eventos como o Consenso de Washington e a criação das instituições de Bretton Woods (Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial). É importante entender que os conceitos de neoliberalismo e liberalismo, são objeto de intenso debate na literatura e com inúmeras particularidades. Sobre o tema ver Phelan e Daves (2018), Gane (2014), Tribe (2009), Kendaal (2003).

demonstrados pelas Constituições Dirigentes, uma vez que existem dúvidas quanto ao alcance do estágio do Estado Democrático de Direito (que será visto a seguir). Nesse cenário, as Constituições Dirigentes são aceitas como elementos necessários em “Estados de *constitucionalismo periférico*” (Cunha Júnior, 2016, p. 117), os quais precisam possuir, nestes textos, elementos garantidores e basilares para a construção de uma ordem jurídica pautada no desenvolvimento social.

Apesar de existirem considerações importantes e necessárias, a ideia do Estado Social de Direito é criticada em alguns aspectos, pautados, por exemplo, nas falhas do exacerbado dirigismo estatal e na incapacidade de realização plena ou satisfatória dos direitos sociais. Esse fenômeno é associado sobretudo ao processo de globalização, consubstanciado ao desenvolvimento do capitalismo e o aumento da densidade populacional (que repercute na dificuldade de se assegurar políticas públicas de qualidade para grandes populações e o desenvolvimento de problemas com o fluxo migratório, por exemplo), revelando não só a incapacidade do Estado (e dos Estados) de garantir com efetividade determinadas políticas públicas, como, também, a “perda do domínio das variáveis que influenciam a sua economia” (Leite, 2016, p.56).

Dentro desse cenário emerge uma outra construção teórica, a do Estado Democrático de Direito. Esse conceito se estabelece no contexto do neoconstitucionalismo, da globalização e da terceira dimensão dos direitos humanos. Destaca-se ainda que tal definição está alinhada com uma busca pela garantia e universalização dos direitos humanos em todas as suas dimensões, destacando-se: os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Um Estado Democrático de Direito pode ser caracterizado como um estado que adere às características anteriores e se renova ao se pautar em uma perspectiva teleológica. Nesse contexto, tal perspectiva é aprimorada por meio da democracia, de um Estado que age:

Simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde **a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema nas condições materiais de existência.** (Streck e Morais, 2010, p. 97-98. Grifo nosso).

Dentro deste processo, a concepção atual de Estado de Direito (hoje na condição de “Estado Democrático de Direito”), além de possuir características determinadoras que podem ser chamadas de princípios, requisitos ou dimensões, é produto da associação do decurso

histórico aqui abordado, consubstanciado às principais correntes precursoras do que é Estado de Direito.

Tais correntes doutrinárias pautam-se em uma construção essencialmente territorial. Essa construção diverge, em certo ponto, das perspectivas históricas. No entanto, em certa medida mantém com estas uma relação simbiótica, visto que não há como se falar na formação do Estado de Direito sem contemplar seu conteúdo histórico. Noutra giro, não há como se falar do seu conteúdo histórico sem a observância de como esse conteúdo se deu em Estados já consolidados, a maioria destes pertencentes à Europa Ocidental.

Assim sendo, múltiplos autores²¹ demonstram a existência de diversas construções conceituais do que vem a ser Estado de Direito, embasados em contextos geográficos distintos e com terminologias diferentes, a saber: o *Rechtsstaat* (alemão), *Rule of Law* (inglês), *Rule of Law* (norte americano) e o *État de droit* (francês). Esses conceitos apresentam diferenças entre si, como “atribuição da soberania, função constitucional e modalidade da tutela de direitos subjetivos” (Schneider e Silva, 2014, p. 443).

Essas construções conceituais, apesar de possuírem experiências históricas distintas (dentro de um limite geográfico), fomentaram a delimitação das diferentes perspectivas históricas, enfoques que, por sua vez, não se reduzem a determinados limites geográficos, sendo constituídos por elementos predominantes nos sistemas jurídicos deste período. Essas quatro “experiências majoritárias” por serem produtos de um processo histórico diferenciado de outras regiões do globo tendem a encontrar dificuldades em suas correspondências institucionais com as demais localidades estatais.

2.2 Dimensões essenciais

Pautado em uma análise própria do Estado de Direito na América Latina, Bedin (2010) apresenta a terminologia “dimensões essenciais” e aponta dez elementos na condição de dimensões, elementos estes inter-relacionados no que se refere ao conceito de Estado de Direito. O teórico (2010) traz a sua caracterização, os elementos ou requisitos para sua formação, pautando grande parte da sua análise na obra de Canotilho (1999). As dimensões descritas pelo autor são:

²¹ Tais como: Silva (2005), Canotilho (1999) e O'Donnell (1998).

1. Subordinação ao direito; 2. Reconhecimento de direitos Fundamentais; 3. Observância do Princípio da Razoabilidade; 4. Estabelecimento do Princípio da Legalidade na Administração Pública e em todas as suas esferas de atuação; 5. Existência de responsabilização civil por parte do Estado. 6. Garantia de acesso ao judiciário; 7. Existência de Segurança Jurídica; 8. Divisão de Poderes; 9. Incentivo a autonomia cidadã na esfera pública e privada; 10. Caracterização do Estado como Democrático e Republicano. (Bedin, 2010, p. 173-177)

A caracterização dos elementos propostos pelo autor está de acordo com o que diversos autores propõem²². Há de se considerar que tais autores realizam estas listagens de forma própria e extensiva que, apesar de distintas no seu teor formal e na maneira e ordem como estão postulados, não entram em conflito entre si.

Há de se registrar que a abordagem realizada acerca das dimensões essenciais é teleológica, ou seja, voltado para a conceituação dos elementos do Estado de Direito de acordo com o fim em que este se destina, isto é, a uma espécie de “forma ideal” de Estado de Direito com a vigência de todos estes elementos, uma vez que cada um deles encara uma série de complexidades e debates quanto a sua materialização, tanto na realidade universal humana, quanto na aplicação histórica, geográfica e político-social específica.

3. ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

A seção anterior se propôs a tratar da temática Estado de Direito de modo mais generalista, abordando seu viés teórico, histórico e conceitual. Entretanto, este instituto se aplica de forma diferente em realidades distintas. A presente seção, portanto, propõe discutir os aspectos histórico-sociais que giram em torno desse conceito, bem como tratar de alguns impasses no que toca à sua materialidade na América latina.

Trata-se de uma região que possui um processo de historicidade caracterizado por um panorama de dominação interna e submissão externa (Wolkmer, 2006), além de ser uma área “marcada pelo subdesenvolvimento econômico e pela dependência do centro dinâmico do capitalismo (EUA, Europa e Leste da Ásia)” (Schneider e Silva, 2014, p. 436).

²² A saber: José Afonso da Silva (2005), Joaquim José Gomes Canotilho (1999), Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2014), Gabriela Schneider e Igor Castellano da Silva (2014), Carlos Henrique Bezerra Leite (2017) e Norberto Bobbio (2009).

3.1 Precedentes: considerações sobre o processo de (Sub)Desenvolvimento e a colonização

O processo de expansão colonialista impulsionado pelas “grandes navegações” por volta do século XVI resultou em um histórico de submissão e exploração de povos nativos, produzindo um cenário em que diversas populações foram dizimadas. Os fatores que nortearam essa exploração e genocídio foram fruto de uma lógica de domínio e exploração político-territorial adverso aos comuns conflitos intertribais locais (Luciano, 2006, p. 17) sendo provavelmente a maior destruição sociocultural e demográfica da histórica conhecida (Quijano, 2005, p.16).

O colonialismo na América latina extrapolou os limites de domínio econômico, repercutindo nas esferas cultural, linguística, institucional, política, religiosa, bem como no que versa sobre a exploração de nativos e povos africanos, uma vez que outros povos foram explorados na América Latina através do tráfico de pessoas no período da escravidão.

É proeminente registrar, como elemento de fundamental importância para a compreensão do processo contemporâneo, a ocorrência da naturalização das relações de poder decorrentes do processo de dominação (Quijano, 2005) e destes episódios violentos muitas vezes tratados na história recente sob um viés comum ou romantizado (Ferrazo e Duarte, 2016). A imposição de uma nova forma organizacional e social no território latino-americano fez com que as colônias se desenvolvessem em um molde de exploração parasita, que repercutiu e repercute no modo de vida dos colonizados mediante a inserção de vícios no aparelho político-administrativo (Bonfim, 2008).

Compreendendo o Direito como elemento regulador e disciplinador da realidade social de um Estado que incide diretamente na sua ordem institucional e político estatal, entende-se que, pela transmissão de uma cultura jurídica europeia na América Latina nesse contexto de povoamento e exploração (Ferrazo e Duarte 2016), as instituições jurídicas latino-americanas decorrem, por consequência, da tradição europeia (Wolkmer e Fagundes, 2011).

Ferrazo e Duarte (2016) propõem que tal sistemática é presente na contemporaneidade através de um fenômeno chamado de “colonialidade do poder”, que tem como base o

pensamento de Quijano, de modo a afirmar que este “é um fenômeno epistemológico através do qual a violência do processo de expansão é escondida e a lógica da dominação cultural, até mesmo como meio de dominação econômica, é sustentada na contemporaneidade” (op. cit. 2016, p.4). Assim, a experiência latino-americana demonstra máculas de um processo histórico de (sub)desenvolvimento que pode repercutir em um distanciamento entre a realidade formal e substancial do Estado de Direito:

Tem sido próprio na tradição latino-americana, seja na evolução teórica, seja na institucionalização formal do Direito, que as constituições políticas consagrassem, abstratamente, igualdade formal perante a lei, independência de poderes, soberania popular, garantia liberal de direitos, cidadania culturalmente homogênea e a condição idealizada de um “Estado de Direito” universal. Na prática, as instituições jurídicas são marcadas por controle centralizado e burocrático do poder oficial; formas de democracia excludente; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitista; e por ausências históricas das grandes massas camponesas e populares. Certamente, os documentos legais e os textos constitucionais elaborados na América Latina, em grande parte, têm sido a expressão da vontade e do interesse de setores das elites hegemônicas formadas e influenciadas pela cultura europeia ou anglo-americana. (Wolkmer e Fagundes, 2011, p. 377)

Com base nessa afirmação, depreende-se que existe uma reprodução ideológica de um segmento social historicamente majoritário, nos processos de controle sociopolítico e conseqüentemente jurídico, com vistas a realizar a própria retroalimentação desse sistema elitista, tendo como instrumento a transmissão valorativa dos aspectos ideológicos em diplomas jurídicos, fruto da transmissão de uma cultura jurídica europeia/anglo-americana nas nações latino-americanas e da conseqüente tradição histórica decorrente.

3.2 Distanciamento entre a concepção formal do Estado de Direito e a Realidade Latino-Americana

No tópico “perspectivas históricas”, demonstrou-se que o conceito de Estado de Direito é produto de diferentes construções teóricas pautadas em contextos históricos e geográficos distintos, os quais, assim como grande parte dos conceitos produzidos e incorporados à ordem jurídica latino-americana, resultam da transmissão de uma cultura jurídica europeia/anglo-americana.

Um aspecto fundamental para o exercício da democracia para o povo é a existência de um “bem-estar” material e a existência de segurança jurídica. Assim, no que toca a realidade

latina americana, diversos desafios se fazem presentes, sobretudo nas realidades em nações recém-intituladas como democráticas que trazem novas reflexões e críticas para a manutenção do conceito. Robert Dahl estabelece, dentro da teoria democrática, o conceito de poliarquia (que vem subsequentemente ser complementado por Guillermo O'Donnell), sendo essa uma condição/situação de um Estado Democrático. Para tanto, o Estado precisa atender a alguns requisitos institucionais, quais sejam:

- I. O controle das decisões governamentais e de políticas públicas é realizado por autoridades eleitas que são investidas de um poder constitucional em um sufrágio pacífico, sazonal, justo e livre, votado pela maior parte dos adultos que também tem o direito de concorrer (Dahl, 1997);
- II. Os cidadãos têm direito à liberdade de expressão e liberdade crítica, nos âmbitos político, ideológico, econômico e social, independentemente de ser estabelecida e dominante ou não, consubstanciado ao acesso de fontes de informação diversas e a capacidade de escolher e se associar a uma gama de instituições e partidos políticos (Dahl, 1997);
- III. Deve existir a não destituição de autoridades (eleitas e juízes) de forma arbitrária no curso de seus mandatos. Tais autoridades não podem se sujeitar a vetos e exclusões de domínios políticos por atores não eleitos (como as forças armadas ou órgãos privados), devendo haver um território e características prévias delimitadoras da população votante (O'Donnell, 1998).

Os elementos necessários para a configuração de uma poliarquia se aplicam à maioria dos países latino-americanos (O'Donnell, 1998, p. 27). Todavia, esses elementos se distanciam de uma aplicação material segura, razão pela qual a realidade em que tais países está imersa no contexto histórico que resultou no cenário contemporâneo, obstando a consolidação do Estado de Direito na medida em que esta espécie de democracia se torna fragilizada. O'Donnell (1998), além de apontar autores que se posicionam de forma semelhante sobre esta fragilidade, propõe questionamentos quanto a própria aplicação da

terminologia, que depende de uma razoável igualdade socioeconômica, organização social e política para não ser uma “democracia de fachada”:

Impressionados com a ineficácia, quando não as violações recorrentes, de muitos direitos básicos na América Latina, vários autores questionam a propriedade de se aplicar o rótulo "democracia" à maioria dos países da região. No mínimo, como diz Juan Méndez, essas falhas indicam uma séria "abdicação da autoridade democrática". Essas dúvidas e objeções quanto à condição democrática desses países nascem, por um lado, da justificada indignação em face da situação sombria em termos de direitos básicos dos fracos e dos pobres. (O'Donnel, 1998, p. 38 e 39)

Dentro desse cenário, as capacidades individuais dependem de uma gama de fatores sociais que trazem a exigência de que os indivíduos não sejam meras pessoas, e sim, “pessoas legais”, cidadãos, dentro das suas individualidades (O'Donnel, 1998). Os desdobramentos da miscelânea social na América Latina depreendem a inadequação do tratamento simples da igualdade formal, já que tal igualdade se revela como um modo essencialmente eficaz de disfarçar outras desigualdades (Marx, 2010 & O'Donnel, 1998) (Pinto, 2006) e de relativizar as igualdades.

Este tratamento objetivo, e por vezes vazio, deve ser combatido, uma vez que existe uma simbiose entre a cidadania e a participação política e social. Assim, a desconsideração dessas relações (individuais) fomenta a obstrução do exercício cidadão em decorrência da pobreza e dos obstáculos socialmente associados, o que retoma o diálogo da importância das Constituições Dirigentes (Cunha Júnior, 2016) como marco legal garantidor (Wolkmer, 2010) e de aplicações em políticas públicas associadas e subsequentes.

Os países da América Latina têm ultimamente apresentado esforços acerca da adoção dos preceitos neoconstitucionalistas que se relacionam com as dimensões do Estado de Direito, trazendo em seu escopo após um ciclo de regimes autoritários, uma ressignificação do exercício do poder constituinte (Ribeiro, 2013). Tal ressignificação é apresentada através: da atualização das suas Constituições (mediante assunção e definição de princípios e direitos relacionados a estas dimensões); pelo fato dos países latino-americanos se tornarem signatários de uma grande parte de tratados internacionais de Direitos Humanos; e por integrar estruturas políticas como a ONU (Organização das Nações Unidas) e a OEA (Organização dos Estados Americanos) que se coadunam com valores do Estado de Direito (Bedin, 2010). Estes fatores, enquanto instrumentos de ressignificação do exercício do poder

constituente, propiciam uma aproximação destas realidades ao conceito formal de Estado de Direito.

Assim, diferentes contrastes são observados nos países latino-americanos, denunciando um grave quadro de situação social associada a carências em diversos setores em detrimento da pobreza (Kliksberg, 2002) que, somada à ausência de políticas públicas, reflete em problemas como desemprego, déficits em saúde pública, educação, desestruturação familiar e criminalidade. Além disso, existem implicações nas aplicações legais como forma de proteção para aqueles economicamente favorecidos e de opressão para os economicamente desfavorecidos, como: o acesso à justiça, impactos tributários desproporcionais com a presença de uma maior taxa tributária para serviços e uma menor taxa para patrimônio (fazendo com que os mais pobres paguem mais), relações de trabalho informal e seguridade social, aplicação da lei de forma discrepante por órgãos de segurança pública nas atuações centro-periferia e violações ao meio ambiente e a comunidades inteiras decorrentes de atividades corporativas (que, em boa parte dos casos, age dentro dos parâmetros legais e chega a receber até incentivos fiscais para executar uma atuação extremamente nociva).

Além dos aspectos levantados em uma análise pontual dos diversos problemas, O'Donnel (1998), Bedin (2010) e Schneider e Silva (2014) demonstram problemas em uma “geografia legal”, dada a existência de hiatos na vigência do princípio da lei entre diferentes territórios de uma mesma nação, entre categorias sociais diversas e uma diferenciação intermitente nas relações entre direitos, deveres e seus respectivos alcances. Com “manifestações de desigualdade que se dão no âmbito territorial e populacional, e uma geografia que apresenta grandes contrastes regionais e diferenças urbanorurais” (Soares, 2014, p.2). Como produto desse processo e desses contrastes e “desníveis”, a desigualdade se mostra como uma mazela no bem-estar social que afeta duramente o crescimento econômico e estagna as possibilidades de mobilidade social intergeracional (Ribeiro, 2006, p.4).

Assim, os problemas decorrentes da disparidade social na América Latina, além de correlacionados, atingem de forma conjunta aqueles que se encontram em condição de vulnerabilidade social e tendem a se transmitir, hereditariamente, em um quadro social que possui profundas inter-relações, formando “círculos perversos e progressivos” (Kliksberg, 2002 p.28).

Essa disparidade social e este “círculo vicioso” decorrem de uma parcela significativa da população que, de forma contínua, não tem trabalho (ou sobrevive com trabalhos informais sofrendo os impactos dessa atividade), vive em áreas marginais, sofre com exclusão institucional e não está conectado aos progressos das tecnologias de informação e comunicação conforme pontua Petry (2008, p. 13).

De acordo com dados do Banco Mundial, tomando por base o coeficiente de Gini para medir a desigualdade, dos dez países mais desiguais do mundo, seis são latino-americanos (Honduras, Brasil, Colômbia, Guatemala, Panamá e Chile), desigualdade esta associada a um grave quadro de pobreza extrema, como no exemplo de Honduras, em que 64,5% da população encontra-se em situação de pobreza e 42,6% em situação de pobreza extrema (Altman et. al., 2016).

Nesse cenário, há uma afirmação acerca da variabilidade desses direitos (para diferentes grupos) e de sua instabilidade (pleno exercício) conforme aduz Whitehead (2008, p. 67) “*para buena parte de la población en la mayoría de las democracias de América Latina y el Caribe, los “derechos” teóricos son percibidos como variables e inestable.*” A autora ainda complementa que o alcance desses direitos é caracteristicamente instável e volátil (op. cit.) de modo que, nos países inseridos nesse contexto de instabilidade “estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros que sobre ela se projetam” (Bonavides, 2006, p. 600).

De maneira ilustrativa, alguns exemplos no universo deste mosaico de problemas são graves e destoantes do panorama mundial. A situação da segurança pública nos países latino-americanos demonstra que o direito humano à vida não se mostra basicamente assegurado no contexto fático, uma vez que enquanto apesar de apenas 8% da população mundial vive na América Latina, a região concentra a ocorrência de cerca de 33% dos homicídios do mundo (Instituto Igarapé, 2017).

Em se tratando de grupos vulneráveis, como mulheres, negros, profissionais de segurança pública, crianças e pessoas LGBTQIA+, os índices são igualmente alarmantes, assim como em relação àqueles que denunciam irregularidades estatais e paraestatais, tais como ativistas de direitos humanos e jornalistas, compondo um panorama muito evidente em

praticamente todos os países da América Latina e com casos recentes e proeminentes de repercussão internacional no Brasil e no México.

Uma possível justificativa para estes cenários são as formas tradicionais de exercício do poder com uma conexão entre a esfera pública e os interesses privados dos grupos dominantes (Bedin, 2010, p 182), ou seja, mesmo havendo uma estrutura democrática, são constantemente observadas falhas na forma de se eleger e de governar, que repercute diretamente na ordem social. Assim:

É possível afirmar que no Brasil há, na atualidade, vários países convivendo ao mesmo tempo (há um país de primeiro mundo, um país de segundo mundo, um país de terceiro mundo e um país de quarto mundo) e várias ordens jurídicas em vigor, nem todas, obviamente, legítimas e democráticas. Este cenário parece estar presente em muitos dos demais países latino-americanos. Algumas destas ordens são, inclusive, comandos de organizações criminosas, que, diante da ausência do Estado, se firmam como alternativa de organização de poder local. (Bedin, 2010, p 182-184)

Há de se pontuar um aspecto grave vivenciado não só pela América Latina na contemporaneidade, mas por toda a ordem global que, em um contexto de vulnerabilidade social, torna-se muito mais proeminente: a influência dos meios de informação e comunicação como um “quarto poder” (Rizzotto, 2012; Andrade, 2015). Entende-se, portanto, que são relevantes a análise e o debate sobre como os meios de comunicação e informação influenciam o aparelho político-estatal.

A governabilidade é associada ao processo eleitoral e possui relação direta com os instrumentos de comunicação e informação. Nesse cenário, O'Donnell (1998) trata da influência dos meios de informação e comunicação na opinião pública, pontuando que, a depender dos interesses, pessoas ou grupos serão ou poupados de ações ilícitas, ou alvos de acusações desprovidas propriedade e sem o direito a defesa. Tal relação ainda perpassa pela questão do poder econômico e poder de participação de difusão nos meios de informação e comunicação, bem como de participação no processo eleitoral.

Nesse cenário, depreende-se que há instrumentos que tendem a influenciar a opinião pública quando se observam as relações políticas pela ótica da *accountability* vertical e horizontal: sob a égide da *accountability* vertical, é perceptível a inércia nas buscas pela prestação de contas do Poder Público por boa parte dos cidadãos; já na perspectiva da *accountability* horizontal, ocorre a ausência de uma mútua e satisfatória fiscalização entre os poderes do Estado.

A influência desses mecanismos supracitados demonstra uma obstrução na escolha de representantes, criando uma espécie de “sub-representação” que norteia reformas legais orientadas para interesses de grupos hegemônicos, sobretudo pela influência de recursos internacionais e domésticos utilizados a fim de mediar as relações de poder e trazer repercussões na opinião pública na era da informação, muitas vezes com caráter desmobilizador.

Essas falhas se revelam em um contexto político institucional, uma vez que há uma “crise de representatividade” nos países democráticos da América Latina. Petry (2008, p. 9 e 10) aduz que existe uma frustração de determinados segmentos da sociedade em relação ao não atendimento de demandas da população pelo governo e pelo afastamento dos programas de campanha, marcada por um baixo índice de confiança em instituições públicas, agentes do Estado e confiança interpessoal.

Acerca da questão político institucional, Seligson (2008, p. 189) se posiciona de forma semelhante ao afirmar que o maior problema enfrentado pelos países da América Latina é a questão da “governabilidade”, conceito que pode indicar problemas acerca da forma como o exercício do poder opera e também como a maneira de gerir um Estado nessa região é sensível a outros fatores.

As crises de governabilidade são um problema sério nos países da América Latina, uma vez que esta região é permeada pela ocorrência de golpes de Estado. De acordo com Monteiro (2018, p. 55-56), a área geográfica concentra mais de 200 golpes e neogolpes de Estado desde o início do século XX, destacando-se países como a Bolívia, a Guatemala e o Peru, que tiveram dezenas de deposições (um número superior a trinta). Tais fatores não acontecem de forma isolada. Ainda de acordo com o autor (op. cit.), existe uma espécie de “tendência regional” atingindo uma série de países na América Latina em um curto período de tempo, demonstrando a existência de fatores regionais e sistêmicos não necessariamente exclusivos à realidade desses países (op. cit., p.72-73).

As deposições ou golpes de Estado geralmente são associados a crises que não revelam apenas o clima de insatisfação social, mas também a insegurança jurídica presente na sociedade e a (des)confiança dos mecanismos de gestão estatal. Tais fatores vêm à tona quando essas questões demonstram a utilização da lei de forma desvirtuada e com um amparo

social pelas seguintes razões: a dependência de uma parte da sociedade a instrumentos legais de natureza paliativa, e aos sistemas majoritários de articulação do poder, que obstam não só o exercício democrático, como também constituem elementos impeditivos para um processo de efetivação de direitos.

A utilização desvirtuada de determinados institutos jurídicos com finalidade diversa da qual foram concebidos, possui um caráter mais complexa, sutil e perigoso possibilitando ocorrência dos chamados “neogolpes” que possuem episódios recentes em Honduras, Paraguai e no Brasil (op. cit., 2018), conceituado por Monteiro (2018) como:

(...) uma forma de destituição complexa, relativamente nova na literatura política, que tem como principal característica a ausência do uso da força e a aparente manutenção da ordem institucional, por meio de um estrito, porém deturpado, respeito ao rito constitucional; mas que se apresenta, contudo, como uma das maiores ameaças contemporâneas ao cumprimento de mandatos presidenciais democraticamente eleitos (Monteiro, 2018, p. 61)

A necessidade de criação de sistemas de proteção de direitos e de proteção democrática revela, portanto, a necessidade de equalizar as possibilidades de participação social por parte de atores desprivilegiados, características demonstradas em países desenvolvidos como produto de uma luta histórica que está intimamente relacionada com o processo de participação popular nos organismos de mobilização social e poder, influenciando, assim, no processo de aquisição de direitos.

Esse sistema de aquisição de direitos na modernidade em países hoje considerados de “primeiro mundo” ou desenvolvidos (pela ótica do poder político e econômico) foi objeto de estudo dos doutrinadores Thomas Humphrey Marshall e Jürgen Habermas, que adotam entendimentos semelhantes (O’Donnel, 1998, p.43). Marshall, ao estudar o processo de aquisição de direitos na Inglaterra, entendeu que a lógica de aquisição de direitos se deu na seguinte ordem: direitos civis (século XVIII), políticos (século XIX) e sociais (século XX) (Marshall, 1967, p. 70).

O processo de aquisição de direitos nos países desenvolvidos para Habermas é discutido por O’Donnel (1998) e Schneider e Silva (2014). Assim, Habermas propõe que a sequência do processo de aquisição de direitos em países hoje desenvolvidos ocorre na seguinte ordem: aquisição de direitos civis da igualdade formal e propriedade, primeiro em uma seara privada (incorporação de códigos civis e comerciais) e depois na seara pública

(formação de estados nacionais e surgimento do Estado de Direito, tendo o *Rechtsstaat* como parâmetro analítico). Por fim, a posterior aquisição de direitos políticos e, por fim, a aquisição de direitos de bem-estar e sociais (Habermas, 1988, p. 203-220) (O'Donnell, 1998; Schneider e Silva, 2014).

Tendo em vista a ordem de aquisição de direitos em países ocidentais desenvolvidos, observa-se que na América Latina, a ordem de aquisição ocorreu de modo diverso. Apresentando a cidadania como um fenômeno histórico, Carvalho (2001) demonstra que no caso do Brasil, “a pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo” (Carvalho, 2001, p. 220). Essa inversão na ordem aquisitiva surge como um problema, uma vez que a eficácia de direitos civis (base da pirâmide de Marshall) ainda é precária nos países latino-americanos, desencadeando um déficit no exercício pleno de outros direitos (Schneider e Silva, 2014).

Assim, a progressão na aquisição de direitos, além de lenta e gradual, possui um elemento específico: a exigibilidade do exercício reiterado de um direito como substrato para uma reivindicação subsequente, havendo a necessidade de exercício dos direitos civis para a reivindicação de direitos políticos e a necessidade de exercício dos direitos políticos para a reivindicação dos sociais (Souza, 2006, p. 211), além do exercício dos direitos sociais para a reivindicação dos direitos difusos e coletivos.

Um aspecto importante de ser observado segundo Carvalho (2001) é que a educação popular, embora admitida como um direito social, tem se mostrado como um pré-requisito para a reivindicação e expansão de outros direitos (op. cit., p. 11). Dessa forma, a educação popular, nesse contexto, encontra a sua principal via de manifestação no exercício do poder democrático que, apesar de todos os vícios e impasses aqui já tratados, ainda encontra alguns desafios universais que se referem à democracia na contemporaneidade e dizem respeito ao seu “futuro”, como assinala Bobbio (2009).

Preliminarmente, para o enfrentamento desses desafios, é necessário afirmar as indispensabilidade de se respeitar as regras de um “jogo democrático”, assinalando a importância de uma definição mínima do conceito de democracia, de suas diretrizes essenciais e de seus limites, a fim de que a vontade da maioria não extrapole o reconhecimento constitucional de direitos inerentes à pessoa humana (Bobbio, 2009).

Travadas as regras essenciais do jogo democrático, o próximo passo para o aprimoramento social é a superação (ou a tentativa de) através do enfrentamento dos problemas contemporâneos universais da democracia postulados por Bobbio (2009), quais sejam: i) o enfrentamento entre a realidade formal e material da democracia ou, nas palavras do autor, o conflito entre os “os ideais e a matéria bruta”; ii) a observância dos diferentes contrastes de uma sociedade pautando a mesma em seu pluralismo; c) a desestruturação da representação de interesses “neocorporativos” em provimento da representação política; iv) derrota do poder oligárquico; v) a expansão dos espaços de participação popular; vi) eliminação de um poder invisível em provimento de um possível poder visível; e a educação cidadã.

Ressaltados os obstáculos do aumento de problemas políticos que exigem competências técnicas e de difícil resolução, como o aumento do aparato burocrático em que (quanto maiores os direitos, maiores as demandas para atendê-los recaindo sobre o grande dilema da economia) e a defasagem do aparato burocrático em decorrência dos dois elementos anteriores. (op. cit., 2009), em se tratando de América Latina, as particularidades locais devem ser observadas, revelando-se por meio de uma aderência ao pluralismo jurídico proposto por Wolkmer (2010). Para o autor, o pluralismo jurídico se consubstancia a uma adequada remoção do caráter excludente das normas de representação nos organismos influentes de discussão e tomada de decisão (Young, 2006, p. 140), associada ao reconhecimento de outros mecanismos não hegemônicos de produção legal (Wolkmer, 2001, p. 359).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O FUTURO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

O debate sobre o Estado de Direito na América Latina é sempre permeado por novas contribuições, sejam as provenientes do meio acadêmico, sejam as decorrentes de mutações sociais da realidade. Nesse cenário, é importante compreender que o trabalho buscou recortar alguns dos principais aspectos presentes nesse debate partindo da ideia do exercício do Direito como principal via de manifestação do poder do Estado.

O surgimento do Estado Moderno se dá de forma conjugada ao surgimento do conceito de Estado de Direito. Reside uma divisão deste conceito em três perspectivas chave,

a saber: o Estado Liberal de Direito; o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito. Nesses três tipos de Estado, há a necessidade, ainda que de forma teleológica, de admitir as chamadas “dimensões essenciais” de um Estado de Direito para serem caracterizadas como tal. Contudo, saindo do plano das ideias, verifica-se que as dimensões essenciais estão pautadas em uma dualidade existente entre o substancial e o teleológico. O que significa que, apesar de existirem elementos de um Estado de Direito, na realidade eles não conseguem se materializar de forma plena e/ou uniforme.

No plano latino-americano, esse distanciamento entre o conceito de um Estado de Direito e a realidade social de um Estado é ainda mais perceptível, haja vista que o conceito de Estado de Direito é “importado”, e não proveniente de uma tradição ou de uma cultura jurídica latino-americana. Disso resulta que os Estados hoje, embora “emancipados” e apesar de possuírem uma recente adesão a tratados internacionais que são importantes avanços na proteção dos direitos e garantias fundamentais, não conseguem efetivar de forma significativa esses documentos.

A ausência desta “efetividade significativa” revelada pela dificuldade na plausibilidade das dimensões essenciais de um Estado de Direito na América Latina se dá em virtude de inúmeros fatores, mas principalmente pelos Estados Latino-Americanos possuírem uma historicidade de dominação social interna e submissão externa decorrentes do processo de expansão colonialista que causou mazelas ao aparelho político administrativo e à ordem social e cultural.

Não obstante, como já demonstrado, as democracias latino-americanas estão classificadas como poliarquias, classificação que assim como o conceito de Estado de Direito enfrenta distanciamentos na concepção teórica do termo em relação à realidade, o que é revelado por óbices no âmbito da governabilidade e no exercício de garantias fundamentais pelo povo.

Nesse ponto, os problemas de governabilidade e a dificuldade no acesso à direitos e garantias pela população criam um cenário de insegurança jurídica, comprometendo a essência de um Estado de Direito, colocando em xeque a legitimidade de instituições públicas e expondo falhas político institucionais associadas à vulnerabilidade dessas instituições a

fatores econômicos e à própria opinião pública, por vezes influenciada por interesses de grupos dominantes.

Cumprе ressaltar que este trabalho apresenta limitações decorrentes da amplitude de seu objeto e da complexidade do tema tratado, uma vez que buscou apenas apresentar e discutir brevemente alguns aspectos essenciais acerca do assunto. Dessa forma, o tratamento destes tópicos sempre irá solicitar um maior aprofundamento, haja vista que a realidade é mais robusta que o papel, ainda mais considerando nosso histórico de violações, destruição e a existência de feridas que tardarão a cicatrizar.

Espera-se que as contribuições de pesquisas como esta sirvam para repensar o Estado de Direito na América Latina, no intuito de que nossas realidades e garantias não sejam contidas ou detidas, mas sim, reescritas, reanalisadas e criticadas por meio de estudos, propostas e formas de intervenções na realidade, para a construção um Estado de Direito com caráter mais representativo, deliberativo, extralegal, plural e cuidadoso com as regras do jogo democrático, com os direitos fundamentais e com os demais elementos essenciais de um Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

ALTMAN, Breno et. al. Quais são os países mais desiguais da América Latina? **Opera Mundi**. 13 de mar. De 2016. Disponível em <<http://operamundi.uol.com.br/blog/samuel/sueltos/quais-sao-os-paises-mais-desiguais-da-america-latina/>> acesso em 20 de março de 2018.

ANDRADE, Diogo Gonçalves de. **O QUARTO PODER: A mídia como forma de poder e sua regulamentação**. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas: Santa Catarina: 2015.

BEDIN, Gilmar Antonio. Estado de Direito e seus Quatro Grandes Desafios na América Latina na Atualidade: uma leitura a partir da realidade brasileira. **Sequência**, n. 61, p. 171-194, dez. 2010.

BOBBIO, Norberto; NOGUEIRA, Marco Aurélio. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 11 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 2009.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**: Livro primeiro. São Paulo: Ícone, 2011.

BODIN, Jean; JEAN, Bodin. **Bodin: On Sovereignty**. Cambridge University Press, 1992.

BOMFIM, Manoel. **América Latina: Males de Origem**. Biblioteca Virtual de Ciências Humanas / Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. Rio de Janeiro, 2008. *Available from SciELO Books*. Disponível em <<http://books.scielo.org/id/zg8vf/pdf/bomfim-9788599662786.pdf>> acesso em 4 de julho de 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito. **Cadernos Democráticos da Fundação Mário Soares**. Lisboa: Edição Gradiva, 1999.

CARVALHO, Elaine de. Hayek e Friedman e as origens do Neoliberalismo. **Dimensões**, v. 11 Jul-Dez. Espírito Santo, 2000.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CHEVALLIER, Jacques. **L'État de Droit**. Col. Clefs. 2. ed. Paris: Montchrestien. 1994

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Constitucional**. 10 ed. JusPodivm, 2016.

DAHL, Robert Alan. **Poliarquia: participação e oposição**. Edusp, São Paulo: 1997.

DINIZ, Célia Regina; SILVA, Iolanda Barbosa da. **Metodologia científica**. Campina Grande/Natal: UEPB/UFRN - EDUEP, 2008.

FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul.-dez. 2011

FERRAZO, Débora e DUARTE, Francisco Carlos. Colonização Jurídica na América Latina. *In: São Paulo XXII Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOE*, 2014, São Paulo. Anais XXII Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE, 2013 Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f376b8ae6217d18c>> acesso em 20 de julho de 2018.

GANÉ, Nicholas. Trajectories of liberalism and neoliberalism. **Theory, culture & society**, v. 32, n. 1, p. 133-144, 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. LeBooks Editora, 2019

INSTITUTO IGARAPÉ. Observatório de Homicídios. Disponível em <<https://igarape.org.br/pt-br/apps/observatorio-de-homicidios/>> acesso em 19 de fev. de 2018.

KENDALL, Gavin. From liberalism to neoliberalism. *In: Social Change in the 21st Century 2003 Conference Refereed Proceedings*. Centre for Social Change Research, School of Humanities and Human Services QUT, 2003. p. 1-14

KLIKSBERG, Bernardo. **América Latina**: uma região de risco, pobreza, desigualdade e institucionalidade social. Brasília: UNESCO, 2002.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Editora Vozes, 2019.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O Índio Brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

MAGALHÃES, Júlio Cesar Reccanello. Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica da FAETI**, v. 1 n. 12 jan-jul 2016

MARIANI, Rodolfo Org. **Democracia/Estado/Ciudadanía**: Haciaun Estado de y para la Democracia em América Latina. Peru: PNUD, 2008.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Boitempo Editorial, 2010.

MEIRELES, Raimundo Gomes. Direito e Filosofia. Disponível em <espacoacamico.com.br/017/17emeireles.html> acesso em 10 de julho de 2017

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. I 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MONTEIRO Leonardo Valente. Os neogolpes e as interrupções de mandatos presidenciais na América Latina: os casos de Honduras, Paraguai e Brasil. **Revista de Ciências Sociais**. Fortaleza, v.49, n. 1, p.55-97, mar./jun., 2018

O'DONNEL, Guillermo. “Poliarquias e a (In)Efetividade da Lei na América Latina”. **Novos Estudos - CEBRAP**. nº 51, pp. 37-61, julho, 1998.

O'DONNEL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1998. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44.pdf>> acesso em 20 de novembro de 2018.

PALLIERI. Giorgio Balladore. **Diritto Costituzionale**. 8ª ed., Giuffrè Editore: Milão, 1972.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. A constitucionalização dos Direitos Sociais. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado**, n. 10, junho/julho/agosto, Salvador, 2007.

PETRY, Almiro. **A Democracia e os Direitos Humanos na América Latina**. UNISINOS: 2008. Disponível em <http://www.projeto.unisinos.br/humanismo/al/dem_dirhum.pdf> acesso em 20 de agosto de 2017.

PHELAN, Sean; DAWES, Simon. Liberalism and neoliberalism. In: **Oxford Research Encyclopedia of Communication**, 2018

PINTO, Marcio Morena. “A Questão Judaica” e a crítica de Marx à ideologia dos direitos do homem e do cidadão. **Controvérsia**, v.2, n.1, p. 10-16 (jan-jun 2006) ISSN 1808. Rio Grande do Sul, 2006.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. **Perspectivas latino-americanas**. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005. p.227-278.

RIBEIRO, Carlos Antonio Costa. Um panorama das desigualdades na América Latina. **Análise de Conjuntura OPSA–Observatório Político Sul-Americano**, n. 6. Rio de Janeiro. IUPERJ: junho de 2006.

RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. O neoconstitucionalismo latino-americano: uma análise antijuspositivista de aproximação do direito. In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119**, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14021>. Acesso em mar 2018.

RIZZOTTO, Carla Candida. Constituição histórica do poder na mídia no Brasil: o surgimento do quarto poder. **Revista de Estudos da Comunicação**, v. 13, n. 31, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Editora Companhia das Letras, 2011.

SCHNEIDER, Gabriela e SILVA, Igor Castellano. “Estado de Direito e Democracia: Uma abordagem acerca da (não) aquisição de direitos nos países em desenvolvimento na América Latina”. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 64, PP. 435-469, jan./jun. 2014

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, n. 173 p.15-34. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas jul./set. 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** . 39 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016

SOARES, Laura Tavares R. Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina. *In: (Conferência) Fórum Permanente para a Integração da América Latina e o Caribe do IMEA (Instituto Mercosul de Estudos Avançados) / UNILA*. Foz do Iguaçu: 2014

SOUZA, Venceslau Alves de. Direitos no Brasil: necessidade de um choque de cidadania. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, n. 27, p. 211-214, nov. 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01044782006000200016&lng=en&nrm=iso Acesso em 14 dez. 2017.

STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, Luiz Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TRIBE, Keith. **Liberalism and neoliberalism in Britain, 1930–1980**. The Road from Mont Pèlerin: The Making of Neoliberal Thought Collective. Cambridge, MA, p. 69-98, 2009

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. **Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, v. 9, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova Cultura no Direito**. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Alfa e Ômega, 2001

WOLKMER, Antonio Carlos. Repensando a questão da historicidade do Estado e do Direito na América Latina. **PANOPTICA** (em reformulação), v. 1, n. 4, p. 82-95, 2006.

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. **Lua Nova**. São Paulo: 2006, CEDEC, n. 67, 2006. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a06n67.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2017.

PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO: PANORAMA GERAL E DESDOBRAMENTOS NO GOVERNO BOLSONARO

Luiza de Amorim Miranda²³

Maria Eduarda Cerqueira Pinheiro²⁴

Pedro Paixão Coelho²⁵

RESUMO: O presente artigo busca, por meio de uma análise geral da evolução do modelo de coalizão presidencialista brasileiro, entender o atual momento crítico que vive a política brasileira no governo. Dessa forma, destaca-se, brevemente, o surgimento do presidencialismo, tal como suas premissas básicas e sua chegada ao Brasil. Ademais, é realizado um estudo a respeito da evolução do presidencialismo brasileiro e a forma que o conceito de coalizão se relaciona com o cenário deste modelo até os dias atuais. A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica e análise de bancos de dados oficiais, buscando compreender se a composição política brasileira atual e as medidas adotadas pelo chefe de executivo condizem com a estrutura política exposta pelo conceito do presidencialismo de coalizão. Nesse sentido, conclui-se que o modelo político brasileiro, ao contrário de ser modificado pelo governo bolsonarista, teve suas falhas exacerbadas.

PALAVRAS-CHAVE: Presidencialismo de Coalizão. Política brasileira. Governo Bolsonaro.

ABSTRACT: This article discusses the current critical moment that Brazilian politics has been facing during Bolsonaro's presidency through a general analysis of the evolution of the Brazilian presidential coalition model. It also aims to expose and understand the beginning of the presidential system, as well as its basic premises and its arrival in Brazil. In addition, a study is carried out regarding the evolution of Brazilian presidentialism and how the concept of coalition relates to the current scenario of this model. The methodology adopted was a bibliographical review and analysis of official databases, seeking to understand whether the current Brazilian political composition and the measures adopted by the president are consistent with the political structure exposed by the concept of coalition presidentialism. In this sense, it is concluded that the Brazilian political model, contrary to being modified by the bolsonarist government, had its flaws exacerbated.

KEYWORDS: Coalition Presidentialism. Brazilian Politics. Bolsonaro's Presidency.

²³ Graduanda de Direito Luiza de Amorim Miranda.

²⁴ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia, atualmente no 3º semestre. Formada em inglês pela ACBEU (Associação Cultural Brasil - Estados Unidos). Membro da ADV Junior, Empresa Júnior da Faculdade de Direito da UFBA e estagiária voluntária de direito da 2ª Vara dos Feitos Relativos aos Crimes contra a Criança e o Adolescente, da comarca de Salvador

²⁵ Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia, atualmente cursando o 3º semestre

SUMÁRIO: Introdução; 1. Presidencialismo de Coalizão: Revisão Conceitual; 1.1. Contextualização do conceito de presidencialismo; 1.2. O modelo brasileiro: presidencialismo de coalizão; 3. Evolução Histórica do Presidencialismo no Brasil; 4. O Governo Bolsonaro: a Negação da Velha Política?; Conclusão; Referências

1. INTRODUÇÃO

O modelo presidencialista está presente em muitos países há mais de três séculos. É ao presidente a quem se destina o papel de representar o país e ter a decisão final na execução de leis e outras políticas. No Brasil, por exemplo, essa administração ocorre com a divisão dos três poderes, que reparte as obrigações políticas do país entre as gerências, o legislativo, judiciário e executivo, com o objetivo de que os projetos passem por diversas esferas até serem executados, evitando o autoritarismo.

Nesse viés, o conceito de presidencialismo de coalizão, apresentado pelo sociólogo Sérgio Henrique Abranches, define o ajuste político para uma melhor governabilidade. Dessa forma, o executivo, na figura do Presidente da República, traça estratégias para ter apoio do Legislativo, de forma que as possíveis leis sejam mais facilmente aprovadas. Porém, essa prática vem causando diversos desdobramentos negativos no modelo político brasileiro. Faz-se necessário destacar as repercussões dessa situação no governo do atual presidente Jair Bolsonaro, com destaque para suas relações com o polêmico “orçamento secreto” o qual, potencializa o poder do Presidente e dos seus aliados.

Dessa forma, o presente artigo adota a metodologia da análise de bancos de dados oficiais, além da revisão bibliográfica de diferentes livros, artigos e pesquisas sobre o tema, tendo como objetivo aprofundar na questão controversa que é o modelo político brasileiro do presidencialismo de coalizão. Para isso, adota-se uma perspectiva de análise histórica do modelo brasileiro, percebendo também as repercussões práticas que vêm ocorrendo no governo atual.

2. PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO: REVISÃO CONCEITUAL

2.1 Contextualização do conceito de presidencialismo

O sistema presidencialista nasceu nos Estados Unidos da América, na Convenção de Filadélfia em 1787, e foi adotado no Brasil a partir do dia 15 de novembro de 1889, com a Proclamação da República, tendo sido ratificado por meio da Constituição de 1891. A principal característica desse sistema se dá através da predominância do presidente, eleito pelo povo através do voto, que assume simultaneamente os cargos de chefe de governo e chefe de Estado. Para garantir o exercício destas funções, conta com o assessoramento dos ministros de sua escolha, que podem ser membros do parlamento ou não.

O presidencialismo é defendido por muitos sob a ótica de que é um sistema propício para decisões céleres que logo são colocadas em prática por conta da unidade de comando, proporcionando uma organização de poder mais eficiente. Em contrapartida, existem opiniões que entendem o presidencialismo como uma ditadura com tempo determinado, ou seja, uma falsa democracia em que o presidente, depois de eleito, pode agir de maneira contrária à vontade do povo e do Congresso e permanecer no cargo desde que não cometa crime de responsabilidade.

Uma característica marcante do presidencialismo é a separação dos três poderes, que objetiva evitar a concentração de poder e arbitrariedades, de modo que o Executivo, Legislativo e Judiciário cumpram suas funções de maneira, em tese, independente e harmônica. Vale ressaltar que não se trata de uma independência absoluta, que ameaçaria o equilíbrio político, mas um modelo de consenso e cooperação entre os poderes através de mecanismos conhecidos como sistemas de freios e contrapesos. Dessa forma, verifica-se a existência de um controle recíproco entre os poderes, sendo o presidencialismo de coalizão um dos exemplos práticos dessa relação.

2.2 O modelo brasileiro: presidencialismo de coalizão

A Constituição de 1988 manteve a forma de Estado Republicano e o sistema de governo presidencialista por decisão da maioria da Assembleia Constituinte e ratificados pela população em plebiscito realizado em 1993. Na medida em que a Constituinte ampliou, e muito, os poderes e as competências do Presidente da República, houve também aprimoramento e inovação para a fiscalização e controle exercidos pelo Poder Legislativo diante do Poder Executivo.

Nesse contexto, a expressão “presidencialismo de coalizão” surge pela primeira vez em artigo publicado pelo sociólogo Sérgio Henrique Abranches para descrever o arranjo institucional do Executivo em buscar apoio perante um Legislativo fragmentado e heterogêneo, no intuito de garantir sua governabilidade. Abranches (1988) aponta o presidencialismo, o federalismo, o bicameralismo, o multipartidarismo e a representação proporcional como elementos que geram instabilidade institucional, estimulando não só a cooperação entre os poderes, mas também os conflitos entre eles.

A falta de apoio parlamentar pode levar ao congelamento da agenda política da Presidência, que por sua vez assume o risco de perder a legitimidade frente à sociedade. Para evitar essa paralisia decisória que culminaria no imobilismo político, o chefe do executivo precisa costurar uma ampla maioria, muitas vezes até oposta ideológica e programaticamente composta por forças políticas muito distintas, às vezes até adversárias. Para firmar as coalizões, o Poder Executivo utiliza-se dos poderes de iniciar e influenciar o poder legislativo, bem como a sua competência na distribuição de cargos. (Abranches, 1988).

Dentre as formas que o Presidente da República encontra para barganhar o Legislativo destaca-se o poder de patronagem e o poder de agenda. A patronagem diz respeito às negociações de cargos ou ministérios para os opositores que, em contrapartida, oferecem apoio aos projetos do Executivo. Já o poder de agenda refere-se à capacidade de determinar quais as propostas que serão consideradas pelo Congresso Nacional e, mais importante, quando elas serão analisadas. As emendas são mais um instrumento de barganha entre presidente e o Congresso, para que aquele consiga pautar sua agenda governamental, sendo este um método crucial pois a reeleição de deputados e senadores depende fortemente da influência sobre a execução orçamentária.

A princípio, as estratégias de coalizão fazem parte do jogo político e não são essencialmente corruptas. Contudo, críticos ao presidencialismo de coalizão defendem que esse modelo pode levar à inoperância do sistema e apontam para o seu alto risco, do ponto de vista que gera instabilidade política e leva ao clientelismo. É inegável que a coalizão, no contexto brasileiro, resultou em práticas corruptas, a exemplo do escândalo do “mensalão” que se refere, basicamente, a uma mesada paga aos deputados para votarem a favor de projetos de interesse do Poder Executivo durante o governo Lula. Mais adiante, em 2014, vem a tona a Operação Lava Jato realizada pela Polícia Federal, que por sua vez consistiu em

um grande esquema de corrupção envolvendo membros administrativos da Petrobras, políticos dos maiores partidos do país, incluindo os presidentes da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, governadores de estados, além de empresários de grandes empresas brasileiras, a exemplo da construtora Odebrecht. Em 2016, dentro de um contexto de graves crises políticas e econômicas, a presidente Dilma sofreu um processo de impeachment acusada de cometer crime de responsabilidade fiscal. Entretanto, nesse caso, é questionável os interesses políticos de grupos rivais nesse processo.

Todo esse contexto levou a uma descrença da população brasileira na política, levando a uma polarização ainda maior na sociedade. Surge então, como será visto, a figura de Jair Bolsonaro como candidato à presidência, pautando seu discurso em promessas do fim da corrupção, bem como acabar com a “velha política” do presidencialismo de coalizão. Entretanto, o seu governo de extrema direita com traços do neofascismo não chega nem perto de acabar com a corrupção, assim como se rende às coalizões diante da crise institucional que colocou em risco o seu mandato. O bolsonarismo, em 2018, capturou eleitores sem representantes vulneráveis à mentira eleitoral, ao marketing vazio e que se tornaram alvos fáceis de aventureiros e de vendilhões de promessas vãs.

Embora a coalizão tenha se tornado um verdadeiro empecilho para a efetivação de uma agenda política progressista, não se pode cair no determinismo de responsabilizá-la por todas as mazelas do sistema político brasileiro como a corrupção, o toma lá-dá-cá, a cooptação, o clientelismo endêmico, etc. Esses males são formas ilegítimas de construir alianças que representam uma crise política mais relacionada à sociedade corrupta que acaba por refletir nos seus representantes, do que ao sistema em si. Apesar das suas vulnerabilidades, o presidencialismo de coalizão tem o mérito de contar com uma pluralidade de partidos políticos que se traduz em uma variedade de ideologias e categorias no Congresso e que leva a debates que dificultam a obtenção de maioria pelo governo, não sendo possível a aprovação de qualquer matéria pautada pelo presidente. É, portanto, um modelo essencialmente democrático que maximiza a representatividade, sendo considerado por Luiz Gustavo Guimarães como a engenharia institucional que propiciou o funcionamento do processo decisório do Estado brasileiro nas últimas três décadas. (Guimarães, 2020) Abranches entende que qualquer que fosse o sistema de governo adotado as coalizões estariam atreladas ao sistema, seja ele presidencialista ou parlamentarista, pois “a política

republicana brasileira sempre foi plural, fragmentada, cheia de facções”. Pensar que a substituição do presidencialismo de coalizão por outro modelo, por si só, seria a solução para o problema talvez seja ilusão. Dessa forma, entende que o modelo deve passar por reformas e revisões naturais intrínsecas ao processo democrático.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRESIDENCIALISMO NO BRASIL

A formação da república brasileira de nada traduz uma mobilização popular no sentido de reivindicar a mudança de sistema, antes o que ocorreu foi um golpe militar, organizado pelo “alto”. Essa lógica de não participação popular em modificações do modelo político brasileiro é um problema que vai prevalecer ao longo de toda a história do país. Trazendo um panorama geral do golpe que originou a república brasileira, é necessário realizar uma contextualização dos fatores que levaram à sua eclosão e da sociedade que no Brasil se desenvolvia. Quem primeiro trouxe a tradição centralizadora para a colônia foi o Marquês de Pombal, então Primeiro-Ministro de Portugal, entretanto, é evidente como durante todo o período colonial o estado português não tinha capacidade administrativa e a sociedade desenvolvia-se informalmente e de forma acelerada. O verdadeiro exercício do poder estava nos senhores de terra, que realizavam o intermédio entre o sistema político e a sociedade. Essa é uma lógica que vai se preservar por todo o período monárquico e da república velha. Assim, durante a era imperial, o Estado possuía o controle político no sentido de ser detentor do aparato repressivo e da coleta de impostos, por exemplo, mas não tinha capilaridade para ter um controle profundo da sociedade - as atividades econômicas, práticas, organizações. Esse poder efetivo era das elites, ou seja, grandes latifundiários, que atuavam de maneira análoga a senhores feudais.

Diante desse contexto, os militares, tradicionalmente sem prestígio na sociedade brasileira, mas fortalecidos por meio de sua participação na Guerra do Paraguai, estavam em busca de maior participação política, sendo a força empregada no golpe da república e detentora dos primeiros governos republicanos. Ademais, o fortalecimento do partido republicano paulista, que representava a emergente elite paulista que buscava maior participação política, e a pressão do movimento abolicionista em conflito com os interesses dos fazendeiros de açúcar e do Vale do Paraíba, também acentuaram a crise política do império. Enfim, com a abolição da escravidão em 1888, e a perda de apoio dos latifundiários

pela monarquia, somando isso a uma série de conflitos do imperador com a igreja católica e as ideias modernizantes que circulavam no mundo, o golpe foi arquitetado e aplicado no ano seguinte, sem que houvesse participação popular no processo. (Schwarcz; Starling, 2016)

As bases da 1ª República (1889-1930) foram, então, uma sociedade marcada pela disputa entre elites militares e civis, concentração de poder nas elites regionais, e mínima cultura cívica da população. Segundo, Renato Lessa, no capítulo 2 de seu livro “A invenção republicana”, a partir do momento em que a república aboliu o poder moderador, até então vigente, o sistema político e institucional entra em caos, sendo necessário definir os limites e a forma da participação dos atores políticos, a atuação dos partidos e a comunidade política. Assim, a Constituição de 1891 é fortemente influenciada pelo modelo da Carta Magna dos Estados Unidos, o que se revela principalmente na concepção federalista de descentralização, tal como a implantação do sistema de governo presidencialista (artigo 41º). Destaca-se uma contradição no processo, já que o federalismo que foi implantado tinha como elemento propulsor o governo central, “federalismo” esse que, de certa forma, já se manifestava desde antes do império, pelo forte regionalismo, sem capilaridade do poder central na vida social. Além disso, o modelo legislativo bicameral também já estava presente na primeira constituição republicana brasileira.

Os militares, que foram responsáveis pelos primeiros governos passaram a viver uma situação de hiper politização, ao mesmo tempo que lidavam com o conflito de diferentes ideologias internas, cada vez mais intervencionistas, gerando uma situação também desestabilizante na república. A partir da constituição republicana e a delimitação entre os poderes, agravou-se o conflito entre o executivo - representado pelo indiretamente eleito Floriano Peixoto - e o legislativo - que representava as oligarquias regionais. Esse conflito será resolvido pelo pacto oligárquico de Campos Salles. (Lessa, 1999). Assim, iniciava-se a fase da República Oligárquica. Campos Salles defendeu um modelo no qual o presidente deveria ter um papel de administrador do país, controlando primordialmente as questões orçamentárias, enquanto a política efetiva deveria ficar a cargo dos chefes locais. A partir dessa forma, desenvolveu-se a política dos governadores, segundo Sérgio Abranches em seu livro “Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro”:

As facções dominantes controlavam os partidos republicanos estaduais e uniam-se numa coalizão nacional para eleger o presidente e controlar o Legislativo Federal. O presidente, para ter sucesso, precisava representar esse equilíbrio de forças heterogêneas expresso pelo Partido Republicano (Abranches, 2018. p 34).

Assim, segundo Abranches, é estabelecida uma estabilidade no conflito entre o legislativo e o executivo, já que no congresso, as oligarquias regionais são os verdadeiros detentores do poder político, realizando acordos no sentido de gerar governabilidade e definir os candidatos que serão eleitos, afinal, o coronelismo fornecia a eles um sistema eleitoral totalmente fraudulento e manipulável. Essa situação evidencia o problema do anti partidarismo político na república velha, uma vez que era muito mais vantajoso que as elites regionais resolvessem seus conflitos internamente informalmente, do que houvesse partidos com segmentos ideológicos definidos que resolvessem as demandas de acordo com uma hierarquia formal. Como consequência disso, surge a problemática de o sistema partidário brasileiro não absorver os conflitos sociais, sendo as questões resolvidas pelas oligarquias regionais. (Abranches, 2018).

Dessa forma, é possível identificar que a República brasileira formou-se não com base na ideia de unidade nacional e construção do bem público e da cidadania, mas sim de um Estado patrimonialista, sem uma clara distinção entre o público e o privado, já que as oligarquias utilizavam o aparato estatal para o atendimento de seus interesses econômicos e políticos particulares. Daí deriva também a ideia de clientelismo que segundo José Murilo de Carvalho, no artigo “Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual”, “De modo geral, indica um tipo de relação entre atores políticos que envolve concessão de benefícios públicos, na forma de empregos, benefícios fiscais, isenções, em troca de apoio político, sobretudo na forma de voto.” (Carvalho, 1997). Ora, essas práticas tradicionais é que vão constituir os principais problemas do presidencialismo de coalizão contemporâneo.

A próxima fase do sistema político brasileiro é a Era Vargas (1930-1945), que inaugurou o modelo corporativista estatista no Brasil. Primeiramente é importante destacar que o golpe de 1930, é novamente um processo de acordo das intra elites, com reduzida participação popular, no caso, das elites dissidentes do sistema anterior, somado, também outra vez, à interferência militar, seja pelo apoio do movimento tenentista, seja por eles terem

sido a força necessária para a implantação do golpe. Não cabe abordar as relações entre legislativo e executivo na Era Vargas, tendo em vista sua natureza ditatorial, de forma que os limites eram impostos de forma arbitrária com a prevalência evidente do presidente na disputa. Destaca-se somente que o projeto de Vargas, segundo o texto “Origens do Corporativismo Brasileiro”, de Vanda Maria Ribeiro Costa, era implantar o corporativismo, e a partir daí ser o legitimador da ordem social, integrando os autores produtivos a ele mesmo e disciplinando o conflito de interesses. Assim, o objetivo era a construção de um Estado-Nação forte, quebrando a fragmentação regional e poderio das liberdades locais, tal como era visto na república oligárquica (Costa, 1991).

Na república populista (1945-1964) que vai se formar, o legislativo vai manter seu papel de destaque enquanto representante das forças dominantes regionais no plano institucional, por meio do orçamento público e cargos federais para o atendimento da clientela, entretanto o presidente passa a adquirir poderes herdados da Era Vargas. Enquanto o voto ao presidente, realizado nacionalmente, representava o predomínio progressivo de setores populares de classe média urbana e empresariado industrial, o Congresso, eleito estadualmente, continuava a dar voz às novas e velhas oligarquias. Segundo Abranches:

O modelo do presidencialismo de coalizão nasceu dessa combinação de poderes republicanos – Presidência e Legislativo —, apoiados em bases sociais diferenciadas, e da necessidade de alianças multipartidárias de governo no Congresso como fiadoras do pacto da maioria parlamentar com o presidente (Abranches, 2018, p. 38).

Nesse modelo, era evidente o problema do tri partidarismo (PSD, PTB - ambos criados por Vargas - e a UDN - oposição golpista), já que era muito difícil conseguir a maioria apenas com seu partido, o que como foi dito, levava às coalizões. Nesse contexto, era o PSD o partido pivô das coalizões, tanto é Juscelino Kubitschek, filiado ao partido, foi o que melhor conseguiu governar, adotando o modelo nacional desenvolvimentista. O elitismo também estava presente, segundo Sérgio Abrantes, “Tanto o PSD quanto a UDN herdaram bases sociais e recursos organizacionais dos velhos partidos da Primeira República e serviram de correias de transmissão de tradição mandonista e clientelista para a Segunda República.”

(Abranches, 2018, p. 40). Em comparação com a república velha, era, entretanto, um sistema partidário muito mais consolidado, com uma identidade partidária forte. (Abranches, 2018)

Assim, a segunda república foi uma experiência extremamente instável, e mesmo com a prorrogação do golpe pelo suicídio de Vargas, a chegada de João Goulart à presidência, muito associado à esquerda e movimentos sindicais, foi o gatilho para a vitória golpista, sob a tutela, de militares intervencionista e anticomunistas (contexto de guerra fria). Nas palavras de Sérgio Abranches:

O populismo reformista energizava-se com a mobilização de forças emergentes das mudanças socioeconômicas. O golpismo nutria-se no conservadorismo relativo às oligarquias, do patronato industrial nascente e dos militares. O resultado foi a radicalização polarizada, que paralisou o congresso e incendiou a sociedade, provocando a reação dos setores conservadores (Abranches, 2018, p. 43).

Em relação ao modelo político durante a Ditadura Civil Militar, não cabe, novamente, analisar a relação entre o legislativo e o executivo. De forma geral, segundo o livro “O Modelo Político Brasileiro”, de Fernando Henrique de Cardoso, é possível dizer que houve um alinhamento das forças armadas, com a tecnocracia, e a burguesia associada aos interesses do capital externo, no sentido de modificar o modelo econômico brasileiro, num padrão de desenvolvimento dependente associado que gera dinamismo econômico. Para estabelecer essa acumulação do capital, era necessário a desarticulação das classes populares presente no antigo modelo populista, sendo a repressão do exército fundamental nesse sentido. Os problemas do modelo de crescimento adotado na Ditadura Militar, são que apesar do grande crescimento (milagre econômico), o saldo social para o Brasil foi a permanência da dependência pela tecnologia externa, além do aumento da concentração de renda. Além disso, é evidente que pelo fim do regime ter sido controlado pelos próprios militares, que conseguiram normalizar a transição tutelada, acabou que, novamente, o projeto popular não foi o vencedor (diretas já). Assim, os militares conseguiram se manter numa posição de tutela, o que se exemplifica na presença do Art. 142 na Constituição Federal que dispõe justamente sobre a competência das forças armadas para defender a “lei e a ordem”. Enfim, tal como no golpe da proclamação da república, não foi o povo brasileiro que decidiu sobre o futuro do país.

O elitismo presente no sistema partidário na república populista é algo que prevalece durante a ditadura militar, e na transição controlada, e acaba perpassando no novo modelo de presidencialismo de coalizão inaugurado com a Constituinte de 1988. Nesse sentido, segundo Abranches, a constituinte é integrada por 43% de deputados da república de 1946, além de que 39% haviam pertencido à ARENA, partido de apoio à ditadura, ressaltando, novamente, o caráter conservador da democratização brasileira. Assim, ela foi dividida no que seriam os “conservadores” e os “progressistas”, com destaque para a hegemonia do PMDB, que havia saído fortalecido com o sucesso momentâneo do plano cruzado. Esse partido, predominantemente conservador, acaba ocupando o lugar de pivô das coalizões, ocupando o que vem ser chamado de “centrão”, negociando com todos os lados (Abranches, 2018).

Em relação à garantia de direitos exigidas pelos movimentos sociais, o setor progressista deliberou nas comissões temáticas, sendo, entretanto, muitas vezes renegociado na fase decisória, com o centrão. Além disso, é evidente a inexistência de reformas de base, tal como reforma agrária, na Constituição de 1988, o que claramente se relaciona ao conservadorismo de todo o processo. Ademais, o fato de a constituinte não ter sido eleita exclusivamente para essa função, ou seja, os próprios membros do congresso ocuparem a constituinte, fez com que os constituintes ficassem sujeitos à operação de grupos de pressão, limitando ainda mais a capacidade de ruptura. Todos esses entraves institucionais contribuem para a não resolução de conflitos no país, e debilidade na consolidação democrática. (Abranches, 2018).

Em relação ao poder executivo, é evidente a permanência da Carta de 1967, que concentrava poderes legislativos na presidência. Segundo Abranches:

O executivo, na versão de 1988 do presidencialismo de coalizão, passou a ter a iniciativa exclusiva de propor projetos de lei orçamentária e sobre matéria tributária. Tal poder foi turbinado pela faculdade de legislar por medida provisória, a sucessora do famigerado decreto-lei dos militares, e de pedir urgência para projetos de lei em votação (Abranches, 2018, p. 76).

No legislativo, por sua vez, a Constituição concentrou o poder no Colégio de Líderes (presidente da Câmara e líderes dos partidos, blocos parlamentares, da maioria e da minoria).

Eles passam, então, a ter diversas prerrogativas, como fixação do número de deputados por partido em comissões, organização das proposições a serem apreciadas, exigir urgência (acelerando a tramitação de um objeto específico), etc. Isso abre mais possibilidades para que os grandes partidos tenham margem de manobra nas negociações que compõem o presidencialismo de coalizão. Por outro lado, a reeleição dos parlamentares depende em grande parte da execução orçamentária, atribuição do executivo, que por meio de emendas parlamentares fornece os recursos para as bases eleitorais. Segundo Abranches:

Essa associação entre a dependência da governança ao apoio parlamentar e a correlação entre sucesso eleitoral dos parlamentares e acesso a recursos e cargos governamentais gera poderosos incentivos ao toma-lá-dá-cá, ao clientelismo e à patronagem. Tais estímulos têm menos a ver com o sistema eleitoral em si e mais a ver com o federalismo dependente do poder central, com a natureza do processo orçamentário e com o padrão de gasto público (Abranches, 2018, p. 81).

Em síntese, é evidente que o Brasil possui uma tradição institucional, não rompida pela Constituição de 1988, que contribui para a existência do que é chamado “Presidencialismo de Coalizão”. Nesse modelo, a necessidade de formação de amplas coalizões, com grande diversidade ideológica, pode gerar instabilidade política, contribuindo para o surgimento de crises democráticas. Além disso, é um modelo político que traduz a permanência elitista, conservadora e clientelista do Brasil, que dificulta a consolidação da democracia, não só no sentido eleitoral, na sociedade brasileira.

É necessário, também, aprofundar a discussão a respeito da histórica incapacidade das instituições que recepcionaram os conflitos sociais, frente à grande heterogeneidade brasileira, ampliada ainda mais pelo aumento da concentração de renda oriundo do período da ditadura militar. É nesse sentido que Marcos Nobre, na sua obra “Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma”, vai qualificar o conceito de presidencialismo de coalizão, propondo o que ele chama de “pemedebismo”. Como foi visto, a necessidade da formação de amplas coalizões para o executivo obter governabilidade, trouxe a necessidade da aliança com o centrão, protagonizado pelo PMDB, - conservador e elitista. Nesse sentido, Nobre vai chamar de “pemedebismo”, a cultura política que se forma a

partir daí, em que essas elites têm uma rede de controle para impedir a redução das desigualdades sociais. (Nobre, 2013).

É perceptível que até o primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, as coalizões ainda possuíam uma coerência programática, o que não significa que o governo fosse desprovido dos problemas sistemáticos do modelo presidencialista brasileiro, que se manifestam notadamente no escândalo de compra de votos para a aprovação da Emenda da Reeleição na Câmara dos Deputados, em janeiro de 1997. (Correio, 2016).

Entretanto, é a partir do governo Lula, com o escândalo do mensalão e a necessidade de obter apoio no parlamento, que ocorre a consolidação definitiva dessas amplas maiorias. O que mais se destaca desse centrão é que ele blinda pautas sociais, seja por meio do fechamento dos blocos, seja por meio do veto que certas pautas sejam sequer discutidas publicamente. Somado a isso, incorre também a questão da opinião pública, até Collor um importante elemento na mudança de governos, mas que passa a ser “opinião publicada”. Assim, reproduz o discurso também imobilista da mídia burguesa brasileira. Ademais, por mais que durante o governo Lula ele conseguisse incluir um padrão de inclusão social, com políticas pontuais e inclusão econômica, ele mantém as estruturas do pemedebismo. (Nobre, 2013)

Em tese, é evidente que esse imobilismo no sistema político brasileiro contribui para que não se consolide uma democracia substantiva no Brasil, ou seja, como um modo de vida. Ela fica restrita ao sentido eleitoral, o que contribui para que o país esteja mais suscetível a crises em sua democracia.

4. O GOVERNO BOLSONARO: A NEGAÇÃO DA VELHA POLÍTICA?

É fato que o atual Presidente da República Jair Bolsonaro elegeu-se pregando um discurso de repúdio à forma tradicional de se realizar política no Brasil, discurso esse que também não é novidade no cenário nacional, presente já nas figuras de Fernando Collor de Mello e Jânio Quadros. Ele aparece em sua campanha como um ‘outsider’, eleito pelo PSL, partido, até então, sem expressividade, e apoiado pelo também pequeno PRTB de seu vice-presidente Hamilton Mourão. Além disso, apelou para o discurso neoliberal, conservador e personalista, fortemente ancorado em bases religiosas e pautas ideológicas

retiradas diretamente da mentalidade de uma determinada parcela da população brasileira. É possível identificar, ainda, tendências neofascistas no que hoje é chamado “bolsonarismo”, entretanto, no presente artigo, o foco está nos aspectos institucionais identificados nesses quatro anos de governo Bolsonaro no que tange às relações estabelecidas entre o legislativo e executivo. Cabe em outros estudos, uma análise mais aprofundada do que seria essa ideologia bolsonarista, assim como da sua possibilidade de sobrevivência afastada do aparelho estatal.

Essa denominada “velha política”, nada mais é do que o presidencialismo de coalizão e suas práticas. Assim, a crítica de Bolsonaro configura, antes do que tudo, uma estratégia política para obtenção de apoio popular, tendo em vista a crise política e social que já se estendia desde as manifestações iniciadas em 2013 com as Jornadas de Junho e seus desdobramentos. O cenário em 2018 era de um forte antipetismo que se confundia com um movimento antipolítica e de crise de participação popular, abrindo uma brecha para o crescimento de Bolsonaro. De acordo com o texto, “Polarização radicalizada e ruptura eleitoral, de Sérgio Abranches, fica claro que Bolsonaro rompe o ciclo eleitoral até então protagonizado pelo PT e pelo PSDB, herdando a antiga polarização e elevando seu nível, fortemente auxiliado pelo aparato das redes sociais e *fake news* (Abranches, 2019).

A partir da análise do estilo e da estruturação do governo em seu primeiro ano e meio, é perceptível que houve uma tentativa de ter sido posta em prática, algo que pode ser denominado “presidencialismo de confrontação”, optando, assim, por não organizar uma ampla coalizão no legislativo, e ao contrário, atacar as instituições. (Spinieli, 2022). Desde a organização inicial de seus ministérios, é evidente o reduzido número de membros que vêm de partidos que ocupam a câmara.

Tabela 1: Distribuição de ministérios entre os partidos da Câmara dos Deputados na formação do governo Bolsonaro (2019-2021)

	BOLSONARO I (JANEIRO/2019)			BOLSONARO II (AGOSTO/2021)		
	Qtde de pastas	% pastas	% CD	Qtde de pastas	% pastas	% CD
DEM	3	13,6%	5,5%	2	8,7%	5,5%
PSL	3	13,6%	10,3%	1	4,3%	10,3%
MDB	1	4,5%	6,6%			
PP	1	4,5%	8,2%	2	8,7%	8,2%
NOVO	1	4,5%	1,6%			
PATRI	1	4,5%	1,2%	1	4,3%	1,2%
PL				1	4,3%	8,2%
PSD				1	4,3%	6,8%
REPUBLICANOS				1	4,3%	6,0%
NÃO FILIADOS	12	54,5%		14	60,9%	
TOTAL	22	45,5%	33,3%	23	39,1%	46,2%

Fonte: Portal do Palácio do Planalto e do Portal da Câmara dos Deputados apud Viana, 2021

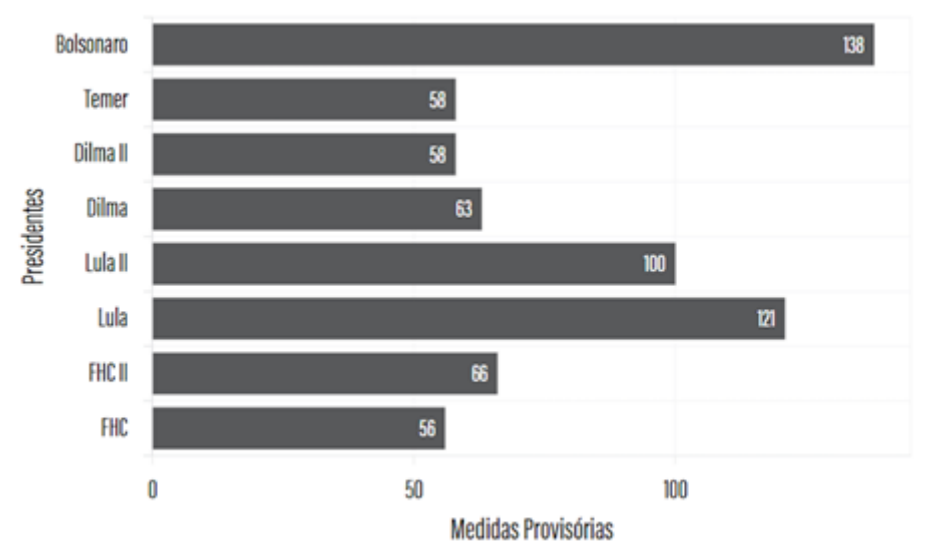
A partir da tabela acima fica evidente a tentativa de afastamento do governo em relação ao legislativo, com apenas 33,3% de ministros vinculados a partidos com representação na câmara dos deputados, em 2019. Assim, das 22 pastas, 3 ficaram com o então partido do presidente, PSL, 2 ficaram com o PP, 3 com o DEM, e 1 para o MDB, PP, NOVO e PATRIOTA, sendo esses últimos com baixa representação na Câmara, sendo as outras pastas foram ocupadas por ministros sem vinculação partidária. Além disso, não necessariamente os ministros com vinculação partidária foram indicados pelos partidos, mas sim das bancadas temáticas do parlamento (Rodrigues, 2021). Essa porcentagem, revela-se muito inferior às ocupadas no governo Dilma, em seu segundo mandato, e Temer, 63,9%; e 55,9%, respectivamente (Viana, 2021). Em 2021, a situação é outra, e a relação entre ministros e a Câmara aumenta para 46,3 %, o que já revela como, nesse meio tempo, Bolsonaro foi obrigado a mudar sua postura centralizadora.

Outro indício que demonstra a tentativa inicial de Bolsonaro em governar sem amplas coalizões foi o uso elevado do instrumento das Medidas Provisórias. De forma bastante resumida, as Medidas Provisórias são instrumentos estabelecidos pelo art. 62º da Constituição Federal, por meio dos quais compete ao presidente legislar sobre pautas específicas, em caso de relevância e urgência. Cabe ao legislativo, então, analisar se a medida provisória, que possui força de lei logo após editada, atende aos requisitos constitucionais e

aprovÁ-la ou não, ou ainda aprovÁ-la com modificações. Caso seja aprovada, ela passa a ser uma Lei Ordinária (Gomes; Luz, 2019).

Segundo o estudo realizado por Luiz Alberto Gomes e Joyce Hellen Luz, com base no Banco de Dados Legislativos do Cebrap, até 19 de outubro de 2020, Bolsonaro havia editado 135 MPs, o maior número em qualquer governo desde 1995.

Gráfico 1: Total de Medidas Provisórias apresentadas por presidente em um ano e dez meses de mandato (1995 - 2020)



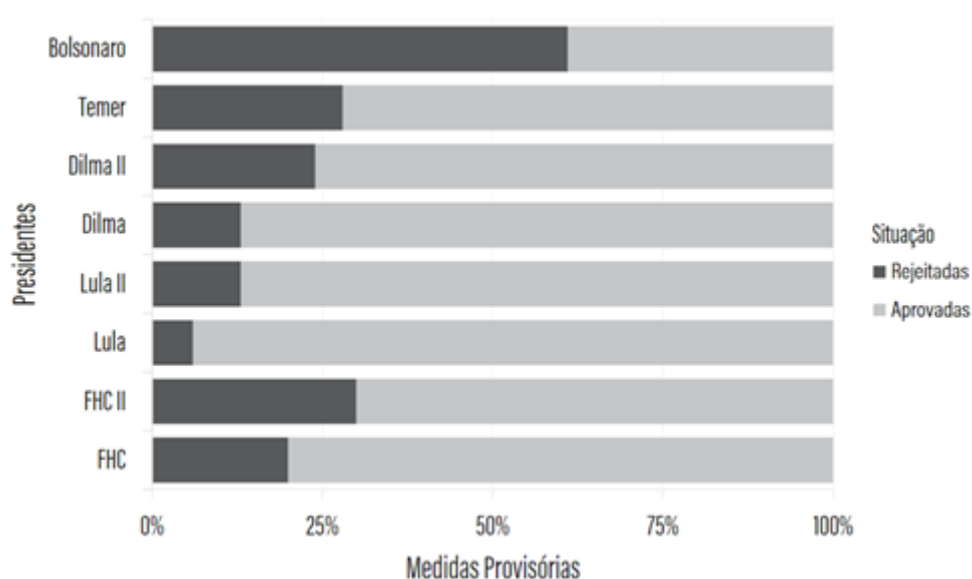
Fonte: GOMES; LUZ, 2019.

Assim, esse alto número de medidas provisórias aponta para um governo sem apoio majoritário, que utiliza-se do mecanismo como tentativa de implementar sua agenda de governo, já que durante o período em que o legislativo delibera sobre a MP, ela já possui força de lei, mesmo que depois seja deposta (Gomes; Luz, 2019).

É importante, todavia, fazer uma ressalva de que a partir de março de 2020, com o início da pandemia do COVID-19, seria compreensível o uso de medidas provisórias, já que são mais rápidas e dinâmicas, passíveis de serem utilizadas em um momento de excepcionalidade, considerando ainda as limitações de sessões presenciais durante o período. (Gomes; Luz, 2019) Mesmo levando em conta essa situação, é preciso também observar as demonstrações fáticas do período, que antes de representarem tentativas do chefe do executivo em controlar a pandemia, mais revelam sua irresponsabilidade e negligência ao

lidar com a situação. Bolsonaro negou e minimizou os efeitos da doença, tentou impor uso de medicamentos como tratamento padrão em hospitais, visando impedir o isolamento social, e ainda incentivou o Ministério da Saúde em apenas divulgar dados parciais sobre o avanço da pandemia, provocando uma alta rotatividade de ministros no período crítico de 2020 a 2021. (Araújo Filho; Araújo, 2020). Assim, é questionável até que ponto o uso de MPs neste período, de fato contribui para a mitigação do problema da pandemia.

Gráfico 2: Medidas Provisórias aprovadas e rejeitadas por presidentes em um ano e dez meses de mandato (1995-2020)



Fonte: GOMES; LUZ, 2019.

A partir do gráfico acima é possível analisar outra variável em relação às medidas provisórias adotadas pelo presidente, a sua porcentagem de rejeição. De 2019 até outubro de 2020, o presidente teve 56 MPs rejeitadas pelo congresso, sendo 26 no primeiro ano e 30 no segundo. Assim, desconsiderando as 28 Medidas Provisórias que ainda estavam em tramitação no momento do cálculo, Bolsonaro teve uma taxa de reprovação de medidas 51% maior do que qualquer presidente desde 1995. Destaca-se que muitas dessas rejeições não deviam gerar tanta oposição política, como:

crédito extra para a cidade de Brumadinho (MG) – local onde uma barragem rompeu no início do ano e deixou mais de 200 mortos, a contratação temporária de pessoas para o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico

Nacional (Iphan), e crédito para refugiados da Venezuela. Isso sinaliza que o problema do governo envolve articulação política e falta de governabilidade, o que atrapalha o avanço da agenda da gestão, ou que o próprio Congresso tem tocado sua agenda própria sem contar com a Presidência da República. (Gomes; Luz, 2019, p. 69).

Das que foram aprovadas, 75% foram modificadas no processo, o que, historicamente, é uma exceção, demonstrando que a falta de discussão com o legislativo, pode ter levado a alteração direta no texto como forma de participação. Além disso, Bolsonaro foi o único presidente desde 1995 a utilizar mais MPs do que Projetos de leis, e se forem consideradas as taxas de aprovação dos PLs os números são ainda mais baixos: apenas 10% foram aprovados (4 de 40). Assim, fica clara a importância do uso das MPs como tentativa de obter governabilidade, tal como a dificuldade apresentada pelo governo sem coalizões claras em avançar sua agenda (Gomes; Luz, 2019).

Já a partir do meio de 2020, alguns acontecimentos, levam, então, a uma mudança de postura de Bolsonaro, ocasionando em sua aproximação com o denominado “centrão”. Primeiramente, é evidente o avanço das investigações em relação ao esquema de desvios de recursos, prática popularmente conhecida como “rachadinha” que a doutrina entende que pode ser tipificada em crimes como peculato, concussão e corrupção passiva, dependendo das condições fáticas do caso. O esquema era operado no antigo gabinete do então deputado estadual Flávio Bolsonaro, contando com os envolvimento do presidente junto ao filho. A situação agravou-se ainda mais em junho de 2020, quando o ex-assessor de Flávio, Fabrício Queiroz, foi preso, acusado de ser o operador do esquema de “rachadinha”. As acusações de corrupção direcionadas à família Bolsonaro têm se multiplicado desde então, com destaque às recentes investigações que revelaram a compra de 51 imóveis em dinheiro vivo pela família nos últimos 30 anos, somando cerca de R\$26 milhões.

Além disso, é importante destacar as posturas irresponsáveis do presidente com relação à pandemia, fazendo do país o 3º em número de mortes absolutas, segundo dados da Universidade Johns Hopkins, sem contar o esquema de superfaturamento na compra de vacinas revelado pela CPI da COVID. Isso, somado aos diversos ataques proferidos em relação às instituições democráticas, renderam ao presidente uma explosão de processos de impeachment, que atualmente, novembro de 2022 já somam 153 documentos. Assim, enfraquecido pelas denúncias de corrupção e correndo o risco de ter o impeachment aprovado

pelo legislativo, Bolsonaro passou a cada vez mais negociar com o “centrão”, aderindo às coalizões. As informações anteriormente apresentadas na Tabela 1, revelam isso, com o aumento de 33,3% na relação entre ministros e a Câmara em janeiro de 2019 para 46,3% em agosto de 2021.

Outro momento marcante para a governabilidade de Bolsonaro foi a eleição da presidência da Câmara, em janeiro de 2021. Assim, o presidente distribuiu todos os recursos que pôde, como, por exemplo, cargos e emendas parlamentares, na tentativa do apoio do parlamento em relação ao seu candidato Arthur Lira (PP), que é também líder do centrão. Evidentemente, seus esforços foram sucedidos com a eleição de Lira, e, mais do que nunca, Bolsonaro passou a integrar o jogo da “velha política”.

Outrossim, um instrumento que conferiu grande poder ao legislativo é o que ficou conhecido por “Orçamento Secreto”. De forma bastante sucinta, para entender o funcionamento do mecanismo, é preciso saber que anualmente o Congresso aprova uma lei com a previsão de gastos do governo federal no ano seguinte, a chamada Lei Orçamentária Anual (LOA). Nessa lei, não é novidade que uma parcela do orçamento fica no congresso com emendas parlamentares, por meio das quais deputados e senadores destinam recursos federais para investimentos em sua base eleitoral. Tradicionalmente, essas emendas eram individuais, ou seja, cada congressista escolhe para onde vai o dinheiro, com total transparência sobre quem usou cada recurso e para qual finalidade.

Entretanto, na elaboração da Lei Orçamentária de 2020, o Congresso decidiu ampliar em grande volume um outro tipo de emenda parlamentar, as chamadas emendas de relator-geral. Assim, o Congresso retirou um grande volume do orçamento gerido pelos ministérios, cerca de R\$ 30 bilhões, para direcionar às emendas de relator, que, por sua vez, é o parlamentar responsável por fazer a versão final da proposta de Lei Orçamentária, elaborada em negociação com o presidente e as lideranças do parlamento. Nesse caso, é o relator que centraliza as demandas dos parlamentares, sem especificar nomes, limites e destinos dos recursos, o que revela uma grande concentração de poder no legislativo.

Após a divulgação do mecanismo e as investigações em relação às destinações dos recursos, Bolsonaro alega ter vetado o “orçamento secreto”, o que de fato ocorreu. Entretanto, a verdade é que depois ele negociou com os parlamentares, enviando um texto

próprio que manteve cerca de metade dos R\$30 bilhões sob controle do relator do orçamento. Assim, é evidente que Bolsonaro, a partir do meio de seu mandato, recorreu indubitavelmente às coalizões e negociações com o centrão, antes criticadas. Não só isso, como permitiu um aumento considerável de poder no legislativo, que se evidencia claramente no “orçamento secreto”.

CONCLUSÃO

Em suma, é perceptível o conceito de presidencialismo de coalizão na política brasileira, presença essa que mostra a impossibilidade de conseguir estruturar um governo sem o apoio do legislativo, situação que ocasionou em coalizões corruptas e prejudiciais para o modelo e visão da administração brasileira. Dessa forma, o presente trabalho conclui e pontua a necessidade de reformas institucionais, como, por exemplo, mecanismos para dar mais estabilidade às coalizões, garantindo a legalidade e a eficácia à política brasileira. Para além disso, o próprio modelo presidencialista deve ser repensado, tendo em vista as contradições e impasses que ele representa, como observado no presente artigo.

Nesse sentido, o surgimento da figura do Presidente Jair Bolsonaro, e a crise da democracia, iniciada em 2013, na qual ele se insere, é consequência do modelo negocial do presidencialismo de coalizão, o qual foi apresentado que não é o suficiente para circunscrever as demandas sociais. Assim, ao contrário de representar uma oposição ao sistema, o governo bolsonarista apenas exacerbou as mazelas do modelo político brasileiro, conferindo aos legislativos elevados poderes, como é possível perceber através de sua última atualização, o orçamento secreto.

Fica claro que a situação apresentada pelo governo Bolsonaro é recente, e, assim, os estudos sobre tal assunto ainda não são numerosos. Nesse ínterim, destaca-se o campo vasto que o fenômeno do bolsonarismo representa para análises políticas e institucionais, ressaltando a necessidade da realização de mais pesquisas e artigos, não só pelo ramo do direito, mas como por todas as ciências humanas.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. **Polarização Radicalizada e Ruptura Eleitoral**. In: ABRANCHES, Sérgio, et al, Democracia em Risco? São Paulo, Companhia das Letras, 2019.

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**. Rio de Janeiro, Revista de Ciências Sociais, vol. 31, n. 1, 1988.

ABRANCHES, Sergio. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo, Companhia das Letras, 2018.

ARAÚJO FILHO, Valdemar F de; ARAÚJO, Mateus de Azevedo. **A Organização do Governo Bolsonaro e a Coordenação da Crise Sob a Pandemia**. In: FRESSATO, Soleni Biscouto; NÓVOA, Jorge (Orgs). Soou o alarme: a crise do capitalismo para além da pandemia. São Paulo, Ed Perspectiva, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL. Constituição (1891). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm Acesso em: 29 nov. 2022.

CARDOSO, Fernando Henrique. **O modelo político brasileiro**. São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1973.

CARVALHO, J. Murilo de - **Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual**. Revista de C. Sociais. Rio de Janeiro: Iuperj, v. 40, n. 2, 1997. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0011-52581997000200003> Acesso em: 29 nov. 2022.

CORREIRO, Victor Garcia Miranda. **O paradoxo da paralisação política agitada: as reformas do governo de FHC e a emenda da reeleição em sua dinâmica política de pré-aprovação (1995-1996)**. Revista História e Culturas, Ceará, v. 4 n. 7, p. 26-55, jan. –jun. 2016. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/revistahistoriaculturas/article/view/3027/2715> Acesso em: 04 dez. 2024

COSTA, Vanda Ribeiro. **Origens do Corporativismo Brasileiro**. In BOSCHI, Renato (Org.), Corporativismo e desigualdade: a construção do espaço público no Brasil. Rio de Janeiro: Rio Fundo Editora. Iuperj, 1991. (113-145)

COUTO, Claudio Gonçalves. **Bolsonaro e o presidencialismo de desarrumação**. FGV Eaesp. Disponível em: <https://easp.fgv.br/noticias/bolsonaro-e-presidencialismo-desarrumacao> Acesso em: 30 nov. 2022

GOMES, Luiz Alberto; LUZ, Joyce Hellen. **A Governabilidade de um Presidencialismo sem Coalizão: um Estudo das Medidas Provisórias do Presidente Jair Bolsonaro**. Rev. Parlamento e Sociedade, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 55-78, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://parlamentoesociedade.emnuvens.com.br/revista/article/view/169/154> Acesso em: 29 nov. 2022

GUIMARÃES, Luís Gustavo Faria. **O presidencialismo de coalizão no Brasil**. 1. ed. São Paulo, Blucher Open Access, 2020.

LESSA, Renato. **A Invenção Republicana**. Rio de Janeiro, Ed. TOPBOOKS, 1999.

NOBRE, Marcos. **Imobilismo em Movimento: da abertura democrática ao governo Dilma**. São Paulo, Companhia das Letras, 2013.

RODRIGUES, Theófilo. **Bolsonaro e o presidencialismo de coalizão**. Revista Escuta, São Paulo, abr. 2021. Disponível em: <https://revistaescuta.wordpress.com/2021/04/29/bolsonaro-e-o-presidencialismo-de-coalizao/> Acesso em: 29 nov. 2022

SATHLER, André; BRAGA, Ricardo de João; LAGO, Rudolfo. **Presidencialismo de coalizão: o que vem pela frente?** Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/cf-premio-e-analise/farol-politico/presidencialismo-de-coalizao-o-que-vem-pela-frente/> Acesso em: 29 nov. 2022

SCHREIBER, Mariana. **O que é o ‘Orçamento Secreto’ e por que virou arma eleitoral contra Bolsonaro?**. BBC News Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-62792795> Acesso em: 29 nov. 2022

Schwarcz, Lilia M; Starling, Heloisa M. **Brasil; Uma Biografia**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

Spineli, A. L. P. **Confronto, judicialização e burocracia: crítica do governo Bolsonaro ao presidencialismo de coalizão como estratégia política**. Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 1–20, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/e39416>. Acesso em: 29 nov. 2022.

Viana, Janylle. **Presidencialismo de coalizão e governabilidade nos governos Dilma a Bolsonaro: uma análise do atual sistema de governo brasileiro**. Monografia (Graduação

em Direito) – Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS). Goiânia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/3555/1/MONOGRAFIA%20JAMYLLE%20VIANA%20-%20PRESIDENCIALISMO%20DE%20COALIZ%c3%83O%20E%20GOVERNABILIDADE%20NOS%20GOVERNOS%20DILMA%20A%20BOLSONARO.pdf> Acesso em: 29 nov. 2022

UMA ABORDAGEM PROCESSUAL SOBRE O RECONHECIMENTO DE PESSOAS

Diogo Meira Silva Lopes²⁶

Felipe Rocha de Souza²⁷

RESUMO: O reconhecimento de pessoas é um meio de prova no Processo Penal brasileiro, sendo um dos mais valorizados. Contudo, sabemos que para indiciar um indivíduo, não basta somente uma prova, e sim um conjunto probatório, justamente para dirimir erros que possam vir a acontecer, como incriminar um cidadão que não tenha relação com o crime. O juiz ao realizar o julgamento, tem que respeitar os direitos fundamentais e observar todos os procedimentos legais, como o contraditório e ampla defesa e deve estar atento com o lapso temporal, entre a realização do crime e o reconhecimento da vítima ou testemunha, pois a memória humana é falha, assim podendo ocorrer o fato de uma pessoa inocente ser condenada. O reconhecimento de pessoas no Brasil acontece na fase investigativa, e posteriormente na judicial, sendo feito por imagem ou presencialmente. Ele está descrito no Código de Processo Penal (CPP), ocorrendo quando um indivíduo é conduzido a relembrar determinada ocorrência, buscando relacionar ou não, a pessoa ou fotografia que está a sua frente, com o fato que presenciou ou teve conhecimento. É um ato voluntário, ou seja, se o cidadão for conduzido coercitivamente para uma declaração ou testemunho, tal prática será considerada um ato ilícito. Caso isso aconteça, as provas obtidas serão consideradas ilegais. O reconhecimento pessoal, não pode ser substituído pelo reconhecimento fotográfico, contudo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admite o reconhecimento por fotografia, desde que seja observado o disposto no artigo 226 do CPP. Destarte, embora seja amplamente utilizado, demonstra não ser absolutamente confiável para se indicar a autoria de um crime, pois é constituído por elementos que diminuem a sua credibilidade.

Palavras Chaves: Reconhecimento de Pessoas, Reconhecimento fotográfico, Meio de Prova, Processo Penal, Falsas Memórias.

ABSTRACT: Recognition of people is a means of evidence in the Brazilian Criminal Procedure, being one of the most valued. However, we know that to indict an individual, it is not enough to rely solely on one evidence, but a set of evidence, with the objective to avoid errors that could occur, such as incriminating a citizen who has no connection to the crime. When conducting a trial, the judge must respect the fundamental rights and observe all legal procedures, such as the accusatorial system and the right to a full defense, and must be aware of the time lapse between the execution of the crime and the recognition of the victim or witness, as the human memory is fallible, which could lead to the conviction of an innocent person. In Brazil the identification of individuals occurs during the investigative stage and later in the judicial one, done by image or in person. It is described in the Code of Criminal

²⁶ Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

²⁷ Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Procedure (CCP), and takes place when an individual is led to recall a specific event, trying to relate or not to relate the person or photograph in front of him with the fact that he witnessed or was aware of. It is a voluntary act; if the citizen is coercively led to provide a statement or a testimony, such practice will be considered an illegal act. If this happens, the obtained evidence will be deemed illegal. Personal recognition cannot be replaced by photographic identification, however the Superior Court of Justice allows the procedure as long as the provisions of the Article 226 of the CCP are observed. Therefore, although it is widely used, it is not absolutely reliable for identifying the perpetrator of a crime, as it consists of elements that reduce its credibility.

Keywords: People Recognition, Photographic Recognition, Evidence, Criminal Proceeding, False Memories.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Reconhecimento de pessoas no brasil, 3. Reconhecimento de pessoas e suas formalidades legais no processo penal; 3.1. Reconhecimento por fotografia; 3.2 identificação e formas de reconhecimento pessoal; 4. As falsas memórias; 5. Reconhecimento de pessoas/fotográfico e a jurisprudência; 6. Conclusão; Referências

1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento de pessoas é considerado como uma das provas mais importantes no Processo Penal Brasileiro. O método de reconhecimento facial tem sido utilizado de forma cada vez mais ampla como forma de identificação e como prova na elucidação de crimes, mais comumente em crimes que envolvam violência e grave ameaça. Entretanto, ao se basear apenas no puro reconhecimento por uma fotografia ou através de um retrato falado, o risco de que se cometam erros é grande, especialmente na fase investigativa do processo.

Durante toda a persecução penal, é mandatório que o juiz, ao julgar o réu, respeite todas as garantias processuais, aja com seriedade ao longo de todas as etapas e respeite os direitos fundamentais insculpidos na nossa Constituição Federal. Sendo assim, somente com a efetivação da ampla defesa e do contraditório, pilares do processo penal brasileiro, será possível iniciar a condução das investigações e, por fim, concluir o julgamento de forma coesa e sem qualquer tipo de influência ou intervenção.

Contudo, podemos questionar a relevância dada a este tipo de prova na persecução penal, pois a memória humana tem suas falhas, principalmente quando o espaço de tempo entre o fato criminoso e a queixa ou denúncia são demorados, perdendo assim a precisão das informações. Muitas vezes, isso pode levar ao reconhecimento de uma pessoa que não possuía relação com o crime, gerando um falso-positivo, isto é, uma ausência de nexo de causalidade entre a narração e/ou descrição do fato e o que realmente aconteceu.

Diante disso, é preciso considerar o risco das falsas memórias, que podem apresentar a recordação de algo que não ocorreu, ou que aconteceu de forma diversa do que fora relatado e, também, do reconhecimento de um inocente como sendo considerado de forma equivocada como o autor de um crime. A falsa memória não é uma mentira, pois não se confunde com a intenção deliberada de ludibriar. Assim sendo, a falsa memória quando acompanhada da honestidade do relato provoca um descompasso entre o narrado e o acontecido, isto é, há um erro honesto.

Ademais, o emprego de imagens fotográficas no reconhecimento de pessoas dever ser utilizado com muita cautela, podendo ser até discutido como alternativa ou não, evitando o erro de uma condenação injusta ou a prática de um ato ilegal. Esse cuidado a ser tomado pode ser justificado pela Teoria do Etiquetamento. Contudo, esse reconhecimento é uma opção ao reconhecimento presencial, sendo considerado necessário no sistema garantista penal.

Por tudo isso, o propósito deste artigo é provar que o Reconhecimento de Pessoas no processo penal brasileiro somente deva ser utilizado em casos específicos, pois esta ferramenta muitas vezes poderá ser mais prejudicial do que benéfica para os indivíduos a ela submetidos, já que seu procedimento muitas vezes não é respeitado e nem realizado da forma adequado, que está descrita no Código de Processo Penal (CPP).

Dessa forma, o objetivo do estudo é verificar as formas, procedimentos, importância e utilização do Reconhecimento de Pessoas no processo penal brasileiro, oferecendo os meios e possibilidades adequadas de realização desta ferramenta de prova. Em acréscimo, verificar o que diz a jurisprudência sobre o assunto, além de observar se os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa são respeitados na realização do procedimento.

Assim, este estudo justifica-se para que se possa analisar a permanência e utilização do Reconhecimento de Pessoas no sistema penal brasileiro, no intuito de não ocorrer violação de princípios fundamentais e encarceramento de inocentes.

Além disso, tivemos como objetivo secundário analisar as falsas memórias relacionadas ao reconhecimento fotográfico, verificando se o Reconhecimento de Pessoas é um meio de prova seguro e se os indivíduos que participam deste procedimento têm poder para tomar suas decisões, como a de indicar um suposto autor de um crime. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, documental, jurisprudencial e de artigos científicos voltados à área penal.

Diante disto, é imprescindível verificar como esta ferramenta é usada pelos agentes estatais para identificar pessoas suspeitas de terem cometido um crime, o que poderá auxiliar na aplicabilidade e metodologia a ser utilizada, além de identificar possíveis fatores de interferência.

Para tanto, além desta introdução, esta pesquisa está estruturada em mais cinco capítulos, os quais tratam do Reconhecimento de Pessoas no Brasil, do Reconhecimento de Pessoas e suas Formalidades Legais no Processo Penal, das Falsas Memórias e do Reconhecimento Fotográfico, do Reconhecimento de Pessoas/Fotográfico e a Jurisprudência. No final, a conclusão da pesquisa é apresentada, mostrando o entendimento da situação enfrentada no Processo Penal Brasileiro em relação aos indivíduos que cometeram crime e as possibilidades que poderão ser adotadas para utilização do Reconhecimento de Pessoas.

2. RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO BRASIL

O reconhecimento de pessoas e coisas está descrito como meios de provas no sistema penal acusatório, no Título VII, capítulo VII, nos artigos 226 a 228 do CPP. É através das provas apresentadas pelas partes que o Magistrado buscará atingir a verdade processual. Para alcançar este objetivo, a verdade processual, o Juiz deve respeitar os princípios constitucionais.

Os princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa devem ser considerados durante o reconhecimento de pessoas, pois este é o meio de

prova formal para identificação de uma pessoa por outrem, com o propósito de comparar e identificar o indivíduo suspeito de ter realizado fatos típicos e ilícitos no passado (Capez, 2019).

O reconhecimento de pessoas realizado no Brasil é anterior ao presencial, ou seja, o acusado será chamado para realizar a prova presencial, somente, se a vítima o indicar como suspeito ou se houver indícios de que o indivíduo a ser identificado participou de alguma forma do fato típico, ilícito e culpável. O reconhecimento presencial é feito em um primeiro momento na delegacia, e posteriormente, em audiência. O acusador poderá utilizar imagens de redes sociais ou álbum de suspeitos, o que perde o controle de qualidade da descrição, pois deixa de analisar várias características do biótipo do suspeito.

Essa análise por imagem e indicação do sujeito como suspeito tem uma série de fragilidades, pois deixam de observar o local que o cidadão se encontrava na hora do crime, as testemunhas possíveis de serem arroladas, ausência de um alinhamento justo (alinhamento do suspeito com outras pessoas), o lapso temporal de memória - que pode estar afetado por alguma circunstância ou situação, além da seletividade penal que vigora na sociedade brasileira. Essa fragilidade, muitas vezes, não é levada em consideração no recebimento da prova e na hora do julgamento, levando a condenações criminais sem embasamento, ou seja, sem provas suficientes. Assim, acaba sendo um instrumento que poderá causar severas arbitrariedades.

O reconhecimento facial no Brasil é realizado em vários momentos da investigação, como citado anteriormente. Essa repetição tem como objetivo sanar possíveis irregularidades. Contudo, do ponto de vista cognitivo, o reconhecimento é um procedimento irrepetível (Matilda e Cecconello, 2021).

O reconhecimento por imagem no Brasil é feito pelo *show-up* e pelo álbum de suspeitos.

No *show-up* fotográfico, apresenta-se uma foto do suspeito à vítima/testemunha, que é solicitada a dizer se é ou não o autor do delito (Stein; Ávila, 2015). Já no álbum de suspeitos, uma pluralidade de indivíduos é apresentada para a vítima ao mesmo tempo, previamente selecionados pelas autoridades policiais.

Não há uma definição específica em relação aos sujeitos que compõem o álbum de suspeitos, assim, não há uma avaliação dos parâmetros para ingresso e exclusão do catálogo policial. Ele é o *start* da investigação criminal, quando se deveriam observar outros requisitos da fase preliminar. Desse modo, o reconhecimento seria mais um recurso material, dentre muitos outros, na investigação criminal (Junior, 2020).

3. RECONHECIMENTO DE PESSOAS E SUAS FORMALIDADES LEGAIS NO PROCESSO PENAL

Ocorre o reconhecimento quando um indivíduo é conduzido a relembrar determinada ocorrência, buscando relacionar ou não a pessoa ou fotografia que está a sua frente com o fato que presenciou ou teve conhecimento. Isso pode ocorrer nas fases do inquérito policial e na audiência de instrução e julgamento, estando descrito nos artigos 226, 227 e 228 do Código de Processo Penal²⁸.

O reconhecimento de pessoa via fotografia é basicamente realizado pelo sentido da visão, e, por isso, deve-se ter muito cuidado na prática de determinado ato, principalmente com relação ao protocolo que deve ser seguido, descrito no artigo 226 do CPP. Observar a praxe nada mais é que respeitar o devido processo legal. Assim, quando a norma não é cumprida, o ato se torna nulo (Cavalcante, 2020).

Com relação à nulidade, o reconhecimento de pessoas é o elo de identificação entre uma pessoa e um determinado fato pregresso, assim, esta conexão não pode se dar

²⁸ 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.

Parágrafo único.

O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

informalmente, por induzimento ou livre iniciativa, seja da autoridade policial ou magistrado, pois estará em confronto com a lei, rompendo com o sistema penal acusatório. Dessa forma, essa prova tornar-se-á ilícita (Cavalcante, 2020).

Ilícita também é a obrigação do indivíduo participar do reconhecimento pessoal, ou seja, a pessoa, ao ser intimada para a realização de um reconhecimento pessoal/fotográfico, não tem o dever de colaborar, pois é um direito seu de defesa, princípio do *nemo tenetur se detegere*, previsto na Constituição Federal e no Pacto de São José da Costa Rica (Junior, 2020).

O princípio do *nemo tenetur se detegere* diz que ninguém é obrigado a constituir prova contra si mesmo, respeitando o devido processo legal ou penal, que é irradiante, pois se desdobra em vários momentos e circunstâncias. Não há na Constituição Federal este princípio expressamente, sendo extraído mais especificamente da Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 8, parágrafo 2, alínea g, que trata das garantias judiciais do direito de ninguém ser obrigado a depor e também de declarar-se culpado²⁹. O exercício deste princípio não pode gerar nenhuma presunção de culpa, ou seja, o indivíduo tem o direito de não se declarar culpado, de não produzir qualquer prova contra si mesmo, de não presumir-se culpado.

Analisando as ADPF's 395 e 444³⁰ e relacionando-as com o princípio *nemo tenetur se detegere*, princípio da não autoincriminação, o denunciado, investigado, acusado, ou o réu não pode vir a ser conduzido coercitivamente à presença da autoridade policial ou judicial, dessa forma, não sendo obrigado também a participar do reconhecimento pessoal. Isso é devido ao direito à não autoincriminação, o direito ao silêncio, direito a recusar-se a depor, seja na investigação policial ou na ação judicial, conforme previsto na Constituição Federal e Código de Processo Penal, que prenuncia o direito de ausência, afastando a eventualidade de uma condução coercitiva.

²⁹ Artigo 8º - Garantias judiciais § 2º. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada

³⁰ ADPF 395 e 444: Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP.

Esse foi o entendimento da maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), que proclamou inconstitucional a condução coercitiva, prevista no artigo 260 do CPP, pois não estava prevista na lei federal. Vejamos:

Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. (Vide ADPF 395) (Vide ADPF 444).

A jurisprudência ratifica esse entendimento. Vejamos:

“RESP. PROCESSUAL PENAL. ATOS PROCESSUAIS. PRESENÇA DO ACUSADO.

1. O comparecimento do réu aos atos processuais, em princípio, é um direito e não um dever, sem embargo da possibilidade de sua condução coercitiva, caso necessário, por exemplo, para audiência de reconhecimento. Nem mesmo ao interrogatório estará obrigado a comparecer, mesmo porque as respostas às perguntas formuladas fica ao seu alvedrio.

2. Já a presença do defensor à audiência de instrução é necessária e obrigatória, seja defensor constituído, defensor público, dativo ou nomeado para o ato.

3. Recurso especial não conhecido.

REsp 346.677/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 10.9.2002”.

Destarte, opcional é o comparecimento da pessoa no inquérito policial e na instrução processual penal, sendo a condução coercitiva um ato ilícito. Caso isso aconteça, as provas obtidas serão consideradas ilegais. Por analogia, há abrangência também na proibição de condução coercitiva para reconhecimento pessoal (Nucci, 2019).

Contudo, o reconhecimento para ser realizado, respeitando o devido procedimento legal, deverá seguir alguns passos, como: o número de pessoas colocadas para análise será de no mínimo 5 (cinco), para obter uma maior confiança e dirimir possibilidade de erro; as pessoas que participarem da análise deverão ter fenótipos semelhantes, sem distinção entre as vestimentas usadas (Junior, 2020). Isso dará maior fidedignidade ao devido processo legal, respeitando todos os atos processuais, normas e padrões estipulados pelo nosso legislador, o

que não dará margem para possível impugnação de ilicitude, ou seja, credibilidade no uso da prova colhida.

3.1 Reconhecimento por fotografia

O reconhecimento fotográfico não pode tomar o lugar do reconhecimento pessoal. O reconhecimento fotográfico só pode ser utilizado em casos excepcionais ou como ato preparatório do reconhecimento pessoal ou quando utilizado como mais um componente no *standart probatório* (Pacelli, 2020). Assim, o artigo 226, inciso I do CPP, apresenta a forma que deve ser realizado o procedimento de identificação, ou seja, a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deve ser reconhecida. Em seguida, conforme inciso II do artigo 226 do CPP, “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”. Por isso, o método de comparação é importante.

Com relação ao civilmente identificado, Segundo a Lei Nº 12.037, de 1º De Outubro de 2009, ele não será submetido à identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei, e a identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos: carteira de identidade; carteira de trabalho; carteira profissional; passaporte; carteira de identificação funcional.

Dessa forma, caso o indivíduo não apresente documento de identificação, como os supracitados, a identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, e até material genético, que poderá ser utilizado como prova.

O reconhecimento fotográfico ainda é assunto de grande discussão, pois muitas vezes produzem “álbuns de identificação” nas delegacias. Apesar de ser um assunto polêmico, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) admite o reconhecimento por fotografia, desde que seja observado o disposto no art. 226 do CPP. Vejamos:

ACÓRDÃO. EMENTA. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECONHECIMENTO REALIZADO EM SEDE POLICIAL. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS INDICIÁRIOS PARA CONFIGURAR OS INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO CONCRETO DE

REITERAÇÃO DELITIVA E GRAVIDADE DOS FATOS. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CNJ. TEMA NÃO ANALISADO PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

Nessa ação de impugnação, o Habeas Corpus não foi deferido, pois no caso em tela ocorreu à apreensão de drogas ilícitas que estavam em posse do paciente, o qual é reincidente no crime de tráfico de drogas. Ademais, foi registrado conversas relacionadas ao tráfico de drogas. Assim, a prisão preventiva foi decretada e fundamentada, observando-se as normas do art. 312 do CPP. Destarte, a prisão cautelar foi baseada em provas além do reconhecimento fotográfico.

Conforme compreende o STJ "o reconhecimento de pessoa, na fase inquisitorial, somente é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observada as regras do art. 226 do CPP e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa”.

Além do reconhecimento fotográfico, a prova pericial pode basear-se nos exames de DNA, dactiloscópicos, palatoscopia, a queiloscopia e genética (Junior, 2020). Todos esses recursos poderão ser utilizados para ajudar no reconhecimento de pessoas.

Uma importante observação é que, após o reconhecimento por fotografia, não é recomendável realizar o reconhecimento pessoal, pois poderá gerar dúvidas com relação a identificação. Por isso, secundário a chance de gerar confusão, deve-se evitar o reconhecimento fotográfico, mesmo sendo utilizado como ato preparatório (Nucci, 2019).

3.2 Identificação e formas de reconhecimento pessoal

Há muitas variantes que moldam a qualidade da identificação, tais como o tempo de exposição da vítima ao crime e de contato com o agressor; a gravidade do fato; o intervalo de tempo entre o contato e a realização do reconhecimento; as condições ambientais; as características físicas do agressor; as condições psíquicas da vítima; a natureza do delito, enfim, todo um feixe de fatores que não podem ser desconsiderados (Matida e Ceconello, 2021; Vailate e Vailete, 2020).

Uma importante variante que interfere diretamente na identificação do indivíduo que praticou o crime é a presença de arma de fogo ou arma branca, pois elas tiram a atenção da

vítima, que acaba não reparando no infrator. Outra variável que deve ser levada em consideração é a que diz respeito à teoria do etiquetamento, pois possui alta persuasão na compreensão do crime, uma vez que o cidadão, seja ele vítima ou testemunha, tem uma inclinação ao reconhecimento baseado nas características fenotípicas (Junior, 2020).

Assim, secundário a essas variáveis supracitadas, a forma que se realiza o procedimento é de extrema importância. Existem duas formas de reconhecimento pessoal: simultâneo e sequencial. O Código de Processo Penal Brasileiro (CPP) assumiu o sistema simultâneo, em que todos os membros são mostrados ao mesmo tempo. Já no reconhecimento sequencial, os indivíduos são apresentados um por vez e, para cada um, é solicitado ao cidadão, testemunha ou vítima que, antes de ver o próximo suspeito, responda se foi esse o autor do crime ou não (Oliveira, 2021; Vailate e Vailete, 2020).

A psicologia judicial tem recomendado preferencialmente a adoção do reconhecimento sequencial, em oposição ao simultâneo, pois aquele é mais fidedigno, tendo menor probabilidade de erro. Além disso, sugere a adoção de reconhecimento diverso, ou seja, com a presença e sem a presença do suspeito, diminuindo assim a indução da vítima ao praticar determinado ato (Oliveira, 2021).

O professor Aury Lopes Junior, (2020), sugere que nos reconhecimentos feitos na fase policial o investigador do caso não esteja presente. A pessoa que conduz o reconhecimento não pode fazer parte do grupo que realiza a investigação. O que se pretende é criar condições para que a vítima ou testemunha sofra o menor nível de indução ou contaminação possível.

4. AS FALSAS MEMÓRIAS

O ambiente deve ter as condições adequadas para que a vítima ou as testemunhas não sejam induzidas a produzir o fenômeno das falsas memórias, amplamente investigado na esfera da psicologia jurídica, mais notadamente na área da psicologia do testemunho, e é muito ligado ao reconhecimento de pessoas no processo penal.

Ao conceituar o que é a memória, o neurocientista Ivan Izquierdo (2018), nos diz que a “memória significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações”. Este autor também sustenta que a aquisição é a capacidade de gravar através da aprendizagem e a evocação serve para relembrar uma experiência que foi vivenciada. Todavia, salienta-se que o

armazenamento e a recordação da memória sofrem influências da condição atual do estado de humor e de emoção (Pergher, 2006).

As memórias são obtidas através de variados sistemas sensoriais (audição, visão, olfato etc.) sendo sujeitas a interferências externas e também internas, porquanto não há assentamento imediato na sua forma definitiva logo após a obtenção. Sendo assim, é imprescindível o processamento da nova informação por etapas para que haja a retenção. Por isso, devido à vasta quantidade de conhecimentos obtidos durante a vida, as imagens, os sons e os cheiros, por exemplo, não são fixados na memória de maneira totalmente nítida, de maneira igual como aparecem na vida real, e isso se deve aos fatores externos e também aos internos, incluindo aqui as emoções que a pessoa que se lembra associa àquela memória, influenciando no modo como essa lembrança é guardada (Fraga, 2020).

As falsas memórias, portanto, não são fantasias tecidas pela mente humana, mas sim são semelhantes às memórias reais, tanto cognitiva quanto neurofisiologicamente. Elas são a capacidade que o cérebro humano tem de lembrar-se de situações que de fato não ocorreram, ou que ocorreram de maneira distinta ao que fora gravado no cérebro, pois a mistura de diversas lembranças, somadas à exclusão parcial de algumas delas, podem levar ao surgimento das falsas memórias. Essas falsas lembranças podem ser extraordinárias e bem detalhadas e até mesmo mais vívidas que as memórias mais fiéis do indivíduo (Fraga, 2020).

No âmbito do processo penal, as provas que dependam da evocação da memória não devem ser valoradas em sua integridade, pois a memória, como já sabemos, é sujeita a modificações devido às influências externas e internas, bem como o passar do tempo, criando-se, portanto, falsas recordações. Aqui, contudo, também cabe fazer uma distinção importante entre as falsas memórias e as mentiras: as primeiras são semelhantes às memórias verdadeiras, mas, via de regra, estão em desconformidade com o que aconteceu realmente, enquanto as últimas, por sua vez, são realizadas de forma consciente (Nucci, 2019).

A literatura especializada classifica as falsas memórias entre espontâneas ou sugeridas. As espontâneas, também chamadas de endógenas ou autossugeridas, referem-se às recordações distorcidas internamente como um processo típico do funcionamento da memória. Já as sugeridas são lembranças alteradas por influências externas, isto é, ocorrem depois que o evento foi memorizado. Isso ocorre, por exemplo, quando um terceiro indica

uma nova informação seja ela verdadeira ou falsa que se junta a anterior, e daí advém a sugestão da falsa informação (Stein, 2010).

Quanto aos eventos emocionais, a memória costuma ser mais vívida e detalhada e há quem acredite que, por haver uma carga emocional, o indivíduo irá fixar com acurácia e recordar-se-á de todos os detalhes. Entretanto, tal consideração, no que concerne aos delitos, não ocorre dessa forma, já que devido a ampla carga de emoção e estresse em um evento traumático, ocorre um estreitamento da memória para as características centrais do fato, sendo suscetível a origem de falsas lembranças. Como exemplo, os crimes cometidos com o emprego de arma de fogo em que a visão da vítima fica quase que exclusivamente direcionada para o objeto que ameaça a sua vida e não para as características físicas do agente, estabelecendo um foco na arma. Diante disso, após o ato raramente a vítima terá sólidas recordações acerca do ocorrido e, a partir disso, originar-se-ão desinformações e falsas memórias (Fraga, 2020).

4.1 Memórias e o reconhecimento fotográfico

O notório doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2019), ao falar sobre o tema, sustenta que o reconhecimento fotográfico deva ser analisado com muito critério e cautela, pois o reconhecimento de uma pessoa por intermédio de uma visualização de fotografia pode não ser fiel a realidade, dando margem a diversos equívocos e erros. O reconhecimento por fotografia deve ser considerada uma prova indireta, configurando apenas um indício. Se o procedimento for desempenhado de acordo com o que está escrito no artigo 226 do CPP, tornar-se-á mais confiável, embora nunca deva ser absoluta essa maneira de reconhecimento.

Como o cérebro humano recebe diversas informações ao longo da vida, não é possível armazenar nenhuma imagem em formato fotográfico de qualquer coisa que tenhamos observado ou presenciado, como por exemplo, pessoas, animais e objetos. Isso ocorre devido à falta de espaço na memória, ocasionado devido ao grande fluxo de estímulos recebidos. (Fraga, 2020)

De modo similar, deve-se considerar que a reprodução de alguma recordação resulta em uma compreensão parcial, em que sua similitude com os fatos dependerá das circunstâncias em que as imagens foram captadas e estão sendo relembradas, uma vez que as memórias

sofrem alterações em razão da passagem do tempo, da idade ou das experiências do indivíduo.

Sendo assim, a realização do reconhecimento por fotografia através de uma amostragem fotográfica gera uma memória imagética no reconhecedor e, diante disso, um confronto entre as recordações do ato e as fotos apresentadas, dificilmente levará a um convencimento contrário da parte devido à deturpação originada pelo efeito da indução. Isso acontece porque a vítima/testemunha exerce o ato probatório com a certeza de que as autoridades somente lhe expõem as fotografias por estarem convictos de que o autor do crime está presente em alguma daqueles retratos (Matida e Cecconello, 2021). No entanto, na prática, não é isso que se sucede, porquanto a parte tenta não frustrar a expectativa criada pela autoridade responsável e, por conta disso, aponta de modo aleatório a foto em que o indivíduo retratado seja o mais próximo das características do agente.

Além disso, não se pode olvidar que a expectativa criada pelo reconhecedor tende a ser enviesada e situações em que os estereótipos culturais (sexo, raça, classe etc) estejam presentes são comuns que influenciem na hora de apontar o autor do delito. Isto posto, denota-se que há uma “crença” de que um belo rosto não comete crimes, contudo, uma pessoa com um rosto menos atrativo ou com cicatrizes ou tatuagens, tende a ser reconhecida na maioria das vezes. E não podemos esquecer que quando os crimes são de cunho patrimonial, a classe social e a raça são características empregadas com espantadora regularidade na imputação de delitos (Dias, 2020).

Sendo assim, as autoridades devem adotar a prática de informar aos reconhecedores que provavelmente o responsável pelo delito pode ou não estar entre os indivíduos apresentados nas fotografias. Com isso, evitam-se reconhecimentos equivocados e indutivos. Além do mais, o modo como a autoridade irá direcionar o ato probatório é fundamental para a sua credibilidade e, por isso, é necessário a adoção de técnicas com o objetivo de impedir a instigação da autoria.

Quanto às técnicas, ressalta-se que primeiramente deve a autoridade viabilizar um ambiente receptivo para que a parte se sinta tranquila e narre o maior número possível de informações e que preferencialmente tudo seja gravado por áudio ou vídeo. Desse modo, antes da produção da prova deve o reconhecedor descrever preliminarmente as características

do suposto agente, para que, mais adiante, um confronto entre as informações relatadas seja feito (Matida e Cecconello, 2021).

Convém lembrar a observação das circunstâncias e qual o período que a parte ficou visualizando a pessoa, bem como não fazer questionamentos sugestivos. Também é recomendado que, durante a realização do ato probatório, seja a parte reconhecedora questionada sobre o seu grau de certeza do reconhecimento executado. Todavia, se o ato probatório for efetuado durante a fase preliminar não deverá ser dirigido pelo investigador, para que assim, não haja instigação à autoria.

Por outro lado, devido ao reconhecimento por fotografia, outro efeito prejudicial à memória aparece: a redução da percepção de características que seriam descobertas caso o ato fosse executado pessoalmente, levando em conta que o reconhecedor estará limitado ao que está sendo mostrado na imagem. Diante disso, estará prejudicada a identificação de características inerentes ao acusado, visto que existem casos em que a imagem é somente do rosto, por exemplo, sem que haja a possibilidade de verificar a altura, alguma expressão ou sinal etc (Fraga, 2020).

Enfim, mesmo diante das possíveis influências e falhas, as autoridades judiciárias e policiais ainda possuem elevada confiança no reconhecimento de pessoas, sendo considerado um ato probatório fundamental e decisivo para o deslindamento processual. Destarte, basta que o reconhecedor dê certeza ao que fora reconhecido para que sejam desconsideradas outras provas e linhas de investigação que poderiam proporcionar um exame mais acurado do caso e, talvez, até poder-se-ia absolver o acusado.

Além do mais, é importante pôr em relevo, como já visto que existem diversos fatores que ratificam a sugestibilidade e à indicação errônea, como a seleção de fotos que não apresentam indivíduos com características físicas semelhantes; a falta de similitude nos formatos das fotografias; a “pressão” para que o reconhecedor aponte uma foto e, é claro, a suposta convicção acerca da autoria que pode muito bem ser uma falsa memória (Matida e Cecconello, 2021).

Por tais motivos, o reconhecimento fotográfico não deve ser considerado como fundamento único em uma sentença condenatória, visto que se trata de um ato que depende

exclusivamente da memória do reconhecedor, que poderá estar em desconformidade com o que aconteceu de verdade, sem contar que o indivíduo responsável pelo reconhecimento do autor do delito pode ser sugestionado e/ou ser pressionado. Além do mais, por ser um meio de prova que só leva em conta características físicas do reconhecido, constitui-se um meio de prova deficitário, motivo que urge a atuação do legislador para que se estabeleça um novo procedimento que minore o número de equívocos e induções (Fraga, 2020).

5. RECONHECIMENTO DE PESSOAS/FOTOGRAFICO E A JURISPRUDÊNCIA

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é que o reconhecimento fotográfico não serve como prova exclusiva para condenar. Para haver condenação precisa ter outros elementos probatórios, ou seja, provas independentes e íntegras, que comprovem a materialidade do delito, como a prisão em flagrante, testemunho, apreensão de objetivos roubado em um possível furto, impressões digitais, etc. O conjunto das provas que irá fornecer os elementos para o convencimento do juiz, conforme artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal (CF) e o artigo 155, parágrafo único do Código de Processo Penal (CPP)³¹. Lembrando que, o reconhecimento fotográfico é apenas um procedimento prévio ao reconhecimento de pessoas.

Como citado anteriormente, para que haja condenação do réu, têm que observar o devido processo legal, ou seja, o que está descrito no artigo 226 do CPP, o qual demonstra: a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento descreva a pessoa que deva ser reconhecida; e que o suspeito seja colocado, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la.

O ministro Rogerio Schietti recomendou normas de procedimento, para serem seguidas no reconhecimento fotográfico. Vejamos:

³¹ CF/88 Art. 93, inc. IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

CPP Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil

1. O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime
2. À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo
3. Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento
4. O reconhecimento do suspeito por mera exibição de fotografia(s), ao reconhecer, 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

O ministro Rogerio Schietti ainda fez uma crítica ao reconhecimento fotográfico: "É uma prova colhida inquisitorialmente, sem a presença de advogado, do juiz, do Ministério Público. Não tem ninguém para fiscalizar esse ato. O que se faz não é reconhecimento. É a confirmação de um ato processual. É uma prova indireta".

Assim, não tem justificativa, o desrespeito às normas processuais. Vejamos alguns julgados que demonstraram ser a prova inválida para condenação, por não ter respeitado o devido processo legal, ou seja, o devido procedimento do artigo 226 do CPP.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. IMAGENS ENCAMINHADAS À VÍTIMA VIA WHATSAPP. INOBSERVÂNCIA, NO CASO, DO DISPOSTO NO [ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL](#). FRAGILIDADE PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE OUTRA FONTE MATERIAL VÁLIDA E INDEPENDENTE DE PROVA. LEADING CASE DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. [HC 598.886/SC](#), REL. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ. CONDENAÇÃO QUE DEVE SER AFASTADA. LIMINAR RATIFICADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. (STJ; [HC 697.790](#); Proc. 2021/0316907-4; SC; Sexta Turma; Relª Min. Laurita Vaz; Julg. 09/11/2021; DJE 18/11/2021

Neste Habeas Corpus, o STJ deferiu a liminar requerida pelo paciente, pois considerou nulo o reconhecimento fotográfico realizado por meio do aplicativo Whatsapp. Além das imagens utilizadas, não houve conhecimento de mais provas que confirmasse indícios de

autoria, para condenar o recorrente. Em acréscimo, às normas de identificação não foram obedecidas, as quais estão descritas no art. 226, do CPP e na jurisprudência.

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Já nessa outra ação autônoma de impugnação, a liminar foi parcialmente deferida. Os nobres julgadores verificaram que o reconhecimento de pessoas só é válido na etapa inquisitorial se obedecer às normas do art. 226 do CPP, juntamente com à adição de outros tipos de prova, sempre respeitando o contraditório e ampla defesa. Se tal procedimento não for respeitado, a prova é nula, não podendo ser utilizada, mesmo quando confirmada posteriormente em juízo.

Contudo, apesar de o reconhecimento fotográfico não fundamentar a condenação criminal, ele pode alicerçar a prisão preventiva, pois para a decretação da mesma, só é necessário ter indícios suficientes de autoria, conforme artigo 312 do CPP³². A jurisprudência do STJ corrobora com esse entendimento que, o reconhecimento fotográfico fundamenta a prisão preventiva. Vejamos:

³² Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

HABEAS CORPUS MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA DEMONSTRADOS POR ELEMENTOS IDÔNEOS. ALEGAÇÃO DO IMPETRANTE QUE EXIGE JUÍZO DEFINITIVO DO MÉRITO DA AÇÃO PENAL. MOMENTO INADEQUADO PARA O DESATE DA QUESTÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTES. SUPOSTA AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE ENTRE A ORDEM DE PRISÃO E O EFETIVO CUMPRIMENTO DO MANDADO. AUSÊNCIA DE DESÍDIA ESTATAL. PARTICULARIDADES DO CASO QUE JUSTIFICAM O LAPSO TEMPORAL DECORRIDO. MODUS QUE IMPLICA A NECESSIDADE DE RESGUARDAR OPERANDIA ORDEM PÚBLICA. EVIDENCIADO.

PERICULUM LIBERTATIS COMPORTAMENTO DO PACIENTE QUE COMPROVA A INSUFICIÊNCIA DA IMPOSIÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR MENOS GRAVOSA.

CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZAM A REVOGAÇÃO DA PRISÃO. DENEGADO. HABEAS CORPUS

Referente a esse Habeas Corpus, foi consignado que a prisão cautelar é indispensável, porque havia risco à paz social. No caso em tela, as vítimas identificaram o paciente e demais corréus, os quais usaram violência e grave ameaça. Por isso, a prisão preventiva foi adequada, sendo justificada a sua utilização. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE. RÉU REINCIDENTE E QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIAS POR CRIMES GRAVES. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DE CESSAR A REITERAÇÃO DELITIVA. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DESÍDIA ESTATAL. PANDEMIA.

RECOMENDAÇÃO N. 62. NÃO OCORRÊNCIA.

O Recurso Ordinário não foi provido, pois a prisão preventiva fundamentou-se com base no art. 312 do CPP. Assim, a prisão cautelar foi justificada pela ratificação do modus operandi utilizado e o risco que o agente apresentava à sociedade, secundário aos seus antecedentes criminais.

(RHC 140.433/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 10/03/2021, grifei) PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS.

ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO PESSOAL. ALEGADA NULIDADE POR AUSÊNCIA DE ASSINATURA DAS TESTEMUNHAS. HIGIDEZ DO ATO. EIVA NÃO CONFIGURADA. PRISÃO PREVENTIVA.

MODUS OPERANDI. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INSUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(STJ - HC: HC 651.595 PR 2021/00738050-8 - Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO. Data de Publicação: DJ 24/03/2021)

Já neste último julgado, observou-se que os atos processuais que desrespeitam as regras legais são nulos. Contudo, no caso concreto, não ocorreu nulidade no reconhecimento de pessoas, já que o processo legal foi respeitado. A prisão cautelar foi fundamentada, conforme arts. 282 e 312 do CPP. Assim, o Agravo regimental foi desprovido e o pedido de medida liminar indeferido.

Embora o reconhecimento do suspeito de um crime por mera exibição de fotografias não seja suficiente para embasar condenação criminal, ele serve para fundamentar o decreto de prisão preventiva, situação que exige apenas indícios suficientes de autoria da conduta delituosa.

CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, o reconhecimento de pessoas embora constitua meio de prova amplamente utilizado no Processo Penal Brasileiro, demonstra não ser um método confiável para se indicar a autoria de um crime, pois é constituído por elementos que maculam a sua credibilidade. Entre estes elementos estão a forma de como é conduzido o reconhecimento e as falsas memórias.

Assim, por se tratar de uma prova que depende única e exclusivamente da falível memória humana, para que seja utilizada e devidamente valorada em um processo criminal, ela necessitará de uma rigorosa análise ratificada por outros meios de prova mais confiáveis, conforme entendimento jurisprudencial, com o intuito de se examinar se o procedimento executado pela parte reconhecedora é ou não é confiável.

Conforme fora discorrido no texto, as falsas memórias comprometem esse tipo de prova no que concerne ao seu conteúdo. Devido ao resultado de uma complexa junção de

memórias verdadeiras com sugestões trazidas por terceiros ou desenvolvidas internamente, após a produção elas são relatadas de maneira convincente sendo difícil distinguir o que ocorreu de verdade e o que não foi. Também não se pode olvidar que o reconhecedor pode se sentir pressionado a dar uma resposta a autoridade e, com isso, fazer um apontamento equivocado.

Portanto, o reconhecimento de pessoas deve seguir critérios específicos, respeitando as formalidades procedimentais demonstradas no artigo 226 do CPP, pois além de ser um meio de prova importante dentro do *standart probatório*, ele deve auxiliar o trabalho do poder judiciário para que não ocorra erros e/ou injustiças que levarão a uma possível privação de liberdade.

Sendo assim, o uso desse meio de prova deve ser repensado e, caso continue mantido, que seja feita uma reforma legislativa do instituto, para que os erros sejam minorados e que a indiquem como meio de prova residual, sendo parte de um conjunto probatório a ser utilizada apenas em caso de fundada necessidade, quando os demais meios de prova disponíveis mostrarem-se insuficientes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05/12/2021.

BRASIL. **Identificação Criminal do Civilmente Identificado**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm> . Acesso em: 05/12/2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 651595/PR**. Processo 2021/0073850-8. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1273329929/habeas-corpus-hc-651595-pr-2021-0073850-8/inteiro-teor-1273329944>>. Acesso em 06/12/2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 651595/SC**. Processo 2021/0316907-4. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1302117111/habeas-corpus-hc-697790-sc-2021-0316907-4>>. Acesso em 07/12/2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05/12/2021.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O art. 226 do CPP estabelece formalidades para o reconhecimento de pessoas (reconhecimento pessoal). O descumprimento dessas formalidades enseja a nulidade do reconhecimento?**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d17e6bcbcef8de3f7a00195cfa5706f1>>. Acesso em: 07/12/2021.

DIAS, Camila Cassiano. **“Olhos que condenam”: Uma autoetnográfica do reconhecimento fotográfico no processo penal**. Revista da AJURIS QUALIS A2, [S. L.], v. 47, n. 148, p. 329-356, 2020. Disponível em: <<https://revistadaajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1153>>. Acesso em 06/12/2021.

FRAGA, Clarice Lessa de. **A influência das falsas memórias no reconhecimento fotográfico**. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/08/clarice_fraga.pdf>. Acesso em 06/12/2021.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. Porto 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. p. 01.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2020. 770 p.

MATIDA, Matida; CECCONELLO, William Weber. **Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 409-440, jan.-abr. 2021. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/350369214_Reconhecimento_fotografico_e_presuncao_de_inocencia>. Acesso em: 06/12/2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 16ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2019. 1318 p.

PERGHER, G. K. *et al.* Memória, humor e emoção. **Rev. psiquiatr. Rio Gd. Sul**, Porto Alegre, v. 28, n. 1, p. 61-68, abr. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010181082006000100008&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 06/12/2021.

OLIVEIRA, Laura Denise, REIS, Lidianie Maurício. **Reconhecimento de pessoas no processo penal e suas lacunas: como o juiz de garantias pode evitar a condenação de inocentes?** *Dialógos Internacionais na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL*, p. 88-98. Disponível em: <https://fdcl.com.br/site/wp-content/uploads/2021/07/Volume_4.pdf>. Acesso em: 06/12/2021.

QUEIROZ, Josy Stephany da Silva. **As consequências do erro no reconhecimento de pessoas no processo penal aplicadas a casos concretos**. 2019. 54 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/49307/1/2019_tcc_jssqueiroz.pdf>. Acesso em: 07/12/2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020

TRATADO INTERNACIONAL. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 05/12/2021.

STEIN, L. M. *et al.* (org). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 25-26.

TÁVARA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

VAILATE, Gabrielle; VAILATE, Willian. **A Fragilidade do Reconhecimento de Pessoas como Meio de Prova no Processo Penal Brasileiro**. *Revista Científica Eletrônica. Academia de Direito*. Editora UNC. V. 2, P. 513-535, 2020.

VITAL, Danilo. **Reconhecimento por fotografia não serve para embasar condenação, diz STJ**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-27/reconhecimento-foto-nao-embasar-condenacao-stj>> Acesso em: 06/12/2021.

DIREITO, LITERATURA E MEMÓRIA SOB O OLHAR DE “TORTO ARADO”: REFLEXÕES SOBRE A QUESTÃO AGRÁRIA, RELAÇÕES RACIAIS E DE GÊNERO NO CAMPO

Sara Cortês³³

Maria Luiza Silva Oliveira³⁴

RESUMO: O presente artigo discute a violência contra comunidades quilombolas e suas interseções com a violência de gênero, evidenciando os desafios enfrentados por essas populações na luta pela regularização fundiária e no acesso à justiça. O estudo parte do reconhecimento histórico e jurídico das comunidades remanescentes de quilombos, considerando o papel do Decreto 4.887/2003 e os entraves burocráticos que dificultam a titulação das terras quilombolas. A partir de uma análise de conflitos territoriais, como os casos da Comunidade Boa Vista e da Comunidade do Rio das Rãs, a pesquisa destaca as violações sistemáticas de direitos e os impactos da violência estrutural sobre essas populações.

Palavras-chave: Quilombolas. Violência de gênero. Regularização fundiária. Direitos Humanos. Justiça social.

ABSTRACT: This article discusses violence against quilombola communities and its intersections with gender-based violence, highlighting the challenges faced by these populations in the struggle for land regularization and access to justice. The study starts from the historical and legal recognition of the remaining quilombos communities, considering the role of Decree 4.887/2003 and the bureaucratic obstacles that hinder the titling of quilombola lands. Based on an analysis of territorial conflicts, such as the cases of the Boa Vista and Rio das Rãs communities, the research highlights systematic violations of rights and the impacts of structural violence on these populations.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breve anotações teórico metodológicas; 3. Dimensões políticas da violências no campo; 4. Violência contra as mulheres no campo: um olhar a partir de torto arado; 5. A violência contra as comunidades quilombolas; 6. considerações finais; referências.

³³ Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e doutorado em Ciências Sociais pela UFBA. Atualmente, é professora associada II, Coordenadora do Grupo “Direito, Justiça e Terra”.

³⁴ Graduanda em Direito, membro do Grupo de Estudo “Direito, Justiça e Terra”.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo está sendo escrito em período pós-pandêmico e por isso optamos por iniciar com inspiração na força e alegria da resistência quilombola, com algumas falas de esperança de mulheres quilombolas que, ainda na pandemia, quando, em 2021 foram questionadas: E quando a Pandemia acabar?

Quando isso passar tem muitas coisas que quero fazer, pisar na faculdade e ver meus amigos, retomar minha vida normal, dar valor à família. Agora a gente tira a conclusão de que estar perto de quem gosta é uma das melhores coisas. Auriele Viana Salgado, Quilombo Jauari (Oriximiná).

Quando isso passar, eu quero fazer todas as coisas boas que a gente tinha costume de fazer, as nossas festividades tradicionais, nossas reuniões e encontros que eram maravilhosos. A nossa reunião com a associação de mulheres. E tem tanta coisa boa para a gente fazer que dentro desse ano a gente nunca mais fez. Se aglomerar, abraçar o amigo, poder respirar um ar diferente, como a gente estava acostumado, que esse vírus tirou a nossa paz. Elaine Salgado, Quilombo Boa Vista do Cuminã (Oriximiná).

Quando terminar a pandemia quero voltar aos estudos. Quero estudar geografia. Ânisse Garcia dos Santos, Quilombo Tapagem (Oriximiná).

Quando tudo isso passar eu quero fazer uma festa com todos os quilombolas, para a gente brincar, dançar e gritar: nós vencemos! Quero voltar ao trabalho de antes, voltar às reuniões, voltar aos encontros. Os nossos problemas só estão aumentando porque a gente nunca mais se reuniu, quero encontrar todos os quilombos e também vocês da Comissão Pró-Índio, eu sinto falta.” Nilza Nira Melo de Souza, Quilombo Jauari (Oriximiná). (Bellinger, Andrade, 2021, p. 93 e segs)

Estamos aqui relatando de algum modo o que foi pesquisado neste período de pandemia. Este artigo tem por intuito iluminar as íntimas vinculações entre a violência no campo intensificada na última década e a violência contra mulheres negras, considerando estas como condenadas da terra, a partir da leitura da obra *Torto Arado* de Itamar Vieira Júnior. Do ponto de vista metodológico quando vista por uma sociologia “desde abajo” pode-se afirmar que a violência contra mulheres no campo é produto da agência de classe da oligarquia agrária (Ribeiro, Silva, 2022). Para tanto, pretende visualizar o incremento da violência doméstica no campo, sinalizando as modulações específicas e considerando perspectivas teóricas críticas no campo das relações raciais e de gênero, pretende-se problematizar como as dinâmicas do terror racial (Flauzina, 2020) no aniquilamento físico

e cultural de comunidades rurais inteiras têm potencializado as práticas de violência doméstica contra as mulheres negras. Como primeira perplexidade podemos perguntar por que Belonísia sai da casa dos pais? Por que mesmo tendo muita habilidade e vontade em tratar com a terra não tem sua própria terra?

2. BREVES ANOTAÇÕES TEÓRICO METODOLÓGICAS.

Tomamos como método o resgate da memória, no jogo com a consciência, aqui apoiada na literatura. Lélia Gonzalez nos ajuda, seja a pensar a relação consciência e memória, quando afirma que “se a gente detém o olhar em determinados aspectos da chamada cultura brasileira” a gente saca que em suas manifestações mais ou menos conscientes ela oculta, revelando, as marcas da africanidade que a constituem, e “a gente também pode apontar pro lugar da mulher negra nesse processo de formação cultural, assim como os diferentes modos de rejeição/integração de seu papel.” (Gonzalez, 1984, p. 226) Assim diferencia a autora

Por isso, a gente vai trabalhar com duas noções que ajudarão a sacar o que a gente pretende caracterizar. A gente tá falando das noções de consciência e de memória. Como consciência a gente entende o lugar do desconhecimento, do encobrimento, da alienação, do esquecimento e até do saber. É por aí que o discurso ideológico se faz presente. Já a memória, a gente considera como o não-saber que conhece, esse lugar de inscrições que restituem uma história que não foi escrita, o lugar da emergência da verdade, dessa verdade que se estrutura como ficção. Consciência exclui o que memória inclui. Daí, na medida em que é o lugar da rejeição, consciência se expressa como discurso dominante (ou efeitos desse discurso) numa dada cultura, ocultando memória, mediante a imposição do que ela, consciência, afirma como a verdade. Mas a memória tem suas astúcias, seu jogo de cintura: por isso, ela fala através das mancadas do discurso da consciência. O que a gente vai tentar é sacar esse jogo aí, das duas, também chamado de dialética. (Gonzalez, 1984, p. 226)

Considerando que a obra literária é uma forma de captura da memória e (re)instituição imaginária dos sujeitos, afirmamos que a luta pela terra no Brasil, pode ser lida a partir da obra literária “Torto Arado” de Itamar Vieira Júnior de um modo original, tendo em vista dois fatores: 1) fator sociológico, nos últimos anos, as comunidades afro-americanas e os grupos étnicos têm tido maior visibilidade enquanto sujeitos de múltiplos reconhecimentos normativos, devido às suas lutas pelo resgate de territórios e de respeito ao seu estilo de vida; 2) fator epistemológico, pois a inteligibilidade da luta pela terra pode ser feita a partir do olhar sobre a violência contra mulher. Quando tratamos das mulheres

quilombolas, temos que primeiramente adentrar num breve estudo sobre o grupo de pertencimento dessas mulheres, ou seja, as comunidades quilombolas, para posteriormente adentrarmos na sobreposição tríplice que se afigura para elas: gênero, raça e pertencimento a uma população tradicional, (Souza; Araujo, p.1)

Seguimos no campo do direito e literatura os caminhos metodológicos de Pedro Lima (2020), em artigo, na Revista CAJU, intitulado “Torto arado: a terra pode ser nós”. Neste texto o autor informa que a obra age no sentido de investigar a produção da memória e afetos a partir da terra, entremeando identidade e religiosidade em uma narrativa que não aparta o político do lírico, algo anunciado na passagem de *Lavoura arcaica*, de Raduan Nassar, escolhida como epígrafe pelo autor : “A terra, o trigo, o pão, a mesa, a família [a terra]; existe neste ciclo, dizia o pai nos seus sermões, amor trabalho, tempo”. (Naasar apud Lima).

No campo da Sociologia Mario Theodoro em recente obra “A sociedade Desigual: racismo e branquitude na formação do Brasil aponta que “A repressão à população pobre e negra prosperou no século XIX, tendência que não foi revertida com a Proclamação da República” ficando “a ordem para o negro e o progresso para o branco”. Sendo assim ainda segundo o autor “Esse é o maior castigo a que podem ser submetidos movimentos sociais e políticos: serem equiparados aos negros e tratados como tais. Isso ocorre, por exemplo, com movimentos que reivindicam terras para os trabalhadores, na perspectiva de uma reforma agrária”(THEODORO, 2022, p. 288).

Esse romance “Torto Arado” nos mostra, pelo olhar da comunidade, descrevendo um modo de vida e de apropriação do território, e a partir da narrativa feita por Mulheres, esta branquitude que em geral são supostos “proprietários, quase anônimos mas definidores do desenrolar dos fatos – pela violência - na obra. Os supostos donos da Fazenda, possuem um registro – um vínculo jurídico formal – mas não mais o direito de propriedade legítimo e, muito menos, a posse da terra. Mesmo assim, na prática forense - e na obra - vemos estes acionarem os quilombolas para obterem liminar de reintegração de posse (BRASIL, CPC) sem ter a posse do território. A consciência dessa distinção na obra entre propriedade e posse e o modo como são mobilizados memória e identidade pelos personagens consiste em um ponto de inflexão no livro. Não há silêncio e resignação diante da injustiça e da violência. Em *Torto arado*, a relação com a terra adquire outras conotações, nuances e ambiguidades. Assim podemos concluir que a dimensão social e coletiva é remodelada

pelas singularidades, dramas, memórias e desejos de cada personagem, que passam a se perceber em perspectiva, enquanto atores da epopeia brasileira nutrida pela desigualdade e pelo racismo. (LIMA, 2020) Pretende-se debater as implicações sociais, econômica e culturais da permanência da concentração fundiária e agrária como questão não resolvida após a escravidão pelos mecanismos institucionais e normativos de perpetuação do racismo, e por outro lado perceber as lutas de resistência por um modo de existência e relação com a terra das comunidades e povos do campo.

3. DIMENSÕES POLÍTICAS DA VIOLÊNCIA NO CAMPO

As lutas sociais, envolvendo o acesso à terra, não são uma novidade no Brasil (MEDEIROS, 1988) e na Bahia. O debate sobre a questão agrária no Brasil tem uma trajetória histórica de longas datas, tema esse tratado por uma farta literatura e sob diferentes matrizes teóricas (LUSTOSA, 2012, p. 19). Entretanto, atualmente, o próprio poder judiciário, por meio do CNJ, admite e mapeia esse cenário e as possibilidades de se recorrer ao judiciário são maiores do que no passado. Isso não significa que os conflitos não ocorram efetivamente fora dessa esfera jurídica, opondo nos espaços sociais proprietários e não proprietários, classes sociais no campo. Além disso, na prática isso se tem caracterizado pelo uso da violência, a exemplo de ameaças e assassinatos, como mostram os dados da Comissão Pastoral da Terra. No Relatório 2009 sobre a Violência contra os povos indígenas no Brasil, consta que “na Bahia foram registrados 7 homicídios, 6 destes vitimando indígenas do Povo Pataxó, na região de Coroa Vermelha” e que “um dos casos envolve 5 Tupinambá, presos e gravemente agredidos por ação de agentes da polícia Federal, causando-lhes significativas lesões corporais, típicas da prática de tortura” (GUIMARÃES, 2009,)

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no tema relativo a homicídios, apoiando-se, unicamente nos “Dados fornecidos diretamente pelo Setor de Documentação da Secretaria Nacional da CPT”, publicou, em 2010, o “Relatório sobre a situação dos conflitos fundiários no Brasil (2008)”, atestando que sobre

Julgamentos nos casos de Homicídios: Um dos dados existentes que nos traz grande preocupação no âmbito de atuação do Judiciário é o baixo número de casos de homicídios julgados num período de 23 anos. Dos 1129 casos de conflitos com mortes que vitimizaram 1.521 pessoas, apenas 85 foram julgados. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2008, p. 25)

Apenas 19 mandantes foram condenados. Na Bahia, nesse período (1995- 2008), foram 81 casos com 97 vítimas de homicídio, apenas 2 casos julgados e nenhum mandante condenado, apenas 1 executor condenado. Ressalto, aqui, não apenas a violência nua e crua dos dados já muito conhecidos e que se repetem, não cessam, não diminuem, como não diminui a impunidade, mas o fato de a primeira sistematização feita pelo próprio Poder Judiciário ser apenas do ano de 2008.

Os números dos Relatórios da Comissão Pastoral da Terra (CPT) dão conta de mostrar como há um novo cenário pós-golpe que vem se traduzindo em agravamento da violência no campo. Entre 2011 e 2015, foram registrados 6.737 conflitos no campo, envolvendo mais de 3,5 milhões de pessoas. No período seguinte, de 2016 a 2021, esses números subiram a 10.384 conflitos, que atingiram 5,5 milhões de pessoas, confirmando que o golpe contra de Dilma Rousseff teve também, por efeito, o aprofundamento de uma política antirreforma agrária, expropriatória e violenta nas áreas rurais do país. Destaca-se que 2020, foi registrado o maior número de conflitos desde que a CPT iniciou o mapeamento e a denúncia pública de violências no campo: foram 2.054 conflitos envolvendo cerca de 1 milhão de pessoas; em 2019, 1.903 conflitos.

Em 2021, as 1.242 violências por terra no Brasil envolveram 164.782 famílias, número inferior ao registrado em 2020. Os 304 conflitos pela água atingiram 56.135 famílias e aproximadamente 224 mil pessoas. Os assassinatos somaram 35, um aumento de 75% em relação a 2020, quando 20 pessoas foram mortas. A maior parte das vítimas (10) era de indígenas, seguidos por sem-terra (9), posseiros (6 vítimas), quilombolas (3 vítimas), quebradeiras de coco de babaçu e assentados (2 vítimas cada), pequenos proprietário (2 vítimas) e por fim, uma vítima aliada². Mais de dois terços do total de vítimas têm origem em populações tradicionais. (CPT, 2022)

O segundo estado do país com mais conflitos registrados foi a Bahia, com 143 casos, envolvendo um total de 15.511 famílias. Esses dois estados comportam 23% do total de violências por terra em 2021. (CPT, 2022).

As categorias que mais sofreram violência foram: indígenas (317 casos); quilombolas (210 casos) e posseiros (com 209 casos). Tais números, mais do que refletirem o avanço da violência contra áreas de destinação estabelecida e seus recursos naturais, demonstram que, hoje, a ofensiva no campo, compreendida não como uma sucessão aleatória de conflitos, mas como um processo dinâmico, coordenado, regido pela lógica

dos interesses econômicos e fundiários da classe ruralista. (CPT, 2022) Neste cenário temos a narrativa do Torto Arado e a centralidade da violência contra mulheres.

4. VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO CAMPO: UM OLHAR A PARTIR DE TORTO ARADO.

Sob à luz de "Torto Arado", livro do autor baiano Itamar Vieira Jr, pode-se discutir a Questão Agrária, tema caro aos campos do Direito e da Geografia, sendo atravessada também por aspectos raciais e culturais que se explicitam de forma singular nas regiões interioranas do Estado. Pauta-se a importância da compreensão da terra e as disputas que a orbitam, como elementos primordiais para entender a história do país, a configuração socioespacial, assim como as consequências da escravidão e a falta de políticas reparatórias; problemáticas sociais que se fazem gritantes e ao mesmo tempo silenciadas mesmo na Universidade que se localizam nas grandes cidades. Através da imersão na região de Água Negra, sob os olhos de personagens como Bibiana, Belonísia, Tobias e Severo, torna-se mais inteligível a compreensão sobre a exploração do trabalho no campo, o processo de resistência e os conflitos que exterminam culturas e vidas. Para além do trabalho, a apresentação ao Jarê, religião; costumes, relações raciais e discussão sobre a herança patriarcal e relação com a natureza são aspectos tangíveis. Dentre os marcos a serem citados, estão a história da propriedade e relações de trabalho no campo, que perpassa pelos marcos legais, a Lei de Terras, de 1950, o Estatuto da Terra, de 1964, a "função social" trazida pela Constituição de 1988 e os aspectos raciais, religiosos e de gênero que emergem na narrativa de Torto Arado, Insistimos na necessidade de abordar a Questão da Terra, trabalho, relações raciais em conjunto com o patriarcalismo, suas fontes teóricas e jurídicas, como pano de fundo o romance "Torto Arado", abordando em outro plano os elementos culturais que permeiam a trama, explicitando o panorama que liga esses pontos.

No livro, os relatos de Belonísia nos dão uma boa noção da vida levada pelas mulheres na área rural. As obrigações do “papel de mulher” nessa sociedade patriarcal, expõem as mulheres à diversas violências que ficam evidentes em passagens do livro:

Com o passar do tempo, Tobias parecia não parecia sentir satisfação pelo que eu fazia. Se queixava de algum objeto que procurava e não encontrava. Dizia que eu não podia mexer em tudo. Eu assentia com a cabeça, mas evitava olhar nos olhos. Nessas horas, crescia a vontade de deixar tudo para trás, de voltar para minha casa. Todos agora sabiam que eu não era mais 'Belonísia de Zeca Chapéu Grande', e que agora vivia com Tobias, logo, eu era 'Belonísia de Tobias'. (VIEIRA JÚNIOR)

Este trecho nos explica de algum modo por que Belonísia sai da casa dos pais, mas somente o estudo da atuação da oligarquia agrária vista por uma sociologia “desde abajo” nos responda: Por que mesmo tendo muita habilidade e vontade em tratar com a terra não tem sua própria terra? A personagem continua

Deixava aquela mágoa morrer no peito, mormente quando ele erguia a roupa antes de dormir para entrar em mim. Me levantava logo quando o via se mexer na cama, antes do sol nascer. Mas era só acordar que vinha mais queixa: ou o café estava ralo como xixi de anjo, ou estava forte, uma borra de amargo. Procurava enxada, procurava foice, coisas que eu nem havia mexido. E se ele mesmo deixasse as coisas num lugar diferente, só por não lembrar, perguntava “Mulher, onde está isso?” “Onde está aquilo?”. A coisa ficou tão ruim que eu me antecipava, nem esperava ele pedir, já dava tudo em suas mãos, só pra não o ouvir chamando “mulher”. Me sentia uma coisa comprada, que diabo esse homem tem que me chamar de mulher, minha cabeça agitada gritava. A agressividade de Tobias cresceu nos meses que se seguiram. Tobias reclamava por pouca coisa, e quase sempre a culpa de tudo estava em mim. Bebia grande quantidade de cachaça, seus olhos ficavam vermelhos e pousavam no meu corpo quase sempre para acompanhar os insultos que me dirigia. Não foram poucos os dias em que pensei em retornar à casa de meu pai. Foi mais ou menos naquele período que me veio um forte sentimento de culpa por ter aceitado viver com Tobias. Ele nunca havia feito perversidade como o marido de Maria Cabocla e de tantas outras, que faziam da mulher saco de pancada. Pensava que seria melhor se tivesse morrido no dia em que saí de casa. Que poderia ter despencado do cavalo e me estrebuchado no chão sem forças, porque àquela altura minha lamentação não servia de nada. Sabia que, mesmo depois de muitos anos, carregaria aquela vergonha por ter sido ingênua por ter me deixado encantar por suas cortesias, lábia que não era diferente da de muitos homens que levavam mulheres da casa de seus pais para lhe servirem de escravas. Para depois infernizar seus dias, baterem até tirar sangue ou a vida, deixando rastro de ódio em seus corpos. Para reclamarem da comida, da limpeza, dos filhos mal criados, do tempo, da casa de paredes que se desfaziam. Para nos apresentarem ao inferno que pode ser a vida de uma mulher.” (VIEIRA JÚNIOR)

Ao ler a obra, pensando relações rurais e urbanos, desafio das ciências sociais brasileiras, pode-se relacionar a impunidade dos crimes cometidos contra as mulheres à distância física das instituições do Estado, em tese, responsáveis por garantir a “justiça” nos moldes da lei. Apesar dessa hipótese que levantamos no primeiro momento não estar equivocada, ela certamente não está completa, pois, fazendo o raciocínio contrário, não encontramos uma realidade diferente na cidade. Ou seja, ao imaginar que a impunidade em relação aos crimes cometidos contra mulheres no campo existe, principalmente, por conta da distância das instituições estatais que se encarregam de mitigar essa problemática, estaria presumindo que a proximidade física garante a segurança das mulheres, contudo, cenário semelhante ao das mulheres residentes nas áreas rurais se estabelece nas periferias de centros urbanos como Salvador. Partindo daí, buscamos olhar para as vítimas e, não surpreendentemente, encontramos o mesmo rosto: mulheres pretas e pobres. Podemos perguntar então: As mulheres pretas camponesas estão mais expostas à violências de gênero e a impunidade estatal quando em comparação com as mulheres pretas, pobres e periféricas dos centros urbanos, ou a “justiça estatal” se faz igualmente ausente para ambos os grupos?

5. A VIOLÊNCIA CONTRA AS COMUNIDADES QUILOMBOLAS

Comunidade Boa Vista no Alto Trombetas. Em 1995, sete anos após a promulgação da Constituição Federal, a Comunidade Boa Vista no Alto Trombetas, nas imediações da Mineração Rio do Norte, no Município de Oriximiná, foi o primeiro quilombo brasileiro a ser reconhecido conforme o Artigo 68 das Disposições Transitórias da nova magna carta de 5 de outubro de 1988. Na Bahia a Comunidade reconhecida foi “Quilombo do Rio das Rãs”, “Comunidade Remanescente do Rio das Rãs”, “Fazenda Rio das Rãs” ou, simplesmente, “Rio das Rãs” denominações utilizadas para se referir à mesma área, com cerca de 38.000 ha, situada à margem direita do Médio São Francisco, município de Bom Jesus da Lapa, distante 970 km de Salvador, Bahia. Em 2000, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) finalizou o processo de desapropriação da chamada Fazenda Rio das Rãs para fins de reforma agrária, uma saída oficial para pôr fim a uma verdadeira guerra pela posse da terra, que há décadas atravessava a região. Com isso, a comunidade de Rio das Rãs teve as suas terras reconhecidas oficialmente. Em Torto Arado o autor está a narrar de um ponto de vista como se dá o processo de auto-reconhecimento,

exigido no Decreto 4887/2003 para que venha a auto-atribuição e demarcação, e neste caso, o papel das mulheres quilombolas foi fundamental, seja a lavradora seja a professora e a “Santa Rita Pescadeira”.

O Decreto 4.887/2003 conceitua, em seu artigo 2º, as comunidades quilombolas ou remanescentes das comunidades dos quilombos, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida e que a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade. (BRASIL, 2003)

Com 736 comunidades certificadas pela Fundação Cultural Palmares, a Bahia está no topo do ranking dos estados brasileiros com localidades reconhecidas como de descendentes de quilombolas.

A certificação por parte da Fundação Palmares é o primeiro passo para que uma localidade inicie o processo de titulação da terra, etapa conduzida pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra). Embora com 303 processos de regularização fundiária abertos pelo Incra, o Estado ainda não possui nenhuma área titulada, em que os remanescentes dos quilombos tenham recebido o documento com o título definitivo de propriedade da terra. Segundo a CONAQ³⁵ existe uma grande demanda por este reconhecimento e, principalmente, pela titulação, que garante aos descendentes a permanência nas terras em que moraram os familiares, negros que fugiam dos horrores da escravidão”, conforme a pesquisadora Armênia Mota. (CONAQ, 2022). Atribui-se as dificuldades no avanço dos processos “a uma série de fatores, que vão desde a [baixa] quantidade de servidores contratados, o déficit de recursos destinados para esta finalidade até a burocracia jurídica, pois a titulação só se concretiza após o julgamento de todas as contestações”. Dos 303 processos abertos na Bahia pelo Incra, 34 já tiveram o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID) publicados, o que, segundo o órgão, significa que estão em fase avançada de regularização. Ainda de acordo com nota do Incra, o órgão já recebeu a posse de imóveis que integram alguns destes territórios, “só que a transferência de domínio depende de serem concluídas as contestações judiciais” (CONAQ, 2022).

³⁵ Cf. Dados da CONAQ. Disponível em <http://conaq.org.br/noticias/bahia-lidera-estados-com-quilombolas/>

A indefinição sobre a delimitação e regularização traz, segundo o professor e pesquisador do tema Alan Pereira, dificuldades para os moradores, como falta de documentos que dão acesso aos financiamentos para atividades como a agropecuária. Para ele, outros problemas são “infraestrutura deficiente, poucas políticas públicas e perseguição por parte de proprietários rurais, com agressões e mortes”. (CONAQ, 2022) Importa registrar que a violência, o **Rio de Sangue** descrito no texto do referido romance escrito por este geógrafo, técnico do INCRA é registrado todos os dias, pois na comunidade de Iúna³⁶, em Lençóis, houver mortes que todos ainda estão chorando, mas que os motivam a lutar ainda mais.

Entre as comunidades mais conhecidas na Bahia, a do Rio dos Macacos, em Simões Filho (Grande Salvador), se destaca pelo histórico de lutas. Reconhecida como área remanescente de quilombo em 2015, ainda está em fase de titulação por parte do Incra trata-se de uma área de 104 hectares que precisa passar por um processo de desafetação, ou seja, um destaque legal da Marinha para a Secretaria de Patrimônio da União (SPU). O órgão realiza reuniões para acelerar essa questão, ligada aos trâmites do registro cartorial, para posterior titulação coletiva das famílias.

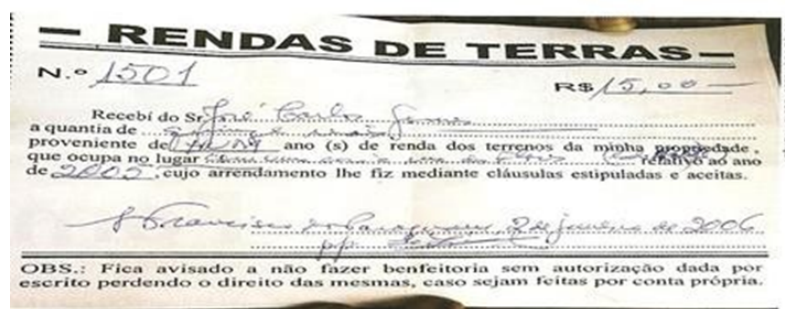
Rio de sangue. Foi assim que Santa Rita Pescadeira descreve o final do livro romance Torto Arado. Do que estamos tratando? Qual referente no direito? Posse mansa e pacífica de negros e impedimento de usar, gozar, fruir e dispor da forma que lhe convém. O livro trata das formas de interdição que buscam evitar o sentido auto-reconhecido de posse quilombola. Assim falou Santa Rita Pescadeira

Meu povo seguiu rumando de um canto para o outro, procurando trabalho, buscando terra e morada, os donos já não podiam ter escravo pela lei, passaram a ser chamados de trabalhadores e moradores, e no processo vamos ver que se reconhecem e são reconhecidos quilombolas. Os donos passaram a lembrar como eram bons, por que não havia mais o chicote para castigar o povo. (na escola o

36 Segundo Mapa de Conflitos da FIOCRUZ, A Comunidade Quilombola de Iúna conseguiu a titulação de seu território por parte do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra em 2015, dez anos depois da Certidão de Autodeclaração ser emitida pela Fundação Cultural Palmares – FCP a pedido da Associação dos Pequenos Produtores e Pescadores de Iúna – APPRPI. Localizada na região da Chapada Diamantina, na Bahia, e marcada pelas atividades econômicas de garimpo, agricultura e turismo, a Comunidade foi alvo de uma chacina que **vitimou seis pessoas em agosto de 2017**. Muito embora o crime tenha sido associado à disputa pelo tráfico de drogas na região, a reportagem “Violência contra quilombolas dispara em 2017”, publicada no portal do ISA em 03 de outubro daquele ano, observa que o fato de lideranças quilombolas terem sido as principais vítimas dos crimes fortalece a hipótese de conflito agrário. O assassinato de uma liderança da comunidade, Lindomar Fernandes Martins, em 16 de julho, e a posterior chacina de 07 de agosto (seis trabalhadores rurais) demonstram que os conflitos no campo permanecem desestabilizando a vida dos povos tradicionais. A conjuntura política dos últimos anos e a fragilização das instituições públicas se somam ao ambiente de insegurança e medo que provocou o êxodo de 12 famílias daquele território. Disponível em <https://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/ba-conflitos-no-campo-e-chacina-levam-inseguranca-e-medo-a-comunidade-quilombola-de-iuna/>.

castigo físico continua). Vocês são trabalhadores não podem ter casa igual ao dono. (VIEIRA JÚNIOR)

O acordo, o negociado com o fazendeiro era - vocês trabalham na minha roça e com o **tempo** que sobrar cuidam do que é de vocês. Mas não pode construir casa de tijolo ou cerâmica, como vemos em imagem de recibo forjado, abaixo



Cachoeira-Bahia fazendeiros arrendam suas fazendas deixando explícito que não permitam aos quilombolas “benfeitorias na propriedade”. (Fonte: Revista de História da Biblioteca Nacional, Especial, 2007)

Duas mortes acontecem na obra: a **Morte de Severo líder quilombola e de Salomão. Diante destas pode-se perguntar: qual o sentido e a eficácia jurídica do medo do sofrimento e da morte dos brancos e dos negro no campo Brasil?**

A invisibilidade dos quilombolas contribuíram e contribui para um cenário de conflitos existente. Segundo a CONAQ, “a violência, massacres e assassinatos contra quilombolas em 2017 aumentaram cerca de 350% em relação ao ano de 2016.

Em 12 de fevereiro de 2019, existiam 1.716 processos administrativos, 37 para titulação de territórios quilombolas abertos no Incra e apenas 44 comunidades quilombolas tituladas pelo Instituto em 30 anos da Constituição Federal, sendo 23 tituladas apenas

parcialmente. Dados indicam que considerando o ritmo de titulações desde então, serão necessários 1.170 anos para que todos 1.716 processos sejam concluídos.

Na pandemia ficou mais evidenciado após decisão do STF em ADPF, que ainda há um problema de reconhecimento da existência dos quilombos pelos municípios. Em “Retratos da pandemia : perspectivas das mulheres quilombolas³⁷”, Andreia Nazareno dos Santos³⁸, ao afirmar que “Os nossos passos vêm de longe: lutas quilombolas em tempos de covid-19”, aponta com uma certa perplexidade que

Em tempos de pandemia, nossas lutas ocorreram em diversas frentes, tendo sido a mais relevante a imunização de nosso povo. Logo no começo, nós estávamos na linha de prioridade para receber a vacina — nós e os indígenas. Contudo, da noite para o dia, nos retiraram dos grupos prioritários. Foi por conta disso que a CONAQ³⁹ decidiu mover uma ação (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) com o objetivo de cobrar o governo federal para implementar um plano nacional de enfrentamento da pandemia voltado para proteção das comunidades 12 quilombolas. Entre as demandas, estava a inclusão dos quilombolas no grupo prioritário na vacinação. Em fevereiro de 2021, a Corte julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 742/2020), estabelecendo que o governo federal deveria apresentar um plano de enfrentamento à Covid-19 nos quilombos, além de assegurar a prioridade de vacinação do nosso povo. Como cada luta vencida se desdobra em outras, após ganharmos essa ação, começou todo um processo de contabilizar quem estava dentro e quem estava fora dos territórios quilombolas.

Por mais que a vacinação estivesse garantida através da ADPF, em alguns municípios as famílias tiveram que provar que eram quilombolas, ou seja, nem o próprio município as reconhecia. Ficamos perplexas com essa situação. A comunidade está ali há tempos e o município não sabe que você é quilombola? (DOS SANTOS, 2021). (sem grifo no original)

37 O livro traz também artigos de três mulheres quilombolas que nos contam como o movimento quilombola se organizou para fazer frente à pandemia. São lideranças da Coordenação Nacional das Comunidades Negras Rurais Quilombolas, da Malungu — Coordenação Estadual das Associações das Comunidades Remanescentes de Quilombo do Pará e da Associação das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Município de Oriximiná que refletem sobre os desafios enfrentados por suas organizações

38 Formada em Gestão de Cooperativas pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte cursando Especialização em Gestão Territorial e Economia Solidária Coordenadora da Conaq no Rio Grande do Norte Terra Quilombola Sítios Grossos.

39 A Conaq surgiu a partir da organização das comunidades quilombolas. Criada no dia 12 de maio de 1996, em Bom Jesus da Lapa, na Bahia, com o objetivo de lutar pela garantia de uso coletivo do território, pela implantação de projetos de desenvolvimento sustentável, pela implementação de políticas públicas levando em consideração a organização das comunidades de quilombo; por educação de qualidade e coerente com o modo de viver nos quilombos; o protagonismo e autonomia das mulheres quilombolas; pela permanência do (a) jovem no quilombo e acima de tudo pelo uso comum do território, dos recursos naturais e pela em harmonia com o meio ambiente.

Na obra Severo morreu e foi enterrado no Cemitério da Viração após a comunidade liderada por Bibiana sua esposa (agora viúva) quebrar as correntes (por ordem dela), para que descesse ao lado de Zeca Chapéu Grande, seu pai. Severo morreu porque pelejava pela terra, não se auto-reconhecia trabalhador mas dono, mas foi acusado de envolvimento com tráfico de drogas, mesmo álibi usado na cidade grande. Bibiana queria apenas que reconhecesse o direito das famílias que estavam havia muito tempo naquele lugar. O conflito se inicia um ano após a morte de Zeca Chapéu Grande. Salomão fazendeiro que negociou com os herdeiros da Família Peixoto não queria mais o povo na terra, nem por arrendamento, meeiro, posseiro, muito menos como identidade quilombola, pois assim devem obter não só a posse mas demarcação e titulação (artigo 68 da CF/88). Pode-se ainda pesquisa quais as imunidades e impunidades juridicamente evidenciadas da Família Peixoto e da Família de Salomão se havia Código Civil com possibilidade de Usucapião. Como essas imunidades se estendem no tempo até hoje mesmo com artigo 68 da ADCT Constituição Federal, é algo a ser pesquisado em maior profundidade como parte do terror racial e territorial que atinge ainda mais corpos de mulheres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência doméstica caracteriza-se como uma questão social e de saúde pública, e está diretamente ligada às noções de preconceito, discriminação e vulnerabilidade, podendo derivar da pobreza, miséria, desigualdade, desemprego que são suficientes para contribuir para o comportamento agressivo nas relações familiares. Tal violência nem sempre se caracteriza pelas agressões de natureza física, apesar de ser a mais mencionada na literatura, nos meios de comunicação e na sociedade de modo geral.

A Convenção de Belém do Pará, 1994, endossado por 32 dos 34 Estados membros da Organização dos Estados Americanos, por sua vez, foi o primeiro tratado que apresentou a definição formal da violência doméstica contra a mulher como sendo: “Qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (OEA, 1994, Art. 1º)

Posteriormente, após mobilizações do Movimento Feminista foi a promulgação, em 2006, da Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha que tem como objetivo criar

mecanismos jurídicos para coibir e punir a violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, Lei 11.340, 2006).

Por conseguinte, a Violência doméstica contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, e dano moral ou patrimonial conforme definido no artigo 5º da Lei Maria da Penha.

A violência doméstica encontra fundamento em religiões e culturas que justificam a relação de dominação do homem sobre a mulher, decorrente de uma desigualdade histórica que ocorre em diversas partes do mundo, não importando cultura idade, classe social ou religião. Tal violência pode permanecer oculta por diversos fatores, o que contribui para que as mulheres, sobretudo as oriundas das comunidades remanescentes de quilombo continuem com o agressor e a não oferecer denúncia, pela vergonha, medo de morrer, e ou a obrigação do casamento, etc.

Pesquisas e relatos dão conta que na Bahia as principais fontes de renda das mulheres quilombolas são as atividades agrícolas, uma vez que, por questões climáticas essas culturas são produzidas somente uma vez ao ano. Nessa esfera as mulheres quilombolas da comunidade em questão, sem ter a regularização fundiária da terra e acesso às políticas públicas tornam-se dependentes financeiramente de seus companheiros, onde aqueles com baixa ou nenhuma escolaridade tiram o seu sustento labutando em fazendas da região “destacando mato e rançando toco” e ainda alguns exercem a função de vaqueiro no bioma Caatinga. Assim destacamos a situação de vulnerabilidade social dessas famílias principalmente dessas mulheres que em sua grande maioria estão inscritas no Cadastro Único do Governo Federal e sobrevivem com o auxílio de programas governamentais à exemplo do Bolsa Família. Além de possuírem baixo nível de escolaridade, fatores territoriais contribuem para a dependência financeira e emocional da mulher para com o homem e assim, ambiente propício já violento, para a propagação da violência doméstica.

Este artigo, no caminho de Ana Maria Motta Ribeiro e Ana Cláudia Matos da Silva (2021), - diante da problemática do romance – percepção de que os corpos mais violados e abusados, destacam-se os de Mulheres, escolheu esse caminho de explicação, em lugar de responsabilizar as condições de vulnerabilidade dos agentes atingidos por essa violência, abrindo uma perspectiva para que se leve em conta que cada conflito evidencia as dores e crueldades dos corpos que sofrem ataques apenas por quererem existir, e que resistem.

Também esta escolha se propõe como uma espécie de chave que revela suspeições e ilegalidades como o poder militar fora da ordem (milicianos), necroatitudes de lesa humanidade, promovidas com o aval da gestão conduzida pela oligarquia colonizada e pelo Estado, invasores promíscuos, privatizadores e, portanto, castradores da ação político-representativa destes corpos diante e como parte da sociedade civil.

Tendo em vista que Justiça institucional é um braço do Estado Moderno Burguês e nasceu para garantir liberdade, relacionada ao comércio e a manutenção do patrimônio, por muito tempo, principalmente no Brasil, quem não tinha propriedade não era assistido pelo Direito institucionalizado. Com essa breve análise é possível dizer que a população negra e, por ter sido historicamente expropriada, pobre não é o principal objeto de proteção do Estado, e quando refletimos sobre chacinas em favelas noticiadas nos jornal podemos até indagar se esse povo não é, na verdade, alvo num não acidental “Constitucionalismo da Inimizade como o modelo que organizou o constitucionalismo brasileiro desde sua formação nacional” (PIRES, FLAUZINA).

Partindo daí, acredita-se que uma resposta adequada para a pergunta levantada qual seja: As mulheres pretas campesinas estão mais expostas à violências de gênero e a impunidade estatal quando em comparação com as mulheres pretas, pobres e periféricas dos centros urbanos, ou a “justiça estatal” se faz igualmente ausente para ambos os grupos?

Pode-se concluir que a distância que a Justiça do Estado estabelece da população preta, pobre não pode ser medida em quilômetros, mas em anos de uma política imperialista, racista e capitalista que rege o país desde sua formação. Sendo assim, a situação das mulheres pretas que moram em bairros periféricos de cidades como Salvador em muito se assemelha a situação das mulheres pretas e pobres que vivem na área rural, pois trata-se do mesmo grupo, historicamente, renegado de seus direitos pelo Estado apenas ocupando lugares geográficos diferentes, mas igualmente fora do campo de incidência da Justiça institucional.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes Maria. **“Violência, gênero e poder: múltiplas faces” in Mulheres e violências: interseccionalidades** / Organização Cristina Stevens, Susane Oliveira, Valeska Zanello, Edlene Silva, Cristiane Portela, -- Brasília, DF : Technopolitik, 2017. P.14-35.

BELLINGER, Carolina; ANDRADE, Lucia M. M. **Retratos da pandemia: perspectivas das mulheres quilombolas**. -- 1. ed. -- São Paulo : Comissão Pró Índio de São Paulo, 2021.

CÔRTEZ, Sara da Nova Quadros C828 **Análise do discurso judicial nos conflitos por terra referentes às desapropriações para fins de reforma agrária e ações possessórias: in dubio pro “proprietário”?** (tese de doutorado apresentada no programa PPGCS-FFCH -UFBA). – 2017, p. 194.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), **Relatório sobre a Situação dos Conflitos Fundiários Rurais no Brasil (2008)**. 2010a. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_conflitos_fundiarios_2008.pdf. Acessado em 03 março de 2011.

CPT, **Conflitos no campo Brasil 2021**, Centro de Documentação Dom Tomaz Balduino, Goiânia: CPT Nacional, 2022.

FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula (org). **Rebelião**. Brasília: Brado Negro, Nirema, 2020, 305p. Disponível em: <http://bradonegro.com/Rebeliao.pdf>

GONZALEZ, Lélia. **Racismo e sexismo na cultura brasileira**. In: RIOS, Flavia; LIMA, Márcia (Orgs.). Por um feminismo afro-latino-americano, p. 75-93. São Paulo, Zahar, 2020 [1983a].

GUIMARÃES, Paulo Machado. **Repercussões da realidade agressiva contra os Povos Indígenas no Poder Judiciário**, In: CIMI, Conselho Indigenista Missionário – Relatório 2009 - Violência contra os Povos Indígenas no Brasil, 2009.

MEDEIROS, Leonilde Sérvo de. **História dos Movimentos Sociais no Campo**. Rio de Janeiro: FASE. 1988.

PIRES, Thula. Ana Luiza Pinheiro, FLAUZINA. **Constitucionalismo da Inimizade**. In: Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 13 N.04, 2022, p.2815-2840.

RIBEIRO, Ana Maria Motta, SILVA, Ana Cláudia Matos. **Da Violência contra mulheres no campo no Brasil**: produto de agência de classe da oligarquia agrária visto por uma

Sociologia “desde abajo” In: CPT, Conflitos no campo Brasil 2021, Centro de Documentação Dom Tomaz Balduino, Goiânia: CPT Nacional, 2022, p. 184-194.

SOUZA, Patrícia Borba de. Araújo, Klariene Andrielly. **A mulher quilombola**: da invisibilidade à necessidade por novas perspectivas sociais e econômicas. Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=e0433ffcc207263b>. Acessado em 02 de junho 2023.