

12

ISSN: 1984-0322

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO



ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA
PÚBLICA DA UNIÃO

Janeiro/Dezembro de 2019
Brasília/DF

N ° 12

ISSN 1984-0322

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Janeiro/Dezembro de 2019
Brasília/DF

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Gabriel Faria Oliveira

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Jair Soares Júnior

CORREGEDORA-GERAL FEDERAL

Geovana Scatolino Silva

CONSELHO SUPERIOR

Defensor Público Federal de Categoria Especial

Fabiano Caetano Prestes

Defensora Pública Federal de Primeira Categoria

Karina Rocha Mitleg Bayerl

Defensor Público Federal de Primeira Categoria

Leonardo Cardoso de Magalhães

Defensora Pública Federal de Segunda Categoria

Letícia Sjoman Torrano

Defensor Público Federal de Primeira Categoria

Marcos Antônio Paderes Barbosa

Defensora Pública Federal de Segunda Categoria

Shelley Duarte Maia

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Nº 12 Janeiro/Dezembro de 2019
Brasília, DF

ISSN 1984-0322 (impresso)
ISSN 2448-4555 (online)

R. Defensoria Públ. União	Brasília, DF	n. 12	p. 1-480	jan/dez. 2019
---------------------------	--------------	-------	----------	---------------

© 2019 Defensoria Pública da União.

Todos os direitos reservados. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e que não seja para venda ou qualquer fim comercial.

Missão:

Fomentar e disseminar conhecimento afeto à Defensoria Pública, à promoção dos Direitos Humanos e ao acesso à justiça.

Coordenação, editoração, distribuição e informações:

Escola Nacional da Defensoria Pública da União

Setor Bancário Sul, Quadra 2 – Bloco H – Lote 14 – sobreloja – 70.070-120- Brasília/DF

Tel.: (61) 3318-0287

Visite nosso site: <http://revistadadpu.dpu.def.br>

E-mail: publicacoes.esdpu@dpu.def.br

Escola Nacional da Defensoria Pública da União:

Olinda Vicente Moreira - Diretora

Jânio Urbano Marinho Junior - Vice-Diretor

Conselho Editorial

Conselheiros Endógenos:

Daniel Mourgues Cogoy - Editor-Chefe

Érica de Oliveira Hartmann

André Carneiro Leão

Denise Tanaka dos Santos

Conselheiros Exógenos:

Alexandre Moraes da Rosa – Professor Adjunto de Processo Penal da UFSC e Juiz de Direito

Artur Stamford da Silva – Professor da UFPE

Cesar Augusto Silva da Silva – Professor da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

Clarissa Marques da Cunha – Advogada e Professora

Clayton de Albuquerque Maranhão – Professor da Universidade Federal do Paraná

Cleber Francisco Alves - Professor da Universidade Católica de Petrópolis

Guilherme Roman Borges - Juiz Federal

Pareceristas desta edição:

Alexandre Moraes de Rosa - Doutor em Direito pela UFPR. Juiz de Direito em SC. Professor Adjunto na UFPR

Aline Vitalis – Mestre em Ciências jurídico-políticas. Procuradora da Fazenda Nacional em Santa Catarina

Ana Luíza Berg Barcelos – Doutora em Política Social e Professora na Universidade Católica de Pelotas

Ana Luísa Zago de Moraes – Doutora em Ciências Criminais pela PUCRS. Defensora Pública Federal

Ana Paula Polacchini de Oliveira – Doutora em Direito USP. Professora nas Faculdades Integradas Padre Albino

André Carneiro Leão – Doutor em Direito. Defensor Público Federal

Bernardo Oliveira Buta – Doutorando em Administração Pública pela FGV. Analista Técnico na DPU

Cesar Augusto Silva da Silva - Doutor em Ciência Política pela UFRGS. Professor na UFMS

Clarissa Marques da Cunha - Doutora em Direito. Professora na Faculdade Damas da Instrução Cristã

Clayton de Albuquerque Maranhão - Doutor em Direito pela UFPR. Professor na UFPR

Cleber Francisco Alves - Professor na Universidade Católica de Petrópolis. Defensor Público Estadual

Daniel Chiaretti – Doutor de Filosofia pela USP. Juiz Federal.

Eduardo Cesar Paredes de Carvalho - Mestre em Direito Internacional pela UERJ. Defensor Público Federal

Elaini Cristina Gonzaga da Silva - Doutora em Direito Internacional. Professora na PUC/SP

Eliana Fiorini Vargas - Mestre em Direito. Procuradora Federal

Eliana Mourgues Cogoy - Doutoranda em Ciências Sociais. Professora na UFSM

Érica de Oliveira Hartmann – Doutora em Direito Processual Penal pela UFPR. Defensora Pública Federal

Eros Belin de Moura Cordeiro - Mestre em Direito pela UFPR. Professor o Centro Universitário Curitiba

Fabiana Galera Severo - Mestre em Direitos Humanos pela USP. Defensora Pública Federal

Fábio Jardel Gaviraghi - Doutor em Educação nas Ciências. Professor na Universidade Federal de Santa Maria

Feliciano de Carvalho - Doutor em Direito Constitucional Universidade de Fortaleza. Defensor Público Federal

Flávio Bortolozzi Júnior - Doutor em Direito. Professor na Universidade Positivo

Flávio Roberto Batista - Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Procurador Federal

Grégore Moreira de Moura - Doutor em Direito Constitucional. Procurador Federal

Guilherme Roman Borges - Doutor em Filosofia pela USP. Juiz Federal

Gustavo de Oliveira Quandt - Mestre em Direito. Defensor Público Federal

Ian Pimentel - Doutorando em Ciências Jurídico-Filosófica. Professor Universidade da Amazônia

Isabel Penido de Campos Machado - Doutoranda em Direito Internacional pela USP. Defensora Pública Federal
Itiberê Rodrigues - Doutor em Direito Público. Professor na Universidade Federal de Pelotas
Jarbas Ricardo Almeida Cunha - Doutorando em Direito, Analista Técnico de Políticas Sociais
João Paulo de Campos Dorini - Doutorando em Direito. Defensor Público Federal
João Paulo Marques dos Santos - Mestrado em Função Social Direito. Assessor Jurídico
Jorge Alberto Araújo de Araújo - Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Juiz Federal
José Alexandre Zachia Alan - Mestre em ciências jurídico-criminais. Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul
José Carlos Portella Junior - Mestre em Direito Empresarial e Cidadania Professor de Direito no UNICURITIBA
José Ricardo Britto Seixas Pereira Júnior – Mestre em Direito Constitucional. Professor no IESB
Larissa Fischer Sbrissia Dissenha - Mestre e Teoria do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Advogada
Ligia Mori Madeira – Doutora em sociologia. Professora na Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Luiz Gustavo Danzmann - Mestrado em Direito Penal. Professor no Instituto Superior de Ciências Policiais
Marcelo Apolinário - Doutor em Direitos Fundamentais. Professor na Universidade Federal de Pelotas
Marco Aurélio Serau Junior - Doutor em Direitos Humanos pela USP. Professor na UFPR
Mari Cristina de Freitas Fagundes - Doutora em Sociologia. Professora na Faculdade da Anhanguera de Pelotas
Paloma Morais Correa - Mestre em Direitos Humanos. Analista de Políticas Sociais
Pâmela Copetti Ghisleni – Mestre em Direitos Humanos. Advogada,
Paulo Fernando de Britto Feitoza - Doutor em Direito. Juiz de Direito
Pedro González Montes de Oliveira - Mestrado em Sociologia e Direito. Defensor Público do Estado do RJ
Priscilla Milena Simonato de Miguéli - Doutoranda em Direito PUC/SP. Advogada
Rafael Godolphim Feijó – Doutor em Filosofia. Professor
Renata Ceschin Melfi de Macedo - Doutorada em Filosofia. Professora na PUCPR
Renato Duro Dias - Doutor em Educação. Professor na Universidade Federal do Rio Grande
Rosa Maria Zaia Borges - Doutora em Filosofia do Direito pela USP. Professora na Unipampa
Rui Carlo Dissenha - Doutor em Direito pela USP. Professor na Universidade Federal do Paraná
Sueli Gandolfi Dallari - Livre-Docência em Saúde Pública pela USP. Professora na Universidade de São Paulo
Thiago Barison - Doutor em Direito do Trabalho e Seguridade Social USP. Professor de Direito na FDSBC
Viviane Ceolin Dallasta Del Grossi - Mestre em Direitos Humanos pela USP. Defensora Pública Federal
Willi Sebastian Künzli - Doutorando em Direito Internacional pela USP. Advogado

Equipe de Produção Editorial:

Coordenação de Incentivo à Pesquisa e Publicação - COPP
Escola Nacional da Defensoria Pública da União - ENADPU

Capa e Diagramação:

ENADPU e Assessoria de Comunicação Social - ASCOM

Filiada à Associação Brasileira de Editores Científicos - ABEC

Revista da Defensoria Pública da União / Defensoria Pública da União. – n. 12
(jan./dez.2019)- . – Brasília : DPU, 2019- .
v. ; 28 cm.

Anual

Disponível também: <http://revistadapu.dpu.def.br>

ISSN 1984-0322 – ISSN 2448-4555 (online)

1. Direito público, periódico. 2. Assistência judiciária, periódico. 3. Defensoria pública, Brasil, periódico. I. Brasil. Defensoria Pública da União.

CDDir 341.46218

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO Olinda Vicente Moreira	15
---	----

EDITORIAL Daniel Mourgues Cogoy	17
---	----

I - TEMAS ESPECIAIS DESTA EDIÇÃO 50 ANOS DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS <i>50 YEARS OF THE INTER-AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS</i>	19
---	----

AUTOR
CONVIDADO

Importância da proteção internacional dos direitos fundamentais – reflexões pelos 70 anos da Declaração Universal <i>Importance of International protection of fundamental rights - reflections for the 70 years of the Universal Declaration</i> Paulo Borba Casella	21
---	----

O caso do povo indígena xucuru perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos <i>The case of the xucuru indigenous people before the Inter-american Commission on Human Rights</i> Marcelo Eduardo Rossitto Bassetto Alyne Yumi Konno	27
--	----

Quando acusar é punir: quinquagésimo aniversário do direito convencional a ser bem acusado <i>When accusing stands for punishment:</i> <i>Fiftieth anniversary of the conventional right of being properly accused</i> Bruno Hermes Leal	51
---	----

CONFLITOS MIGRATÓRIOS NO SÉCULO XXI

MIGRATORY CONFLICTS IN THE 21ST CENTURY

79

“Projeto migrantes egressas”: uma experiência de trabalho de organização da sociedade civil com mulheres migrantes em conflito com a lei na cidade de São Paulo

“Formerly incarcerated migrant women’s project”: a civil society organization work experience with migrant women in conflict with the law in the city of São Paulo

81

Viviane Balbuglio

Isabela Rocha Tsuji Cunha

Solicitação de refúgio em favor de crianças e adolescentes desacompanhados(as): a atuação da Defensoria Pública da União

Refuge request for unaccompanied children and adolescents: the role of the Federal Public Defender’s office

101

Gabriel de Oliveira Silva

Cláusula de exclusão por cometimento de crime hediondo, atos terroristas e de tráfico de drogas da condição de refugiado: a intervenção indevida do Direito Penal nos Direitos Humanos

Exclusion clause for heinous crime, terrorist acts and drug trafficking from refugee status: improper intervention of Criminal Law in Human Rights

119

Daniela Corrêa Jacques Brauner

II - SEÇÕES DA REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA E ACESSO À JUSTIÇA

PUBLIC DEFENDER’S OFFICE AND ACCESS TO JUSTICE

139

A lógica formal e a lógica material ou dialética como perspectivas epistemológicas jurídicas aplicáveis à Defensoria Pública

The formal logic and the material or dialectical logic as juridical epistemological perspectives applicable to the Public Defender’s Office

141

Antonio Ezequiel Inácio Barbosa

Uma leitura habermasiana do papel desempenhado pela Defensoria Pública para a efetivação do princípio democrático no Sistema Interamericano de Direitos Humanos <i>A habermasian view of role performed by Public Defender for the effectiveness of democratic principle in the Inter-American System of Human Rights</i> Thiago Pires Oliveira	161
---	-----

Defensoria Pública: histórico, afirmação e novas perspectivas <i>Public Defender's Office: history, affirmation and new perspectives</i> Victor Hugo Siqueira de Assis	185
--	-----

A atuação da Defensoria Pública no processo penal em prol do acusado não hipossuficiente e a justa retribuição pelo serviço público prestado <i>The performance of the Public Defender in criminal procedure in favor of the non-hypossufficient defendant and the fair return by the public service provided</i> Guillermo Rojas de Cerqueira César	211
--	-----

A efetividade das normas fundamentais no âmbito da ação civil pública: um enfoque nos litígios coletivos à luz do novo Código de Processo Civil brasileiro <i>The effectiveness of fundamental standards in the field of public civil action: a focus on collective litigation in the light of the new Code of Brazilian Civil Procedure</i> Vanessa Mascarenhas de Araújo	225
--	-----

O Superior Tribunal de Justiça e a proteção do bem de família: ativismo judicial ou preservação do patrimônio mínimo? <i>The Superior Court of Justice and the protection of the family asset: judicial activism or preservation of minimum heritage?</i> Maria Fernanda César Las Casas de Oliveira Renata Maria Silveira Toledo João Paulo Marques dos Santos	247
---	-----

DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL
RIGHT TO SOCIAL SECURITY

273

Considerações sobre a presunção absoluta de miserabilidade na LOAS: uma análise à luz da tese definida no IRDR 5013036-79.2017.4.04.0000/RS julgado pelo TRF da 4ª Região

Considerations about the absolute presumption of misery in LOAS: an analysis in light of the thesis defined in IRDR 5013036-79.2017.4.04.0000 / Rs judged by the TRF 4th region

275

Sabrina Nunes Vieira
Carolina Godoy Leite Villaça

DIREITOS HUMANOS
HUMAN RIGHTS

295

Mulheres negras: a relação de mobilidade urbano periférica com a permanência na educação superior

Black women: the relation of peripheral urban mobility with the permanence in higher education

297

Renata Miranda Lima

Maternidade no sistema prisional: dispositivos legais e possíveis alternativas ao encarceramento

Maternity in the prisional system: legal devices and possible alternatives to incarceration

327

Karina Camargo Boaretto Lopes
Ana Paula Backes

A prisão como instituição de desrespeito às diferenças de sexualidade e gênero

Prison as institution for disregard of sexuality and gender differences

345

Neon Bruno Doering Moraes
Danyelle do Nascimento Rolim Medeiros Lopes

Breves considerações sobre os acordos ambientais como instrumento de proteção do ambiente

Brief considerations on environmental agreements as an instrument of environmental protection

359

Carolina Rodrigues de Freitas

Uma síntese histórico jurídica da segurança alimentar e nutricional e do impacto ambiental dos agrotóxicos <i>A legal historical synthesis of food and nutritional safety and the environmental impact of pesticides</i> Vânia Márcia Damasceno Nogueira	381
De Truman a Trump: o ethos de presidentes dos Estados Unidos da América em discursos na assembleia geral da ONU <i>From Truman to Trump: the ethos of presidents of the United States in speeches at United Nations Organization General Assembly</i> Érico Lima de Oliveira Mariana Sebalhos Jorge	407
BOAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS <i>GOOD INSTITUTIONAL PRACTICES</i>	425
Defensoria Pública da União em dados: um balanço de uma pesquisa institucional (2010-2016) <i>Federal Public Defender's Office on data: a balance of institutional research (2010-2016)</i> Por Ana Luiza Lopes Koech, Leonardo do Amaral Pedrete e Igor Nielson Medeiros Schirmer	427
Panorama dos presos federais assistidos pela Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro <i>Overview of federal prisoners assisted by the Federal Public Defender's Office in Rio de Janeiro</i> Por Letícia Sjöman Torrano, Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro, Ethel Proença Braga, Amanda Fonseca Leite Pangaio, Marco Antonio da Silva Santos e Valdylane Assis de Oliveira	445
ORIENTAÇÕES PARA AUTORES	475
GUIDELINES FOR AUTHORS	479

APRESENTAÇÃO

É com imensa alegria que a Escola Nacional da Defensoria Pública da União apresenta mais um número da Revista da Defensoria Pública da União, periódico anual, destinado a disseminar o conhecimento sobre temas afetos à Defensoria Pública, ao acesso à justiça e à promoção e defesa dos direitos humanos.

E no intuito de agregar e oferecer mais reflexões aos leitores, por intermédio de assuntos pontuais e atuais, o presente número da Revista da DPU conta com algumas inovações. A primeira, é a participação de autor convidado, acadêmico com reconhecido e destacado conhecimento na área do direito – neste número 12, a abordagem toca o direito internacional -, que escreve sobre a importância da proteção internacional dos direitos fundamentais, passados 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ainda, uma seção temática foi incorporada à revista para a discussão de temas com particular relevância e atualidade no cenário nacional e internacional, sendo que na presente edição apõe-se um especial olhar sobre dois eixos de destaque no ano de 2019 - a comemoração dos 50 anos da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos e os Conflitos Migratórios no séc. XXI.

E como não poderia deixar de ser, porquanto intrínsecos à razão de ser do periódico, este número apresenta reflexões de diversos autores, endógenos e exógenos à Defensoria Pública da União, sobre conteúdos afetos à Defensoria Pública, ao acesso à Justiça e aos Direitos Humanos, bem como relacionados ao Direito à Seguridade Social e boas práticas institucionais.

Boa leitura a todos.

OLINDA VICENTE MOREIRA

Diretora-Geral da Escola Nacional da Defensoria Pública da União

EDITORIAL

A Revista da DPU teve seu primeiro número publicado em 2009. Seu objetivo foi então delineado em editorial assinado por Felipe Caldas Menezes, então diretor da Escola Nacional da Defensoria Pública da União: “difundir o conhecimento técnico-jurídico sobre os diversos temas afetos à Defensoria Pública, ao acesso à justiça e aos direitos humanos”.

Passada uma década de sua primeira edição, o que se observa no Brasil de hoje é um ambiente de grandes mudanças, incertezas e contestações. Vive-se um momento de verdades líquidas, *fake news*, pós-verdade, cultura do ódio e intolerância. Tais circunstâncias geram repercussão também no âmbito da pesquisa jurídica, em especial nas áreas afetas a esta publicação, quais sejam a Defensoria Pública, Direitos Humanos e o Acesso à Justiça. Em um ambiente de tanta confusão e desinformação, faz-se ainda mais necessário uma revista que se proponha à análise séria, dedicada e científica de tais assuntos. Em razão disso, a Revista da Defensoria Pública da União, por meio do seu conselho editorial, vem buscando, nos últimos anos, constante atualização, baseando-se nos critérios mais rigorosos de editoração científica.

Neste sentido, a algumas edições que a revista tem adotado como critério para a aceitação de artigos a avaliação cega por pares (*blind review; peer view*). Todo o artigo submetido à revista é avaliado por dois pareceristas. A avaliação é anônima (*blind review*: avaliadores não conhecem autor e autor não conhece os avaliadores) e por pares (*peer review*: trabalhos serão avaliados por pareceristas da área ou especialistas de notório conhecimento). Disto decorreu a necessidade de ampliação do corpo de pareceristas, fazendo com que a revista conte hoje com quase uma centena de colaboradores, escolhidos e convidados entre doutores e mestres que são referência em suas respectivas áreas de atuação. Além disso, este corpo de pareceristas é formado não apenas por defensores públicos federais e servidores, mas também por membros de outras carreiras jurídicas e professores do Brasil e do exterior.

Não suficiente, desde 2017 todo o processo de elaboração da Revista da DPU tem se dado por meio eletrônico, mediante utilização do sistema OJS – *Open Journal System* – o que garante maior rapidez e transparência na análise dos artigos.

A Revista da DPU também tem buscado se tornar cada vez mais plural. Para tanto, o periódico está aberto a pesquisadores exógenos à instituição, seja para que aqui publiquem os seus artigos ou ainda atuem como membros do conselho editorial ou na emissão de pareceres. Busca-se a divulgação de boa ciência, seja esta produzida ou não por membros da carreira.

Finalmente, esta revista pode ser encontrada hoje em importantes bases de dados, como a Rede Virtual de Bibliotecas, a Biblioteca Digital Científica e o Google Acadêmico. Tal medida dá maior visibilidade à instituição, aos artigos publicados e garante acesso mais fácil aos pesquisadores.

Para esta edição entrega-se aos leitores artigos que abordam temas de direito processual civil, direito previdenciário, filosofia, direito ambiental, execução penal e discriminação

racial e de gênero. A publicação conta com um artigo de um ilustre professor convidado, o Dr. Paulo Borba Casella, uma das maiores autoridades do país em direito internacional. Trata-se de fato que muito honra, engrandece e dá respaldo ao trabalho editorial que vem sendo desenvolvido. Também neste número são apresentados artigos acerca de temas candentes na atuação dos defensores públicos, como os conflitos migratórios no século XXI e os cinquenta anos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

A 12ª edição da Revista da Defensoria Pública da União chega ainda num momento de grandes mudanças internas. Encerra-se o mandato do Dr. Fernando Mauro de Barbosa Junior como diretor da Escola Nacional da Defensoria Pública da União, a quem cabe o devido registro e agradecimento ao grande empenho em aprimorar esta publicação, em especial seu notável zelo em proporcionar qualificação aos membros do conselho editorial e à equipe de editoração. Por outro lado, cabe saudar a chegada da Dra. Olinda Vicente Moreira, de destacada atuação e notável conhecimento jurídico, a quem são feitos votos de uma excelente gestão e cujo olhar atento e dedicado já se faz sentir nesta edição. Também cabe o devido reconhecimento e gratidão à dedicada equipe editorial, em especial à servidora Alessandra Rodrigues Oliveira Mesquita.

Ainda neste período ocorreu a troca do conselho editorial endógeno, com a saída do Dr. Érico Lima de Oliveira e da Dra. Viviane Ceolin Dallasta Del Grossi, ingressando em seus respectivos lugares o Dr. André Carneiro Leão e a Dra. Denise Tanaka dos Santos. Os primeiros, contudo, se farão ainda presentes nesta e em futuras edições em razão de sua participação ativa e qualificada. Aos demais, bem como à Dra. Érica Hartmann, resta o reconhecimento por se colocarem à disposição para tão nobre e gratificante tarefa e agradecimento pelo apoio e recondução ao cargo de editor-chefe.

Em conclusão, espera-se que os textos a seguir possam contribuir para um debate qualificado acerca dos assuntos que compõem o eixo temático de nossa publicação. E que, em lugar de um discurso de ódio, possa-se construir uma narrativa cada vez mais fundada na cientificidade, alteridade e no amor pelo que se acredita e pelo que se faz.

Desejo a todos uma excelente leitura!

DANIEL MOURGUES COGOY
Editor-Chefe da Revista da DPU

I - TEMAS ESPECIAIS DESTA EDIÇÃO

50 ANOS DA CONVENÇÃO
INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS

50 years of the Inter-American Convention ON Human Rights

IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – REFLEXÕES PELOS 70 ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL

IMPORTANCE OF INTERNATIONAL PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS - REFLECTIONS FOR THE 70 YEARS OF THE UNIVERSAL DECLARATION

Paulo Borba Casella

Professor titular de direito internacional público da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e presidente do Instituto de Direito Internacional e Relações Internacionais (IDIRI) de São Paulo.

“a humanidade, em si é uma dignidade; pois o homem não pode ser tratado pelo homem (nem por outro, nem por si mesmo) como simples meio, mas deve ser sempre tratado, ao mesmo tempo, como fim, e é precisamente nisso que consiste a dignidade”

I. KANT, Doutrina da virtude (par. 38)¹

“o homem, considerado isoladamente ou como parte de grupos sociais ou da própria sociedade, penetrou na ordem internacional e por ela passou a ser protegido, não pura e simplesmente como unidade individual, mas como personalidade provida de direitos, individuais e sociais, de ordem espiritual e de ordem intelectual, de ordem política e de ordem econômica”

Vicente RÁO (1954)²

A dignidade humana é parte integrante e princípio formador do direito internacional pós-moderno. Esta dimensão não se fez nem se faz abruptamente, mas como reflexo de

¹ Immanuel KANT, **Logique** (trad. de L. GUILLERMIT, Paris : Vrin, 1^{ère} éd., 1966, 2^e éd., revue et augmentée, 1971, cinquième tirage, 1997, *notes du traducteur*, 16, p. 167).

² **Vicente RÁO**, na X Conferência interamericana (OEA), Caracas, em 1954.

mutação cultural em curso.

Como expõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 10 de dezembro de 1948, “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Note-se bem: a todos os membros da família humana.

O direito internacional pós-moderno não pode negligenciar o contexto histórico e cultural, no qual se insere, para formular as bases que nos foram legadas da disciplina – direito internacional – e da civilização em geral, onde o ser humano e a preservação da dignidade deste tem de estar no centro do sistema institucional e normativo internacional.³

Em tempos de recrudescimento do fundamentalismo, seja este de qualquer matiz ou viés religioso, e de acirramento da intolerância, que insidiosamente pretende criar falaciosas categorizações, como a de se pretender que “direitos humanos sejam somente para humanos direitos” – o que nega a dignidade intrínseca à condição humana, para todos os indivíduos, independentemente de qualquer discriminação.

Igualmente inoportuno e assustador é pretender que as “minorias devam se curvar às maiores”. Quem isso afirma não entendeu o que é a condição de ‘minorias’ e porque esta é essencialmente vulnerável, justamente por isso necessita de proteção – pela maioria, pelo ordenamento interno de cada estado, bem como pelo sistema institucional e normativo internacional.

No direito internacional pós-moderno, ao lado dos estados e das organizações internacionais, tem papel crescente a dignidade humana como dado central deste sistema institucional e normativo, que se faz a cada dia, seja para construir, seja para solapar o antes construído. E as respectivas movimentações se renovam, sempre.

A compreensão da evolução da dignidade humana enquanto parte integrante e princípio informador do direito internacional pós-moderno, como toda construção humana, tem de reportar ao tempo (histórico) e contexto (cultural), no qual se inscreva.

É assustador não somente o caráter discriminatório, como a intenção maléfica embutida na reflexão de que não se deva custear com dinheiro público a distribuição gratuita de medicamentos para controle de doenças como o vírus HIV: “quem viveu na esbórnica deve pagar pelo que fez”. Isso é boçal, grosseiro, imoral e ilegal. Tanto interna, quanto internacionalmente.

É uma questão consolidada de saúde pública, ser menos custoso prevenir o desencadeamento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS), por meio de tratamentos que não eliminam o vírus, mas o tornam indetectável e como tal, não contagioso. É obrigação

³ Como examinado, P. B. CASELLA, **Fundamentos do direito internacional pós-moderno** (São Paulo: Quartier Latin, 2008) e tb. P. B. CASELLA, Direito internacional e dignidade humana (in **Direito internacional – homenagem a Adherbal MEIRA MATTOS**, org. Paulo B. CASELLA e André de C. RAMOS, Brasília: FUNAG / São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 223-343).

legal, no plano interno. É obrigação, ademais, internacionalmente pactuada, pelo Brasil, no âmbito do relevante conjunto de tratados em vigor na Organização Mundial de Saúde (OMS), que o Brasil se obrigou a observar e cumprir.

Seria, ademais, grave e criminoso retrocesso, em relação ao Brasil, que teve e tem políticas públicas de saúde, que se mostraram eficazes e tomadas como referência, por outros estados, em matérias como essa. Agora se jogariam fora os avanços alcançados, em nome de quê?

O direito se põe como regulador da vida em sociedade, para excluir ou, ao menos, limitar o recurso à força e ao que, em direito penal interno, se chamaria o exercício arbitrário das próprias razões. Mas esses pendores primitivos se fazem presentes e atuantes, nas ordens internas e, de modo recorrente, no contexto internacional.

A escolha tem de ser feita de maneira clara, seja para enfatizar a confrontação, em política de poder, seja para enfatizar a possibilidade de construção e de operação de estruturas (internacionalmente) válidas e eficazes, para a regulação do sistema internacional.

A dignidade humana enquanto parte integrante e princípio formador do direito internacional pós-moderno se faz no plano internacional, ou melhor, nos vários planos internacionais, sejam estes: bilaterais ou multilaterais, de vocação universal ou regional, no âmbito de organizações de caráter político, técnico ou científico, nas relações entre países desenvolvidos, entre países subdesenvolvidos, como também, ao mesmo tempo, entre uns e outros, quer, mais uma vez, em contextos bilaterais ou multilaterais. As categorizações internas podem ser úteis, e podem ser extensamente multiplicadas, desde que não se percam, nestas, a visão do direito internacional, como todo e do seu papel, como sistema de ordenação das relações, entre sujeitos de direito internacional (e demais agentes não estatais)⁴ no plano internacional.

Está em curso a construção da dignidade humana enquanto parte integrante e princípio formador do direito internacional. Não por acaso, mas por imperativos categóricos, no sentido kantiano do termo, decorrentes do tempo (histórico) e contexto (cultural), nos quais se inscrevem os sujeitos (e demais agentes) do plano internacional, no mundo pós-moderno: estamos em meio à recapitulação, do que veio de outros tempos, onde podemos destacar, o que permanece válido e pode ser mantido em condições conceitual e operacionalmente válidas. Estes conceitos e institutos permanecem válidos e necessários para a preservação da dignidade humana.

Na construção do direito internacional pós-moderno caberá determinar a base conceitual, sobre a qual este há de ser estruturado: será laica, e terá por base a afirmação intrínseca

⁴ M. SIOTTO PINTOR, *Les sujets de droit international autres que les états* (RCADI, 1932, t. 41, pp. 245-362). V. tb. Laurence BOISSON DE CHAZOURNES e Rostane MEHDI (coords.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?* (Bruxelles : Bruylant, 2005, dentre vários autores do volume, já a 'introduction' de Rostane MEHDI enfatiza 'mutations de la société internationale et adaptations insitutionnelles : le grand défi', pp. 7-18, da qual o item ii aborda 'participation des acteurs non-étatiques et bonne gouvernance'); Habib GHERARI e Sandra SZUREK (coords.), *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international?* (« actes du colloque des 2-3 mars 2001, org. sous les auspices de M. Hubert VEDRINE, Ministre des affaires étrangères», Paris X : Pedone/ CEDIN Paris X, Cahiers internationaux, n. 18, 2003).

da dignidade humana, enquanto tal, ou terá laivos, mais ou menos marcados, de base confessional, e estes podem nos levar aos modelos ideológicos de confronto, disfarçados de conflito entre civilizações, ou fundamentalismos religiosos, e aí corre-se o risco de retomar as concepções de guerra santa, *jihad* ou cruzada. Nunca, em tempo algum, em qualquer civilização, deu certo misturar religião e política. O que ademais, contraria a clara lição de Cristo, no sentido de “dar a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”. Não pode ser mais cristalinamente claro o ensinamento.

Questão central se põe no sentido de precisar em qual sentido devam ser concebidos e aplicados ‘valores’ e ‘princípios’, no direito internacional pós-moderno. E qual possa e deva ser o papel destes, nesse ordenamento, marcadamente interestatal e interacional, porquanto se constrói, em considerável medida por meio de consentimento entre os seus sujeitos, e se põe a sua normatividade na medida em que o aceitem os seus destinatários.

Questão crucial será determinar as linhas mestras desses sistemas nacionais, em mundo pautado pela diversidade e pela divisão cultural. Este sistema de direito internacional pós-moderno está em curso, mas, todavia, em construção.

As nações ‘civilizadas’⁵ terão de se mostrar à altura das necessidades conceituais do direito internacional pós-moderno. Por meio da diferente reação dos sistemas de direito e dos ordenamentos jurídicos aos valores e à estrutura do pensamento pós-modernos. A complexidade e a extensão da tarefa são enormes. Os resultados se vão fazendo presentes aos poucos, em graus variáveis, com nuances regionais, ao mesmo tempo em que tende a ver-se sistema como todo, de vocação mundial.

A conclusão é clara: na medida em que ainda se está em meio à tarefa, pode ser cedo para poder determinar quais poderão ser os seus resultados. Não por isso poderá a reflexão ser afastada, ou dispensada, como menos necessária: há que determinar o modelo institucional e normativo internacional, para o tempo presente e para o que vem, a seguir. As necessidades existem e estão colocadas.

Em meio à construção, a percepção do todo que se quer edificar pode não estar clara. Desse modo se há de trabalhar com dedicação e com humildade, para tentar contribuir de modo útil, para a construção e a delimitação dos fundamentos do direito internacional pós-moderno. E não será pouco, na medida em que este direito internacional pós-moderno pode ser o ponto de equilíbrio do mundo, para as relações interestatais se ordenarem preferencialmente por princípios ou principalmente por relações de mando e poder. Entre modelos de força e modelos normativos, a opção é clara, e todo este sistema institucional e normativo deve se orientar pela proteção internacional da dignidade humana.

⁵ Hugh THIRLWAY, *Concepts, principles, rules and analogies : international and municipal legal reasoning* (RCADI, 2002, t. 294, pp. 265-406, cit. p. 274) : “Article 38 includes among the recognized sources of law the ‘general principles of law’ recognized in the legal systems of ‘civilized nations’. As you will be aware, there are differing views as to the meaning of the reference in the Statute to those principles; but for most scholars, the correct interpretation would at least include the principles which can be found to be shared by all, or at least most, national legal systems. The reference to general principles of law was included in the Statute of the Permanent Court essentially to ensure that the Court should not, for lack of a customary or conventional rule, be obliged to declare a *non-liquet*, that is, decline to give a decision. Is the effect of article 38 that such principles form part of international law, or are they something existing outside it which can, when necessary, be transposed to the plane of international relations ?”

A lição do direito internacional mostra que é possível regular as relações interestatais por normas, desde que se tenha e se preserve patamar mínimo de consistência dos princípios, na interpretação das regras e na aplicação dos procedimentos desse sistema. Como em qualquer sistema normativo, aliás.

Estipula o direito internacional conjunto de princípios a respeito de como os estados devem se comportar. Assim se exprime a convicção, quanto à juridicidade e à necessidade do direito internacional pós-moderno, como instrumento de regulação do sistema internacional, seja este o interestatal, tal como nos legou o direito internacional clássico, seja em relação aos novos atores e agentes, em relação aos quais se começa a delinear a configuração do equivalente internacional da 'sociedade civil', e tentativamente se refere como a 'sociedade civil internacional'⁶ ou a kantiana 'sociedade civil universal', embora ainda seja pouco claro o que seja e como atue. Essa fragmentação e esse aumento do número de agentes caracterizam o tempo (histórico) e contexto (cultural) que se denomina pós-moderno.

A inserção da dignidade humana, enquanto parte integrante e princípio informador do direito internacional pós-moderno, como profissão de convicção, contém a reafirmação da convicção da validade e da necessidade das construções intelectuais e institucionais. Esta construção se há de fazer entre fundamento laico, como nos legaram alguns dos melhores cérebros humanos, que se dedicaram ao estudo e às concepções da regulação entre unidades políticas soberanas, aqui chamadas interestatais, ou mediante adoção de modelos confessionais, mutuamente excludentes.

A construção da dignidade humana enquanto parte integrante e princípio formador do sistema institucional e normativo internacional pós-moderno exigirá limites à discricionariedade dos estados. Como ademais, o conjunto do direito internacional pós-moderno.⁷

A caracterização da dignidade humana enquanto parte integrante e princípio informador do direito internacional pós-moderno, como, ademais, em qualquer ordem, é questão da evolução do sistema internacional, na construção de patamar institucional e de juridicidade, que depois, se tratará de conter e de manter, em condições operacionalmente

⁶ Emmanuel ROUCOUNAS, em curso na Haia, *Facteurs privés et droit international public* (RCADI, 2002, t. 299, pp. 9-420, parte i, cap. v, 'les acteurs qui se réclament de la 'société civile internationale', pp. 97-103, cit. pp. 97-98) : « la présence de forces sociales non-étatiques est assurée par la montée spectaculaire de la 'société civile', avec la remarque supplémentaire que nous assistons depuis quelque temps à la formation d'une 'société civile internationale' (ou plutôt *transnationale*) qui, depuis les événements politiques en Europe de 1989, porte même la qualification de globale. Mais il faut répéter, ici, que la société civile n'est pas le *substitut* des facteurs privés au sein des sociétés, internes et internationale. / Bien que le concept n'ait pas acquis un sens précis le phénomène de la société civile connaît des spectaculaires adhésions dans plusieurs parties du monde. Pour les uns il s'agit de l'idée de *construction d'une sphère publique à partir de la communauté de base*, qui s'exprime en parallèle avec, ou en opposition aux institutions établies de la société. Pour les autres c'est une *organisation intermédiaire de représentation d'intérêts* qui se situe entre la société et l'état, dans un sens post-tocquevillien. Son existence se justifie par la séparation qu'elle tend à opérer (surtout dans la société industrielle) entre la politique et le marché et sa mobilisation s'effectue face aux diverses crises de la société.

⁷ M. BEDJAOUI e H. THIERRY, (*In: Droit international: bilan et perspectives*, Paris : Pedone / UNESCO, 1991, chap. lvi, 'avenir du droit international', pp. 1305-1317, cit. p. 1313, par. 29) : «C'est ainsi en fonction des limitations qu'il impose à la souveraineté que le droit international se construit.»

adequadas.

A questão da determinação da dignidade humana enquanto parte integrante e princípio formador do direito internacional pós-moderno não pode, tampouco, ser somente subjetiva, mas haverá de colocar-se em relação à determinação de parâmetros – e como conferir a estes alguma objetividade? A quem competirá determinar? A determinação do patamar institucional e normativo internacional bom e justo não pode ser somente decorrente de manifestação do sujeito que formula o enunciado. Tem que haver algo mais, para poder ser determinado. Isso pode parecer óbvio, mas nem por isso se torna menos complexo, para ser determinado, sobretudo em contexto descentralizado.

A inserção da dignidade humana no direito internacional pós-moderno representou mutação essencial do caráter e do conjunto deste. A partir do direito internacional clássico, estritamente interestatal e organizado como conjunto de normas de mútua abstenção, agregar-se-lhe a dimensão de proteção dos direitos fundamentais representou mutação, simultaneamente relevante e irreversível. Mas, não obstante, a importância desta, a partir da aceitação – progressivamente generalizada, todavia não universalmente aceita de modo uniforme – cumpre assegurar que esta seja efetivada na prática. Neste ponto nos encontramos: aceita como ideia motriz, a dignidade humana passa a integrar o direito internacional pós-moderno, mas ainda se terá de traduzir na efetividade deste acolhimento e desta proteção.

O progresso alcançado no curso das últimas décadas é relevante. Mas a tarefa não se encontra ainda plenamente realizada.

Como adverte a DUDH, “o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem conduziram a atos de barbárie, que revoltam a consciência da Humanidade”.

Estejamos conscientes que isso, infelizmente, pode ainda se repetir. Por isso, esta data não é somente indicada para apontar avanços e realizações, mas para advertir que o risco de retrocessos continua presente, na civilização humana, em diferentes momentos de cada sociedade. Como se vê no nosso contexto atual.

São Paulo, 10 de dezembro de 2018.

O CASO DO POVO INDÍGENA XUCURU PERANTE A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

*THE CASE OF THE XUCURU INDIGENOUS PEOPLE BEFORE THE INTER-AMERICAN
COMMISSION ON HUMAN RIGHTS*

Marcelo Eduardo Rossitto Bassetto

*Mestre em Sistema Constitucional de Garantias - Centro Universitário de Bauru
Juiz Federal Subseção Judiciária do Tribunal Regional Federal da 1ª Região - São Sebastião
do Paraíso/MG*

rossitto.bassetto@globo.com

Alyne Yumi Konno

*Especialista em Direito Notarial e Registral - Universidade Anhanguera - UNIDERP
Tabeliã de Notas e Protesto de Letras e Títulos de Nhandeara/SP*

alyneyumi@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo trata do caso do Povo Indígena Xucuru, que foi inicialmente submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), antes da condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O principal objetivo do trabalho é analisar as consequências da situação fática apurada pelo Relatório de Mérito nº 44/15 da CIDH, que concluiu pela violação, por parte do Brasil, de diversos dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Em razão das violações, foram expedidas recomendações ao Estado brasileiro que, uma vez não cumpridas, ensejaram a submissão do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a consequente ulterior condenação do Brasil. Conclui-se que o Brasil não somente poderia como deveria ter cumprido as recomendações da CIDH, não somente pela boa-fé que deve reger as relações internacionais, mas também porque a previsível posterior condenação pela Corte IDH foi ainda mais prejudicial à imagem do Brasil.

Palavras-chave Povo Indígena Xucuru. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Recomendações. Descumprimento.

ABSTRACT

This article deals with the case of the Xucuru Indigenous People, which was initially submitted to the Inter - American Commission on Human Rights, prior to the conviction of Brazil by the Inter - American Court of Human Rights. The main objective of the study is to analyze the consequences of the factual situation ascertained by the Report on the Merits nº 44/15 of the HDI Commission, which concluded that Brazil violated several provisions of the American Convention on Human Rights and the American Declaration of the Rights and Duties of Man. As a result of the violations, recommendations were issued to the Brazilian State, which, once unfulfilled, led to the submission of the case to the Inter-American Court of Human Rights, with the consequent subsequent conviction of Brazil. It is concluded that Brazil could not only as it should have complied with the Recommendations of the HDI Commission, not only for the good faith that must govern international relations, but also because the predictable subsequent condemnation by the Inter-American Court has been even more damaging to Brazil's image.

KEYWORDS: Xucuru Indigenous People. Inter-American Commission on Human Rights. Recommendations. Noncompliance.

Data de submissão: 26/11/2018

Data de aceitação: 15/07/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE TERRAS INDÍGENAS E A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 3 O POVO INDÍGENA XUCURU E A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: RECONHECIMENTO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. 4 RELATÓRIO DE MÉRITO E RECOMENDAÇÕES DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 5 DEVER DE CUMPRIMENTO DAS RECOMENDAÇÕES PELO BRASIL. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Apesar de iniciado em 1989, o Estado brasileiro ainda não concluiu o processo de delimitação, demarcação, titulação e, especialmente, a desintração da Terra Indígena Xucuru, no município de Pesqueira/PE.

A questão foi submetida à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que analisou os diversos aspectos fáticos e jurídicos da questão, em especial o descumprimento, pelo Brasil, de diversas disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A CIDH possui características e funções peculiares, merecendo destaque a expedição de recomendações, conforme estabelecido no artigo 41, alínea “b”, da Convenção Americana.

Os aspectos fáticos da questão foram exaustivamente apreciados pela CIDH, que concluiu pela existência de violências dirigidas aos índios Xucurus, que os impedem de, pacificamente, exercer seu modo de vida, de acordo com seus valores.

A legislação brasileira, como reconhecido pela CIDH, avançou substancialmente na questão atinente ao respeito pela preservação das culturas indígenas, superando o modelo integracionista do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73). A promulgação da Constituição Federal de 1988 e a ratificação da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) significaram substanciais avanços em relação ao modelo anterior.

Na prática, porém, a delimitação, a demarcação e a titulação da Terra Indígena Xucuru passaram por enormes dificuldades, inclusive com a existência de decisão judicial que excluiu parte da área reconhecida pelo Executivo Federal como terra indígena. O processo de desintração dos não indígenas ainda não foi concluído.

O Relatório de Mérito da Comissão Interamericana analisou a questão sob a ótica da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e expediu recomendações, que o Brasil não atendeu. Como consequência, o caso foi submetido, em 16.03.2016, à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que em 05.02.2018 condenou o Brasil com a consequente exposição ainda maior do país como descumpridor de direitos humanos.

O artigo procura analisar cada um desses aspectos e aprecia as consequências do descumprimento das recomendações pelo Estado brasileiro.

1. A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em 1948, durante a IX Conferência Interamericana, realizada em Bogotá, Colômbia, foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA) e adotada a Carta da OEA, que entrou em vigência em 13.12.1951. A Carta da OEA foi internalizada no Brasil através

do Decreto Legislativo nº 64, de 07.12.1949, e pelo Decreto nº 30.544, de 14.02.1952.

Posteriormente, por meio de protocolos, a Carta da OEA foi modificada, conforme destaca Isabel Hernández Gómez¹. Em 1967, adotou-se o Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos, também nominado de Protocolo de Buenos Aires, que foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº 66.774, de 24.06.1970. Em 1985, por meio do Protocolo de Cartagena das Índias, operou-se nova alteração, que foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 97.559, de 08.03.1989. Outra alteração ocorreu por intermédio do Protocolo de Washington, de 1992, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 2.760, de 27.08.1998. Finalmente, o Protocolo de Manágua, de 1993, internalizado no Brasil pelo Decreto nº 2.677, de 17.07.1988, completou a atual configuração da Carta da OEA.²

O artigo 106 da Carta da OEA previu a existência de uma “Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria”. Também estabeleceu o referido artigo que uma convenção interamericana estabeleceria a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da Comissão.

O artigo 3º da Carta da OEA reafirma diversos princípios, dentre os quais a proclamação da existência de direitos fundamentais da pessoa humana, sem distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo (artigo 3º, alínea “1”). O artigo 53, por sua vez, esclarece que a OEA realiza seus fins por intermédio de diversos órgãos, dentre os quais a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (artigo 53, alínea “e”).

Haideer Miranda Bonilla³ esclarece que, embora existente a previsão na Carta de 1948, somente em abril de 1959, em reunião realizada em Santiago, Chile, foi aprovada a Resolução VIII, na Quinta Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores, criando formalmente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que teve seu primeiro período de sessões em 1960.

Nos primeiros anos de sua existência, a Comissão Interamericana carecia de bases sólidas convencionais. Com base em uma interpretação extensiva do artigo 9º, alínea “b”, de seu Estatuto vigente à época, a Comissão iniciou estudos sobre a situação dos direitos

¹ GÓMEZ, I. H. **Sistemas internacionales de derechos humanos**, 2002. p. 172.

² O sítio eletrônico da OEA (<http://www.oas.org/dil/port/tratadosA-41Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dosEstadosAmericanos.htm>) assim descreve as alterações processadas na Carta: “Reformada pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos ‘Protocolo de Buenos Aires’, assinado em 27 de fevereiro de 1967, na Terceira Conferencia Interamericana Extraordinária, pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos ‘Protocolo de Cartagena das Índias’, assinado em 5 de dezembro de 1985, no Décimo Quarto período Extraordinário de Sessões da Assembléia Geral, pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos ‘Protocolo de Washington’, assinado em 14 de dezembro de 1992, no Décimo Sexto período Extraordinário de Sessões da Assembléia Geral, e pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos ‘Protocolo de Manágua’, assinado em 10 de junho de 1993, no Décimo Nono Período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral.”

³ MIRANDA B. H. *El sistema interamericana de derechos humanos*. In: Eduardo Andrés Velandia Canosa (Director Científico). **Derecho Procesal Constitucional**, 2014, p. 598.

humanos e formulou recomendações a governos da região. Alguns Estados objetavam que a Comissão Interamericana não poderia ter sido criada por uma simples Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores⁴.

Conforme previsto originalmente na Carta da OEA, operou-se a adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que foi assinada em 22.11.1969, embora somente tenha entrado em vigência em 18.07.1978, quando conseguiu reunir onze ratificações. Trata-se do principal instrumento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

O artigo 33 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê a existência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos como competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados que ratificaram a Convenção.

A Convenção Americana estabeleceu em seu artigo 39 que a Comissão prepararia seu próprio Estatuto, que deveria ser aprovado pela Assembleia Geral da OEA, bem como expediria seu regulamento⁵.

Portanto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem seu marco jurídico determinado pela Carta da OEA, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pelo Estatuto da Comissão e pelo Regulamento da Comissão.⁶

Com sede em Washington, Estados Unidos, a Comissão Interamericana é composta por sete membros e tem suas funções elencadas no artigo 41 da Convenção Americana, dentre as quais está a de formular recomendações:

Artigo 41.

A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

(...)

b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;

⁴ MIRANDA B. H. *El sistema interamericana de derechos humanos*. In: Eduardo Andrés Velandia Canosa (Director Científico). ***Derecho Procesal Constitucional***, 2014, p. 599.

⁵ Íntegra do Regulamento disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>>.

⁶ MIRANDA B. H. *El sistema interamericana de derechos humanos*. In: Eduardo Andrés Velandia Canosa (Director Científico). ***Derecho Procesal Constitucional***, 2014, p. 601.

Ao tornar-se parte da Convenção, o Estado aceita automática e obrigatoriamente a competência da Comissão Interamericana para examinar petições individuais, sem a necessidade de qualquer declaração específica adicional.⁷

A atividade da Comissão Interamericana é quase-jurisdicional e nas denúncias individuais regidas pela Convenção Americana há um procedimento com todas as garantias, como salienta Juan Carlos Hitters.⁸

Maria Beatriz Galli e Ariel E. Dulitzky⁹ também mencionam o caráter quase-judicial da Comissão, que atua como uma espécie de Ministério Público do sistema interamericano, tal qual, inclusive, afirmou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “*Viviana Gallardo y otras*”, § 22, em 13.11.1981¹⁰.

A Comissão Interamericana não prolata sentenças, de sorte que inexistem instrumentos para tornar efetivas as conclusões da Comissão, mesmo nas recomendações fundadas no artigo 41, alínea “b”, da Convenção Americana. Depende fundamentalmente da boa-fé dos Estados, que é princípio básico das relações internacionais, conforme artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Segundo decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “*Caballero Delgado y Santana vs. Colômbia*”, em sentença de 08.12.1995, § 67¹¹, as recomendações não configuram decisões judiciais obrigatórias, cujo descumprimento geraria a responsabilidade do Estado.

Como destacam Cecília Medina Quiroga e Claudio Nash Rojas¹², os procedimentos desenhados pela Convenção Americana tratam idealmente de Estados em que o direito prevalece, de sorte que a apreciação das violações isoladas de direitos humanos se opera pelo sistema interamericano quando a rede de proteção nacional falha.

Admite-se o processamento perante a Comissão após apreciados os pressupostos estabelecidos na Convenção e no Regulamento, inclusive o esgotamento da jurisdição interna. É possível, inicialmente, a obtenção de uma solução amistosa, que está prevista nos artigos 48, § 1º, “f”, da Convenção, e 40 do Regulamento. Deve a solução amistosa ser fundada no respeito aos direitos humanos previstos na Convenção Americana, na Declaração

⁷ PIOVESAN, F. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: A Convenção Americana dos Direitos Humanos. In: Luiz Flávio Gomes, _____ (Coord). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**, 2000, p. 36-37.

⁸ HITTERS, J. C.; Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, 2008, p. 136.

⁹ GALLI, M. B; DULITZKY, A. E. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: Luiz Flávio Gomes, Flávia Piovesan (Coord.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**, 2000, p. 64.

¹⁰ Íntegra da decisão disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_101_81_esp.doc>.

¹¹ Íntegra da sentença disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf>.

¹² QUIROGA, C. M.; ROJAS, C. N. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección**, 2011, p. 7.

Americana e em outros instrumentos aplicáveis ao caso.

Conforme dispõem o artigo 50 da Convenção Americana e os artigos 43 e 44 do Regulamento da Comissão Interamericana, não havendo a solução amistosa, a Comissão analisa o mérito e formula proposições e recomendações ao Estado, que devem ser cumpridas em três meses, conforme artigo 51, § 1º, da Convenção, e artigo 47 do Regulamento.

Consoante salienta Ernesto Rey Cantor¹³, se o Estado não cumpre as recomendações, a Comissão pode: 1) emitir um informe definitivo, concedendo ao Estado um prazo adicional para cumprimento, findo o qual aprecia, se publica o informe, ou; 2) desde logo submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso o Estado seja parte na Convenção e tenha aceitado a competência contenciosa da Corte.

A Comissão Interamericana, além da apreciação dos fatos, deve analisar, no caso concreto, a compatibilização da legislação de cada Estado com as regras do sistema interamericano, operando-se um controle de convencionalidade em uma atividade quase-jurisdicional.

Conforme dispõe o artigo 44 da Convenção Americana, qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organização não-governamental, reconhecida em um ou mais países membros da OEA, pode peticionar à Comissão acerca de violações de direitos humanos.

Conforme dispõe o artigo 25, § 1º, do Regulamento, a Comissão Interamericana pode solicitar que o Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto do processo.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no exercício de suas atribuições, analisou o caso do Povo Indígena Xucuru e formulou recomendações que o Brasil não atendeu, conforme abaixo se apreciará.

2. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE TERRAS INDÍGENAS E A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O reconhecimento das terras indígenas está diretamente relacionado com a condição de indígena, consoante disposto nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal. Referida condição se estabelece por meio de comunidades culturais e não se funda no fator biológico, que está atualmente superado. Destaca José Afonso da Silva¹⁴:

Enfim, o sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. A dizer, é índio quem se sente índio. Essa auto-identificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada

¹³ CANTOR, E. R. *Acceso sistema interamericano de derechos humanos*. In: Eduardo Andrés Velandia Canosa (Director científico). *Derecho Procesal Constitucional*, 2012, p. 40-41.

¹⁴ SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2005, p. 853.

na continuidade histórica do passado pré-colombiano que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para a identificação do índio brasileiro. Essa pertinência em si mesma, embora interagindo um grupo com outros, é que lhe dá a continuidade étnica identificadora.

As previsões constitucionais acerca dos direitos dos indígenas, em especial a superação da concepção integracionista e de assimilação natural, adotadas pelo Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), são elogiados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Critica-se, porém, o fato de que as áreas indígenas no Brasil são bens da União e não das comunidades indígenas¹⁵.

Antes da Constituição Federal de 1988, o Estatuto do Índio determinava, em seu artigo 1º, o intento integracionista e seguia a mesma trilha da Convenção 107 da OIT¹⁶, de 05.06.1957, cujo artigo 2º expressava o propósito de integração progressiva dos indígenas.

Atualmente, está em vigência a Convenção 169, de 27.06.1989, da OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 5.051, de 19.04.2004, segundo a qual os governos, com a participação dos interessados, devem proteger os direitos dos povos indígenas e garantir o respeito pela sua integridade (artigo 2º da Convenção). A consciência acerca da identidade indígena ou tribal é o critério fundamental para determinar a condição indígena (artigo 1º, §2º, da Convenção). Como salienta Deborah Duprat:

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) disciplina uma nova relação do Estado nacional com o seu “povo”, circunstância facilmente identificada se confrontada com o texto normativo que lhe é anterior e que é por ela expressamente revogado: a Convenção 107 da mesma OIT. Enquanto esse último documento consignava como propósito a assimilação de minorias étnicas à sociedade nacional, o presente, já em seu preâmbulo, evidencia a ruptura com o modelo anterior.¹⁷

(...)

A Convenção 169 da OIT é seguramente o documento internacional que mais e melhor traduziu a passagem do Estado nacional de matiz hegemônico para a sua vertente de pluralismo cultural e étnico. Se, por um lado, tornou visíveis grupos historicamente deslocados para as

¹⁵ Relatório 44/15, Caso nº 12.728, página 08, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

¹⁶ A Convenção 107 da OIT foi internalizada pelo Decreto nº 58.824, de 14.07.1966.

¹⁷ DUPRAT, D. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. **RCJ - Revista Culturas Jurídicas**, 2014, p. 52.

margens da sociedade, por outro, tratou dos mecanismos necessários para lhes garantir domínio de suas próprias vidas e espaço no cenário público. O reforço de suas liberdades expressivas é o principal deles.¹⁸

A Constituição Federal de 1988, seguindo tendência mundial, como salienta Lásaro Moreira da Silva¹⁹, reconheceu diversos direitos aos índios, concernentes a “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens²⁰”.

Tem-se, portanto, um grande avanço no modelo adotado atualmente no plano constitucional brasileiro para o reconhecimento de direitos e demarcação de terras indígenas. Existe, porém, no aspecto que interessa ao presente artigo, uma diferença importante no que tange à titulação da terra indígena e que não passou despercebida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O artigo 20, inciso XI, da Constituição Federal estabelece que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União. Aos índios, nos termos do artigo 231, §2º, da CF, reserva-se a “posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”.

Porém, o artigo 14 da Convenção 169 da OIT é mais amplo e garante também o direito de propriedade e não apenas a posse das terras pelos indígenas. O artigo 14.2 complementa a disposição, salientando que “Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse”.

Quanto ao procedimento, o Estatuto do Índio, no que não contradiz a Constituição Federal, está em vigência e seu artigo 19 determina que as terras indígenas são demarcadas administrativamente por iniciativa e orientação da Funai, consoante processo estabelecido em Decreto do Poder Executivo. Para tal propósito, está atualmente em vigência o Decreto nº 1.775, de 08.01.1996.

3. O POVO INDÍGENA XUCURU E A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: RECONHECIMENTO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DE TERRA INDÍGENA.

¹⁸ DUPRAT, D. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. **RCJ - Revista Culturas Jurídicas**, 2014, p. 71.

¹⁹ SILVA, L. M. da. O reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre suas terras tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a extensão do conceito de terras indígenas tradicionalmente ocupadas. **Revista Jurídica Unigran**, 2004.

²⁰ Constituição Federal de 1988, artigo 231.

Por meio do Relatório nº 44/15²¹, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos analisou o Caso 12.728 e emitiu, em 28.07.2015, sua apreciação acerca do mérito da questão atinente ao Povo Indígena Xucuru, no Brasil.

O Relatório da Comissão Interamericana descreve com detalhes a sequência de fatos.

Em 16.10.2002, o Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH)/Regional Nordeste, o Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (Gajop) e o Conselho Indigenista Missionário (Cimi) apresentaram uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, informando acerca de supostas violações à propriedade coletiva e garantias e proteções judiciais, conforme estabelecido nos artigos 8, 21 e 25 da Convenção Americana, relacionadas ainda com violação à obrigação de respeitar os direitos e adotar disposições de direito interno previstas nos artigos 1.1 e 2, da Convenção Americana, tendo como vítima o Povo Indígena Xucuru²².

A violação se consubstanciaria, segundo a petição das entidades, na demora no processo de demarcação do território ancestral e na ineficácia da proteção judicial destinada a garantir esse direito, bem como a falta de recursos judiciais eficazes e acessíveis²³.

Em 29.10.2009, a Comissão Interamericana emitiu o Relatório de Admissibilidade nº 98/09 estabelecendo que os fatos poderiam caracterizar violações aos direitos estabelecidos nos artigos 8, 21, 25, 1.1 e 2, todos da Convenção Americana²⁴, assim como os artigos XVIII e XXIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem²⁵.

Não houve solução amistosa, embora a Comissão tenha se colocado à disposição das partes para a sua obtenção. Durante todo o trâmite do processo, prevaleceram as medidas cautelares deferidas pela Comissão, sendo solicitado que o Brasil adotasse todas as medidas necessárias para proteger a integridade física e a vida de Marcos Luidson de Araújo (Cacique Marquinhos) e sua mãe, Zenilda Maria de Araújo, bem como iniciasse investigação séria e exaustiva sobre os fatos que deram azo às medidas cautelares²⁶.

²¹ Íntegra do Relatório 44/15, Caso 12.728, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

²² Relatório 44/15, Caso 12.728, página 01, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

²³ Relatório 44/15, Caso 12.728, página 01, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

²⁴ Relatório 44/15, Caso 12.728, página 01, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

²⁵ Íntegra da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm>.

²⁶ Relatório 44/15, Caso 12.728, página 02, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

A Comissão Interamericana admitiu como provado o fato de que a Terra Indígena Xucuru possui uma população de aproximadamente 7.000 índios e se localiza no município de Pesqueira, em Pernambuco²⁷.

O Relatório de Mérito faz referência ao Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil, da própria Comissão Interamericana, de 1997. Na oportunidade, a Comissão constatou que a demarcação da terra indígena era realizada pela Fundação Nacional do Índio (Funai), em meio a um clima de insegurança geral e com poucos recursos. Verificou, também, que a situação do Povo Indígena Xucuru era um exemplo típico dos principais obstáculos que dificultavam o reconhecimento e a consolidação de terras indígenas no Brasil²⁸.

Segundo apurado pelo Relatório de 1997, apenas 12% do território indígena Xucuru era efetivamente ocupado pelos indígenas, sendo o restante ocupado por 281 fazendas e madeiras.

A Comissão Interamericana também cita, na análise de mérito, o Relatório Especial das Nações Unidas sobre a situação dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos indígenas, de 2009, que menciona o caso dos Índios Xucurus como exemplo de violência sofrida pelos povos indígenas, por ocasião dos processos de demarcação de terras²⁹.

A violência contra integrantes do povo Xucuru ou seus defensores foi constatada, inclusive, durante o processo de demarcação da terra indígena. Salienta a Comissão Interamericana que, nesse período, foram assassinados: José Everaldo Rodrigues Bispo, filho do Pajé do povo Xucuru, em 04.09.1992; Geraldo Rolim, representante da Funai e defensor dos indígenas, em 14.05.1995; Cacique Xicão, chefe do povo Xucuru, em 21.05.1998. A mulher do Cacique Xicão, Zenilda Maria de Araújo, sofreu ameaças de morte, o que também se deu com seu filho, o Cacique Marquinhos que, inclusive, foi vítima de tentativa de homicídio, em 07.02.2003, perpetrada por um grupo dissidente dos Xucurus³⁰.

O processo administrativo de demarcação da terra indígena, iniciado em 1989, somente foi concluído em 2005, com o registro da Terra Indígena Xucuru. Porém, até 2015, não tinha sido completada a desintrusão da área, com a retirada de não indígenas³¹.

Em 1989, o Grupo Técnico constituído com o propósito de realizar a identificação e a delimitação da terra indígena concluiu que o Povo Xucuru tinha direito a uma área de 26.980 hectares de terra. A conclusão do Grupo Técnico foi aprovada posteriormente, em

²⁷ Relatório 44/15, Caso 12.728, página 07, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

²⁸ Relatório 44/15, Caso 12.728, página 07, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

²⁹ Relatório 44/15, Caso 12.728, página 07, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

³⁰ Relatório 44/15, Caso 12.728, página 15, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

³¹ Relatório 44/15, Caso 12.728, página 11, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

1992, pelo Presidente da Funai e pelo Ministro da Justiça, que declarou os limites da terra indígena e determinou a sua demarcação. Porém, na ocasião, a maior parte da terra indígena estava ocupada por pessoas que não são indígenas, inexistindo qualquer atitude do governo brasileiro para a desintrusão da área, até 1995³².

Em 1995, operou-se a retificação da área da Terra Indígena Xucuru, que passou a contar com 27.055,0583 hectares, sendo efetuada a demarcação física do território. Porém, no mesmo ano, foi editado o Decreto nº 1.775, que determinou a possibilidade de manifestação dos interessados no processo de demarcação³³.

Em razão de norma de transição estabelecida no Decreto nº 1.775, pessoas interessadas, inclusive o município de Pesqueira/PE, apresentaram diversas contestações administrativas³⁴, que foram rechaçadas em duas ocasiões, a segunda delas em razão de reabertura de prazo para questionamento administrativo, determinada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)³⁵.

Apesar da rejeição das contestações administrativas, nenhum ato foi praticado, entre 1997 e 2001, para desintrusão da terra indígena³⁶.

Em 02.05.2001, foi publicado o Decreto do Presidente da República homologando a demarcação da Terra Indígena Xucuru, com 27.055,0583 hectares, de sorte que, nos termos do artigo 6º do Decreto nº 1.775, a Funai deveria efetuar, no prazo máximo de 30 dias, o registro do território no cartório imobiliário de Pesqueira/PE e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda³⁷.

O registro somente foi efetuado em 2005, embora tenha sido requerido pela Funai em 17.05.2001, uma vez que o Oficial do Registro de Imóveis de Pesqueira/PE suscitou dúvida, que somente foi julgada em 2005, operando-se finalmente a titulação como propriedade da União e posse permanente do Povo Indígena Xucuru³⁸.

Entre 2001 e 2005, foram efetuados pagamentos de indenizações a diversos ocupantes não indígenas, mas por ocasião da titulação ainda remanesciam pessoas estranhas à comunidade indígena na área.

³² Relatório 44/15, Caso 12.728, página 12, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

³³ Relatório 44/15, Caso 12.728, página 13, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

³⁴ O Relatório da Comissão Interamericana menciona 272 ou 269 contestações.

³⁵ Relatório 44/15, Caso 12.728, página 13, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

³⁶ Relatório 44/15, Caso 12.728, página 13, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

³⁷ Relatório 44/15, Caso 12.728, página 14, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

³⁸ Relatório 44/15, Caso 12.728, página 14, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>.

Conforme Relatório da Comissão Interamericana, desde 1992, foram ajuizadas ações questionando a demarcação da Terra Indígena Xucuru. O Relatório menciona a pendência de julgamento, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), de ação ajuizada por Milton do Rego Barros Didier e sua mulher, cujo Recurso Especial tomou o número 646.933/PE. Consulta aos sítios eletrônicos do STJ³⁹ e do Supremo Tribunal Federal (STF)⁴⁰ informam que, após remessa dos autos ao STF, operou-se o trânsito em julgado, em 28.03.2014, com decisão favorável aos autores, no Recurso Extraordinário que tomou o número 738.012. Segundo o Relatório da Comissão Interamericana, trata-se da posse de uma fazenda de aproximadamente 300 hectares, que foi, por decisão judicial, excluída da Terra Indígena Xucuru.

Também há menção à ação 0002246-51.2002.4.05.8300, ajuizada por Paulo Pessoa Cavalcanti de Petribu e outros, que estaria pendente de apreciação pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Consulta ao sítio eletrônico do tribunal⁴¹, porém, informa que a apelação foi julgada, havendo interposição de Recurso Especial, que foi remetido ao STJ em 25.11.2014. Apesar de reconhecer a nulidade do processo de demarcação, o TRF da 5ª Região apenas admitiu o direito dos não indígenas à indenização. No STJ, o Recurso Especial tomou o nº 1.501.362/PE e está concluso ao relator desde 01.09.2016⁴².

A Comissão Interamericana tomou como provado o contexto fático e jurídico interno, consistente em demora para demarcação, presença de não indígenas na Terra Indígena Xucuru e decisões judiciais desfavoráveis à demarcação ou pendentes de julgamento. Com base nesse contexto fático e jurídico, apreciou o mérito e expediu recomendações ao Brasil.

4. RELATÓRIO DE MÉRITO E RECOMENDAÇÕES DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão Interamericana externou no Relatório de Mérito as bases de seu próprio entendimento e o da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da propriedade dos povos indígenas sobre seus territórios ancestrais, com lastro no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que versa sobre o direito à propriedade privada. Assim destaca o Relatório de Mérito (§§ 66 e 67):

Nesse sentido, a CIDH afirmou que os povos indígenas e tribais têm um direito de propriedade comunal sobre as terras que usaram e ocuparam tradicionalmente, e que a natureza desse direito está relacionada às modalidades de uso da terra e à posse consuetudinária da terra. Também faz-se mister ressaltar que, como estabelecido con-

³⁹ Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>.

⁴⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4376731>>.

⁴¹ Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/processo/2002.83.00.002246-6>>.

⁴² Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>.

sistentemente pelos órgãos do sistema interamericano, a propriedade territorial indígena é uma forma de propriedade que não está baseada no reconhecimento oficial pelo Estado, mas sim no uso e posse tradicionais das terras e recursos; os territórios dos povos indígenas e tribais “pertencem a eles pelo seu uso ou ocupação ancestral”. O direito de propriedade comunal indígena fundamenta-se, ainda, nas culturas jurídicas indígenas, e nos seus sistemas ancestrais de propriedade, independentemente do reconhecimento estatal; a origem dos direitos de propriedade dos povos indígenas e tribais encontra-se, portanto, no sistema consuetudinário de posse da terra que existe tradicionalmente entre as comunidades.

(...)

Além desta concepção coletiva da propriedade, os povos indígenas têm uma relação especial, única e internacionalmente protegida com seus territórios ancestrais, o que não ocorre no caso dos não indígenas. Esta relação especial e única entre os povos indígenas e seus territórios tradicionais possui proteção jurídica internacional. Segundo afirmado tanto pela CIDH como pela Corte Interamericana, a preservação da conexão particular existente entre as comunidades indígenas e suas terras e recursos vincula-se à existência mesma destes povos e, portanto “merece medidas especiais de proteção”. O direito à propriedade dos povos indígenas e tribais protege esse vínculo poderoso que os mesmos possuem com seus territórios e com os recursos naturais ligados à sua cultura que aí se encontrem.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua⁴³, sentença de 31.08.2001, § 151, destacou que o direito consuetudinário dos povos indígenas deve ser levado especialmente em conta. Salientou que, como produto do costume, a posse da terra basta para que as comunidades indígenas obtenham o reconhecimento oficial da propriedade e o consequente registro.

Na ocasião, a Corte IDH registrou (§ 149) que entre os indígenas existe uma tradição comunal de propriedade coletiva da terra, que não se centra no indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Acrescentou que a estreita relação dos indígenas com a terra ancestral deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental da cultura, da vida espiritual, da integridade e da sobrevivência econômica da comunidade. O vínculo com a terra não é apenas econômico, mas necessário para preservar o legado cultural.

No caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai⁴⁴, sentença de 29.03.2006, § 128, a Corte IDH foi ainda mais incisiva e afirmou que a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras equivale ao título de domínio expedido pelo Estado. Acrescentou

⁴³ Íntegra da sentença disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>.

⁴⁴ Íntegra da sentença disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>.

que os indígenas que, por causas alheias à sua vontade, tenham perdido a posse das terras tradicionais têm direito a recuperá-las ou a obter outras de igual extensão e qualidade, de sorte que a posse atual não é um requisito condicionante do direito às terras tradicionalmente ocupadas. O mesmo posicionamento foi reiterado pela Corte no julgamento do caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai⁴⁵, sentença de 24.08.2010.

Ao julgar o caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai⁴⁶, sentença de 17.06.2005, § 137, a Corte IDH destacou que a estreita vinculação dos povos indígenas com suas terras tradicionais, recursos naturais ligados à sua cultura e os elementos incorporais, devem ser protegidos pelo artigo 21 da Convenção Americana.

A propriedade comunal, como destaca Carlos Arturo Hernández⁴⁷, tem estreita relação com a identidade cultural das comunidades, sobrevivência e transmissão das tradições às gerações futuras.

A Corte IDH interpreta o artigo 21 da Convenção Americana de forma a corresponder à verdadeira proteção que se deve outorgar às pessoas, em especial às comunidades indígenas. Como destacou a Corte, no caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua⁴⁸ (§ 146), a terminologia de um tratado internacional de direitos humanos tem sentido autônomo e as convenções devem servir como instrumentos vivos, cuja interpretação deve amoldar-se à evolução dos tempos, em particular as condições da vida atual.

Ao julgar o caso Ivcher Bronstein vs. Peru⁴⁹, sentença de 06.02.2001, § 122, a Corte destacou que o conceito de bem compreende também os elementos incorpóreos ou imateriais suscetíveis de valor.

O mesmo argumento foi utilizado no já citado caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua, § 144. Acrescentou-se na ocasião (§ 145) que, por ocasião dos trabalhos preparatórios da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, foi substituída a expressão “propriedade privada” por “uso e gozo de seus bens”, conforme se lê no §1º do artigo 21 da Convenção.

Argumentou a Corte IDH, no caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai⁵⁰, sentença de 29.03.2006, § 120, que a noção indígena de propriedade e posse coletiva,

⁴⁵ Íntegra da sentença disponível em <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>.

⁴⁶ Íntegra da sentença disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>.

⁴⁷ HERNÁNDEZ, C. A. *Reparaciones a las comunidades indígenas en El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*. In: Eduardo Andrés Velandia Canosa (Director Científico). **Derecho Procesal Constitucional**. 2014, p. 773.

⁴⁸ Íntegra da sentença disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf>.

⁴⁹ Íntegra da sentença disponível em <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_casos_con_tenciosos.cfm?lang=es>.

⁵⁰ Íntegra da sentença disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>.

centrada na comunidade, é também uma noção de domínio e posse que não corresponde à concepção clássica de propriedade e posse, mas está igualmente protegida pelo artigo 21 da Convenção Americana. Acrescentou que desconhecer as versões específicas do direito de uso e gozo dos bens, estabelecidos por cada cultura, uso, costume ou crença de cada povo, equivaleria a sustentar que só existe uma forma de usar e dispor dos bens, excluindo milhões de pessoas da proteção do artigo 21 da Convenção Americana.

Problema muito sério relacionado ao reconhecimento de ocupação tradicional de terras por indígenas diz respeito ao momento da eventual cessação do direito de recuperação das terras tradicionais.

Ao julgar o Recurso Especial (REsp) nº 646.933/PE⁵¹, decorrente de ação ajuizada por Milton do Rego Barros Didier e sua mulher, atinente à demarcação da Terra Indígena Xucuru, o STJ, em 06.11.2007, afirmou que a proteção constitucional aos índios, no Brasil, teve início com a Constituição de 1934 e, na ocasião, não mais existia posse por parte da comunidade indígena na fazenda dos autores.

O STF tem posição bastante restrita quanto ao tema. Ao julgar a Pet. 3.388, Relator Min. Carlos Britto, DJe de 01.07.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal estabeleceu que o marco temporal a ser considerado, para efeito de reconhecimento como terra indígena, é a data da promulgação da Constituição (05.10.1988). Ao julgar o ARE 803.462-AgR/MS⁵², Relator Min. Teori Zavascki, DJe de 12.02.2015, o STF reiterou o mesmo posicionamento, afirmando que, em 05.10.1988, deve haver posse indígena ou pelo menos “situação de disputa possessória, fática ou judicializada, ou de outra espécie de inconformismo que pudesse caracterizar a presença de não índios como efetivo ‘esbulho renitente’”.

A decisão do STJ, relacionada diretamente com o caso concreto dos índios Xucurus, e a posição adotada pelo STF conflitam com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao julgar o caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai⁵³, sentença de 29.06.2006, § 131, a Corte assim definiu os termos da questão:

El segundo punto de análisis se refiere a si el derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece indefinidamente en el tiempo. Para dilucidar este asunto, la Corte toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza,

⁵¹ Íntegra dos votos e do acórdão disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=735486&numero_registro=200302301693&data=20071126&formato=PDF>.

⁵² Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=299157261&ext=.pdf>>.

⁵³ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_146_esp2.pdf.

*pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura*⁵⁴.

Enquanto o STF fixa um termo certo, a data da promulgação da Constituição, a Corte IDH estabelece um conceito mais elástico e que se funda na existência de uma base espiritual ou material de identidade, sustentada na relação única com as terras tradicionais e que pode manifestar-se de diversas maneiras, não exclusivamente pela posse efetiva ou pela existência de disputa possessória, como fixado pelo STF.

Considerando as normas interpretativas do artigo 29 da Convenção Americana, a CIDH também sustenta a aplicação da Convenção nº 169 da OIT, cujo artigo 14, §1º, garante o direito de posse e propriedade aos povos interessados sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Ao julgar o caso do Povo Saramaka vs. Suriname⁵⁵, sentença de 28.11.2007, § 115, a Corte IDH reconheceu que, mais do que atribuir o uso da terra aos indígenas, o Estado deve outorgar-lhes um título permanente, que deve ser reconhecido e respeitado, bem como deve ser efetuada a delimitação e a demarcação das terras.

No Relatório de Mérito, a CIDH salienta que, no Brasil, a Constituição (artigo 20, inciso XI) não atribui aos povos indígenas a propriedade sobre a terra, mas apenas a posse permanente e o usufruto exclusivo dos recursos existentes na área. Apesar de registrar a dissonância com a jurisprudência da Corte Interamericana, que estabelece a propriedade para as comunidades indígenas e não para o Estado, salienta a CIDH que a questão não foi objeto de controvérsia no feito, não sendo apresentadas alegações específicas sobre o alcance e a natureza do título em si.

Outro aspecto destacado pelo Relatório de Mérito diz respeito à falta de desintrusão efetiva da terra indígena. Salientou a Comissão que um dos objetivos centrais da proteção do direito dos índios é o de assegurar o gozo efetivo da propriedade territorial pelos membros da comunidade.

No caso concreto, apesar de efetuado o registro da terra indígena e reconhecida pelo Executivo brasileiro a posse permanente pelos indígenas, remanesce parte da área ocupada por não indígenas. Acrescenta a CIDH que “a propriedade e posse efetivas encontram-

⁵⁴ Tradução livre: “O segundo ponto de análise refere-se a se o direito de recuperação de terras tradicionais permanece indefinidamente no tempo. Para elucidar este assunto, a Corte toma em conta que a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas se sustenta principalmente em sua relação única com suas terras tradicionais. Enquanto essa relação existir, o direito à reivindicação permanecerá vigente, caso contrário, se extinguirá. Dita relação pode expressar-se de distintas maneiras, segundo o povo indígena de que se trate e as circunstâncias concretas em que se encontre, e pode incluir o uso ou presença tradicional, seja através de laços espirituais ou cerimoniais assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou colheita estacional o nómade; uso de recursos naturais ligados a seus costumes; e qualquer outro elemento característico de sua cultura”.

⁵⁵ Íntegra da sentença disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>.

se continuamente ameaçadas, usurpadas ou reduzidas por distintas ações de fato ou de direito.”

O Brasil argumentou perante a CIDH que a desintrusão não havia se efetivado porque não se poderia ignorar a existência de ocupantes de parte da terra indígena que não são indígenas e estão de boa-fé. A Comissão, porém, tem entendimento no sentido de que, havendo conflito entre direito de propriedade de comunidades indígenas com direito de propriedade individual, apoia-se o caráter preferencial da propriedade indígena, que ao contrário da propriedade individual, não é suscetível de indenização.

Assim, o reconhecimento tardio e a incapacidade do Brasil em assegurar a propriedade e a posse pacíficas da terra indígena aos membros da comunidade Xucuru constituíram violação ao artigo 21, em conexão com os artigos 1.1 e 2, todos da Convenção Americana, a partir da ratificação pelo Brasil, que se deu em 25.09.1992. No período anterior, a Comissão considerou aplicável o artigo XXIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Em virtude da insegurança e da violência sofridas pelos índios Xucurus, decorrentes da falta de reconhecimento oportuno, da falta de proteção eficaz e a ineficácia da desintrusão, considerou-se violado o disposto no artigo 5.1 da Convenção Americana.

Reconheceu-se, ainda, a violação aos artigos 8.1 e 25.1, combinado com artigo 1.1, todos da Convenção Americana, uma vez que o Brasil não cumpriu com sua obrigação de fornecer ao Povo Indígena Xucuru e a seus membros um recurso efetivo e acorde com o devido processo para resolver um reclamo territorial, bem como demorou mais que o razoável para resolver questões atinentes às duas ações ajuizadas por não indígenas. O Relatório do Mérito da CIDH também registrou que as duas ações em trâmite no Judiciário brasileiro continham decisões contrárias ao entendimento da Comissão e da Corte IDH.

Ao final, a Comissão expediu recomendações ao Brasil para; a) adotar as medidas, inclusive administrativas e legislativas, para realizar a desintrusão efetiva do território ancestral do Povo Indígena Xucuru, permitindo que os membros do povo indígena possam viver de forma pacífica o seu modo de vida tradicional; b) julgar os processos pendentes ajuizados por não indígenas, aplicando os parâmetros sobre direitos dos povos indígenas expostos no Relatório de Mérito; c) reparar no âmbito individual e coletivo as consequências da violação dos direitos dos indígenas, especialmente os danos provocados pela demora no reconhecimento, demarcação e delimitação das terras, bem como a falta de desintrusão do território ancestral; d) adotar as medidas necessárias para evitar que no futuro ocorram fatos similares, em especial adotando um recurso simples, rápido e efetivo que tutele o direitos dos povos indígenas do Brasil.

5. DEVER DE CUMPRIMENTO DAS RECOMENDAÇÕES PELO BRASIL

O cumprimento de boa-fé dos tratados é regra fundamental do Direito Internacional, conforme previsto no artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Da mesma forma, o artigo 33, alínea “a”, da Convenção Americana estabelece que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é competente para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes.

Assim, embora as recomendações da CIDH não configurem decisões judiciais de cumprimento obrigatório, como decidiu a Corte IDH no caso “*Caballero Delgado y Santana vs. Colômbia*”⁵⁶, em sentença de 08.12.1995, § 67, devem ser elas cumpridas em razão da boa-fé.

De qualquer sorte, parte das recomendações poderia ser cumprida facilmente pelo Estado brasileiro e parte dependeria de uma solução criativa que anulasse os efeitos contrários ao Povo Xucuru.

Poderia facilmente ser cumprida a obrigação de reparar no âmbito individual e coletivo as consequências da violação dos direitos dos indígenas, especialmente os danos provocados pela demora no reconhecimento, demarcação e delimitação das terras, bem como a falta de desintrusão do território ancestral. Bastaria para tanto a apuração, em processo administrativo, dos danos causados, indenizando-se o povo indígena. A questão, portanto, resolve-se no plano financeiro ou prestacional.

A recomendação atinente à adoção de medidas necessárias para evitar que no futuro ocorram fatos similares, em especial a existência de um recurso simples, rápido e efetivo que tutele os direitos dos povos indígenas do Brasil, não carece de maiores dificuldades e se resume a conferir rapidez aos processos de delimitação, demarcação, titulação e desintrusão de outras terras indígenas. Não há uma situação especificada a ser reparada, que demande maiores esforços que os já ordinários.

Maiores dificuldades existem com relação às recomendações de efetiva desintrusão e julgamento dos casos segundo o entendimento da Comissão Interamericana. As duas questões estão parcialmente interligadas.

No que tange à desintrusão efetiva, inexistindo decisão judicial favorável a muitos não indígenas, a questão se resolve no plano financeiro, mediante indenização, inexistindo maiores dificuldades legais. Porém, em um dos casos, há decisão judicial transitada em julgado em favor de um não indígena, concernente a uma área de aproximadamente 300 hectares.

A responsabilidade internacional advinda de eventual descumprimento de tratado pode dar-se por ato praticado ou tolerado por qualquer dos Poderes do Estado, de qualquer nível da federação, uma vez que o Direito Internacional não considera as divisões políticas

⁵⁶ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf.

do Estado, como salienta Marcelo D. Varella⁵⁷. Como se verá adiante, o descumprimento das Recomendações motivou a Comissão a levar o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, do que redundou a condenação do Brasil, cuja sentença tem cumprimento obrigatório, nos termos do artigo 68.1 da Convenção Americana. Eventual descumprimento de sentença da Corte IDH provocaria a responsabilidade internacional do Brasil motivada por decisão judicial interna.

Dentro da estrutura de divisão de poderes existente no Brasil, não poderia o Executivo, que representa o Brasil nas relações internacionais (artigo 84, incisos VII e VIII, da CF), exigir que o Judiciário decidisse de alguma forma específica. Porém, mesmo com o trânsito em julgado da decisão favorável aos não indígenas, no RE 738.012, há uma saída para o impasse, consistente na desapropriação da área pelo Estado brasileiro, mediante justa indenização em favor de Milton do Rego Barros Didier e sua mulher, autores da ação, com a consequente entrega das terras aos indígenas. Assim, cumprir-se-ia a recomendação de desintrusão, bem como a decisão do Judiciário interno, que reconheceu a propriedade aos não indígenas.

No que tange ao feito 0002246-51.2002.4.05.8300, atualmente Recurso Especial 1.501.362/PE, em trâmite do STJ, há necessidade de análise do feito, que se resolveria com preferência do julgamento. Caso confirmado o acórdão do TRF 5ª Região, a questão também se resolveria em indenização. Mais problemático, porém, será se o STJ conferir provimento ao Recurso Especial e anular todo o processo de demarcação, como pleiteado pelos autores.

Verifica-se, portanto, que o cumprimento das recomendações da Comissão Interamericana, pelo Brasil, demandaria apenas alocação de recursos financeiros e boa vontade do Estado brasileiro.

Porém, o Brasil não cumpriu as recomendações da Comissão Interamericana, o que motivou a submissão do caso à Corte Interamericana, pela CIDH, no dia 16.03.2016⁵⁸. A submissão à Corte, por sua vez, redundou na condenação do Brasil⁵⁹, com a consequente exposição internacional da condição de descumpridor de direitos humanos, e ainda poderia ter agravado a própria situação estabelecida nas recomendações da CIDH.

A CIDH, no Relatório de Mérito, apenas mencionou a questão da titulação em nome da União e não dos indígenas. A jurisprudência da Corte indica a necessidade de titulação em nome do povo indígena, e a questão poderia eventualmente ter sido discutida na Corte. Eventual condenação à titulação em nome dos indígenas faria surgir a grave situação de contraste entre a Constituição brasileira (artigo 20, inciso XI) e a Convenção Americana, segundo a interpretação que lhe é conferida pela Corte Interamericana.

A matéria não foi discutida na Comissão Interamericana, como já se salientou, e também não foi submetida à Corte Interamericana, embora tenha sido mencionada por ocasião

⁵⁷ VARELLA, M. D. **Direito Internacional Público**, 2016, p. 413.

⁵⁸ Carta de submissão disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp>>.

⁵⁹ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf.

das alegações finais no Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil, §§ 163 a 166.

Não se pode olvidar que a Corte IDH entende que as sentenças, por ela proferidas em controle de convencionalidade na jurisdição contenciosa, constituem sub-regras para apreciar casos futuros, configurando-se precedentes vinculantes e fonte do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como destaca Eduardo Andrés Velandia Canosa^{60 61}.

Assim, ao invés de cumprir recomendações que se resumem basicamente a aspectos financeiros, embora também demandem prioridade de tramitação de um processo judicial e a desapropriação de uma área, o Estado brasileiro poderia ter sido compelido, por decisão da Corte Interamericana, a modificar sua própria Constituição para não ser responsabilizado no plano internacional⁶².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O longo prazo decorrido nos trâmites administrativos e judiciais para delimitação, demarcação e titulação da Terra Indígena Xucuru, no município de Pesqueira/PE, bem com a ausência de desintrusão parcial da área pelo Estado brasileiro, foram objeto de apreciação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Após extensa análise dos fatos e do direito aplicado ao caso concreto pelo Executivo e pelo Judiciário brasileiros, a CIDH concluiu que o Brasil violou os artigos 5, 8.1, 21 e 25.1, combinados com o artigo 1.1, todos da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como o artigo XXIII da Declaração Americana, de sorte que formulou recomendações ao Brasil, com lastro no artigo 41, alínea “b” da Convenção Americana.

Por meio do Relatório de Mérito, a CIDH apreciou os fatos concernentes à demora do Estado brasileiro para proteger o direito do Povo Indígena Xucuru em viver pacificamente, em suas terras ancestrais, de acordo com seu modo de vida tradicional, conforme sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições particulares.

⁶⁰ CANOSA, E. A. V. Derecho Procesal Constitucional transnacional: el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: _____ (Director científico). **Derecho Procesal Constitucional**. Bogotá, Colômbia: VC Editores Ltda, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2014, p. 91.

⁶¹ Ver os casos: Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, sentença de 08.10.2015, § 105; Comunidad Moiwana vs. Suriname, sentença de 15.06.2005, § 209, e Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá, § 135. As sentenças estão disponíveis em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>.

⁶² Registre-se o precedente do caso A última tentação de Cristo (Olmedo Bustos e Outros) vs. Chile. Sentença de 05 de fevereiro de 2001, disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec4ca870784d3.pdf>>.

O Relatório de Mérito destacou a ausência de desintrusão efetiva da área, inclusive mediante a utilização de meios judiciais pelos não indígenas, que culminaram com uma sentença procedente, excluindo parte da terra destinada aos Xucurus pela decisão administrativa do Ministro da Justiça.

A CIDH também apreciou o direito da comunidade Xucuru, de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que se choca com o entendimento judicial brasileiro em um caso concreto envolvendo os índios Xucurus e é especialmente dissonante do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao marco temporal de posse de terras indígenas.

Por meio das recomendações, a Comissão Interamericana incitou o Brasil a efetuar a desintrusão da terra indígena, a julgar os processos pendentes de acordo com o entendimento firmado no Relatório de Mérito, a reparar os danos sofridos pela comunidade dos índios Xucurus e a evitar fatos similares no futuro, por meio de instrumentos procedimentais rápidos e efetivos.

O Brasil poderia e deveria ter atendido às recomendações, conforme indica a boa-fé no cumprimento dos tratados. O cumprimento das recomendações exigiria fundamentalmente a disponibilização de recursos financeiros e a conduta diligente por parte do Estado brasileiro.

Ao não cumprir as recomendações, embora ainda não sujeito à responsabilização internacional, o Brasil sujeitou-se à submissão do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que redundou em condenação e em sérios danos à imagem do país. Correu-se o risco, ainda, do constrangimento de ver uma disposição constitucional (artigo 20, inciso XI) ser julgada inconvenção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Carta da Organização dos Estados Americanos. Decreto nº 30.544, de 14 de fevereiro de 1952. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 fev. 1952. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30544-14-fevereiro-1952-340000-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 abr. 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 03 jan. 2017.

_____. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 23 nov. 2016.

_____. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executi-

vo, Brasília, DF, 15 dez. 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 03 jan 2017.

_____. Constituição Federal de 1988, artigo 231.

_____. Estatuto do Índio. Lei 6.001/73, de 19 de dezembro de 1973. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez. 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 03 jan. 2017.

_____. Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 08 jan. 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm. Acesso em: 03 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Inteiro Teor do Acórdão. Ag .Reg. No recurso extraordinário com agravo 803.462 Mato Grosso do Sul. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=299157261&text=.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2018.

CANOSA, E. A. V. Derecho Procesal Constitucional transnacional: el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In _____ (Director científico). **Derecho Procesal Constitucional**. Bogotá, Colômbia: VC Editores Ltda, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2014, p. 87-107.

CANTOR, E. R. Acceso sistema interamericano de derechos humanos. In Eduardo Andrés Velandia Canosa (Director científico). **Derecho Procesal Constitucional**. t. III. vol. III. Bogotá: VC Editores Ltda. y Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2012, p. 33-46.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório nº. 44/15, caso 12.728: Relatório de Mérito, Povo Indígena Xucuru, Brasil. Organização dos Estados Americanos, 2015. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>. Acesso em 05.01.2016.

_____. **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Organização dos Estados Americanos, 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>. Acesso em 05.01.2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución del Presidente de 15 de julio de 1981. **Íntegra da decisão**. Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_101_81_esp.doc>. Acesso em: 17 dez. 2016.

DUPRAT, D. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. **RCJ - Revista Culturas Jurídicas**, v. 1, n. 1, 2014. Rio de Janeiro: 2014, p. 51/72.

GALLI, M. B.; DULITZKY, A. E. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In Luiz Flávio Gomes, Flávia Piovesan (Coord.) **O sistema interamericano de proteção dos**

direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 53-80.

GÓMEZ, I. H. **Sistemas internacionales de derechos humanos.** Madri: Dykinson, 2002.

HERNÁNDEZ, C. A. Reparaciones a las comunidades indígenas em El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. In Eduardo Andrés Velandia Canosa (Director Científico). **Derecho Procesal Constitucional.** Bogotá, Colômbia: VC Editores Ltda, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2014, p. 763-779.

HITTERS, J. C. Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 10, jul-dez 2008. México: Porrúa, 2008, pp. 131-156.

MIRANDA B. H. El sistema interamericana de derechos humanos. In Eduardo Andrés Velandia Canosa (Director Científico). **Derecho Procesal Constitucional.** Bogotá, Colômbia: VC Editores Ltda, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2014, p. 591-627.

PIOVESAN, F. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: A Convenção Americana dos Direitos Humanos. In: Luiz Flávio Gomes, _____ (Coord). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 17-52.

QUIROGA, C. M.; ROJAS, C. N. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección.** Chile: Facultad de Derecho – Universidade de Chile, 2011. Disponível em <<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/79.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2017.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.

SILVA, L. M. da. O reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre suas terras tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a extensão do conceito de terras indígenas tradicionalmente ocupadas. **Revista Jurídica Unigran, Dourados/MS**, v. 6, n. 11, 2004, p. 139/152.

VARELLA, M. D. **Direito Internacional Público.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

QUANDO ACUSAR É PUNIR: QUINQUAGÉSIMO ANIVERSÁRIO DO DIREITO CONVENCIONAL A SER BEM ACUSADO

WHEN ACCUSING STANDS FOR PUNISHMENT:
FIFTIETH ANNIVERSARY OF THE CONVENTIONAL RIGHT OF BEING PROPERLY ACCUSED

*“Let the jury consider their verdict”
the King said, for about the twentieth time that day.
“No, no!” said the Queen. “Sentence first – verdict afterward”
“Stuff and nonsense!” said Alice loudly. “The idea of having the sentence first!”¹*

Bruno Hermes Leal

*Juiz Federal Titular da Subseção Judiciária de Tabatinga/AM (TRF/1ª Região)
Mestre em Direito (UFRGS)*

brunoleal88@hotmail.com

RESUMO

Este artigo nasce do propósito de articular a fundamentalidade convencional do direito a ser bem acusado, qualificado como garantia pelo artigo 8.2 da quinquagenária Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, com o caráter autonomamente punitivo da pretensão acusatória desenvolvida à margem dos marcos normativos internacionais e nacionais. Para tanto, segmentou-se a dicotomia analítica do “acusar” e do “punir”, em um primeiro momento (1), na investigação, de um lado, sobre os (1.1) marcos normativos internacionais e nacionais que conformam o direito a ser bem acusado, com especial ênfase ao Pacto de São José da Costa Rica e à Constituição Federal de 1988; de outro, sobre (1.2) as balizas mais concretas que delineiam o perfil dogmático do controle jurisdicional da pretensão acusatória no direito processual penal brasileiro. Na segunda parte (2), a narrativa adquire caracteres mais pragmáticos tendentes a desdobrar o potencial explicativo da efetiva punição implementada pelo Poder Judiciário, enfatizando (2.1) os superiores atributos epistemológicos do contraste entre as premissas teóricas da primeira parte com a análise de casos concretos, (2.2) destacando-se o exemplo da responsabilidade penal corriqueiramente imputada a gestores públicos à luz de parâmetros objetivos.

Palavras-chave: Processo penal. Acusação. Garantias. CADH. Gestores públicos.

¹ CARROLL, L. *Alice's adventures in wonderland*, 2005, p. 87.

ABSTRACT

This paper came from the purpose of articulating the conventional fundamentality of the right of being properly accused, qualified as a guarantee by art. 8.2 of the Inter-American Convention on Human Rights, with the punitive character of the accusatory claim developed in disagreement with the international and national normative frameworks. For this purpose, the analytical dichotomy of “accusing” and “punishing” was first segmented (1) in the investigation, on the one hand, of the (1.1) international and national normative frameworks that make up the right of being properly accused, with special emphasis on the Pact of San José of Costa Rica and the Federal Constitution of 1988; on the other, on (1.2) the most concrete marks that outline the dogmatic profile of the judicial control of the accusatory pretension in Brazilian criminal procedural law. In the second part (2), the narrative acquires more pragmatic traits tending to unfold the explanatory potential of the effective punishment implemented by the Judiciary, emphasizing (2.1) the superior epistemological attributes of the contrast between the theoretical premises of the first part with the analysis of concrete cases, (2.2) highlighting the example of criminal liability that is commonly attributed to public managers according to an objective pattern.

Keywords: Criminal proceedings. Accusation. Guarantees. CADH. Public managers.

Data de submissão: 17/12/2018

Data de aceitação: 07/05/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. ACUSAR 1.1 Direito convencional a ser bem acusado 1.2 Controle jurisdicional da pretensão acusatória 2. PUNIR 2.1 Relevância epistemológica da casuística forense 2.2 Responsabilidade penal objetiva de gestores públicos. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Em obra publicada em 2005, o jusfilósofo belga **Michel Van de Kerchove** envidou esforços intelectivos à demonstração de que o julgamento penal, na contemporaneidade, pode assumir deslocada autonomia relativamente à aplicação da pena, desempenhando ele próprio, enquanto discurso e ato de linguagem, os caracteres afitivo e infamante da pena².

Inspirado na sugestiva obra daquele autor – intitulada: *Quand dire, c'est punir*³ –, este ensaio pretende congrega considerações teóricas e práticas a respeito do elo normativo entre as regras com que o direito processual penal brasileiro disciplina o controle jurisdicional da pretensão acusatória, de um lado, e a estatura dignitária que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante CADH⁴) outorga aos acusados no processo penal.

Passando em revista a história do direito processual penal, inclusive sob a perspectiva comparatista, **Kerchove** revela a capilaridade da compreensão segundo a qual o julgamento é discurso constitutivo, ao ponto de sua própria enunciação pública assumir relevância ímpar⁵, ao mesmo tempo em que propicia a arcaica existência de **execuções penais que**

² Em uma das mais expressivas passagens da obra citada, Kerchove afirma: “Sans constituer la seule manifestation de leur unité, le prononcé du jugement semble être par excellence l’acte dans lequel se nouent ces deux dimension de la peine, sous une forme en quelque sorte épurée à l’extrême, où l’instrument de la souffrance et de l’infamie se réduit à un ensemble de paroles énoncées” (KERCHOVE, M. V. de. **Quand dire, c’est punir**. Essai sur le jugement pénal. Bruxelles: FUSL, 2005).

³ As referências bibliográficas a respeito da ascendência semiótica perfilhada por Michel Van de Kerchove (**Quand dire, c’est punir**. Essai sur le jugement pénal. Bruxelles: FUSL, 2005. pp. 09 et seq) são numerosíssimas, dentre as quais destaco, por sua pertinência, AUSTIN, J. L. **Quand dire, c’est faire**. Traduit par G. Lane. Paris: Seuil, 1970, pp. 151 et seq. O caráter performativo da linguagem jurídica, em geral, e da jurisdição, em particular, pode ser aprofundado em LEGAULT, G. A. La structure performative du langage juridique. Montréal: PUM, 1977, pp. 465 et seq. A rigor, convém lembrar, a natureza constitutiva da jurisdição já se encontra, para o “escândalo” dos que lhe atribuem a paternidade do positivismo exegético, em KELSEN, H. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 243: “Eine gerichtliche Entscheidung hat nicht, wie dies mitunter angenommen wird, einen bloß deklaratorischen Charakter. Das Gericht hat nicht bloß ein schon vorher fix und fertig geschaffenes, in seiner Erzeugung abgeschlossenes Recht zu finden und auszusprechen. Die Funktion des Gerichtes ist nicht bloße Rechts-„Findung” oder Recht-„Sprechung” in diesem deklaratorischen Sinne. Rechtsfindung liegt nur in der Feststellung der auf den konkreten Fall anzuwendenden generellen Norm. Und auch diese Feststellung hat keinen bloß deklaratorischen, sondern einen konstitutiven Charakter” (grifei).

⁴ O Decreto n.º 678/1992, subscrito pelo então Presidente da República Itamar Franco, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Mais de uma década se passou até que o Decreto n.º 4.463/2002 promulgasse a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos e até que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse à Convenção o status jurídico supralegal, no paradigmático caso da prisão do depositário infiel, disso emanando a inaplicabilidade da legislação infraconstitucional com ele conflitante (RE 466343, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03/12/2008). A teor do artigo 4º, VI, da Lei Complementar n.º 80/1994, à Defensoria Pública compete representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos, donde ser justo que também esta instituição essencial à Justiça seja homenageada por ocasião da celebração dos cinquenta anos de celebração do Pacto.

⁵ KERCHOVE, M. V. de. **Quand dire, c’est punir**, 2005, p. 102.

se antecipam ao julgamento⁶. Além da tortura e da prisão provisória, o autor belga, por força de sua expressiva significação histórica, destaca as ordálias do direito bárbarico⁷, as quais revelavam, na crudelidade irracional de seus métodos, “*un système processuel qui vise à la pacification des conflits, non à la recherche de la vérité*”⁸.

Se, de um lado, a concepção tradicional assinalava a precedência da acusação ao julgamento, e deste à imposição de pena, a contemporaneidade demonstra o atual estágio de assincronia desorganizadora desta sucessividade temporal⁹, soberbamente estimulada, no mínimo, por dois fatores: “**espetacularização do processo penal**”¹⁰ e **laxismo dogmático no controle jurisdicional da pretensão acusatória**. Observando a estreiteza dos

⁶ O tema, por certo, é riquíssimo em desdobramentos no atual cenário brasileiro, entre os quais me permito destacar, para ficar apenas com os mais rumorosos exemplos, (a) a intermitente manutenção do entendimento segundo o qual a pena privativa de liberdade pode ser executada antes do trânsito em julgado da condenação, tida pela composição majoritária do Supremo Tribunal Federal como compatível com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal (HC 157159 AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24/08/2018; RHC 155553 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 25/05/2018); (b) e o não menos controverso “Acordo de Não-Persecução Penal”, supostamente admitido pelo art. 18 da Resolução n.º 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Esses assuntos, todavia, não serão abordados neste limitado espaço, seja pelo rigor que exige a ciência, seja pela paciência que exijo do leitor.

⁷ KERCHOVE, M. V. de. **Quand dire, c’est punir**, 2005, pp. 90 *et seq.* Para referências arqueológicas às ordálias, confira-se: MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Traduzido da versão francesa por Araújo Filgueira Junior. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1879. p. 10 *et seq.*; ALMEIDA JÚNIOR, J. M. de. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Baptista de Souza, 1920, pp. 52 *et seq.* A respeito da continuidade dos tormentos durante o Principado romano, confira-se MOMMSEN, T. **Derecho penal romano**. Traducido por P. Dorado. Bogotá: Temis, 1976, pp. 262 *et seq.* Excelente resenha histórica, na doutrina colombiana, se pode encontrar em ECHANDÍA, H. D. **Teoría general de la prueba judicial**. Bogotá: Temis, 2017, pp. 51 *et seq.*

⁸ JACOB, R. Jugement des hommes et jugement de Dieu à l’aube du Moyen Âge. In: **Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes**. Études d’histoire comparée. Paris: LGDJ, 1996, p. 51.

⁹ Os desacoplamentos cronológicos do fenômeno jurídico foram amplamente abordados por François Ost à luz do quadrilátero da *retemporalisation*, através da memória (que liga o passado), do perdão (que desliga o passado), da promessa (que liga o futuro) e o questionamento (que desliga o futuro) (OST, François. **Le temps du droit**. Paris: Odile Jacob, 1999, pp. 33 *et seq.*).

¹⁰ Tomo a expressão de empréstimo a Rubens Casara, denunciante do que entende ser a dicotomia entre o “processo penal democrático” (instrumento de racionalização do poder penal em que a preocupação é com a reconstrução eticamente possível do fato atribuído ao réu) e o “processo penal do espetáculo”, em que “o desejo de democracia é substituído pelo ‘desejo de audiência’ e “o que ocorre é o primado do enredo pelo fato”, no qual “todos querem exercer bons papéis na trama” (CASARA, R. Processo penal do espetáculo. In: PRADO, G.; CHOUKR, A. C. F.; JAPIASSÚ, C. E. **Processo penal e garantias**. Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, pp. 497-500 *passim*). Em sentido semelhante, GOMES, M. A. **Mídia e sistema penal**. As distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015, *passim*. O tema, de fato, não é novidadeiro. Na literatura francesa, confira-se a densa investigação conduzida no décimo segundo capítulo (“*la délocalisation de la scène judiciaire dans les médias*”) de GARAPON, A. **Bien juger**. Essai sur le rituel judiciaire. Paris: Odile Jacob, 2001, pp. 267 *et seq.* Relevantes, também, as relações entre “*le magistrat et le quatrième pouvoir*”, abordadas por TRUCHE, P. **Juger, être jugé**. Le magistrat face aux autres et à lui-même. Paris: Fayard, 2001, pp. 86 *et seq.* No cenário italiano, o eminente penalista Giovanni Fiandaca critica parcela dos juízes italianos relativamente ao “*atteggiamento ideologico della magistratura penale*”, demonstrado pela assunção voluntária do heterodoxo papel de “*interprete della buona politica e guida morale della vita collettiva*” (FIANDACA, G. Tra legge e giudice. In: Prima lezione di diritto penale. Bari: Laterza, 2017, p. 135), do que deriva, não raro, deliberada exposição midiática dos rumorosos processos sob seus cuidados. Merece menção, de igual sorte, a fabulosa monografia de Ennio Amodio, do dissertar sobre “*le distorsioni della giustizia mediatica*”, afirmando não compreender “*perché la giustizia mediatica, che ha la forza di denigrare l'imputato o il giudice, non sai in grado di turbare il processo sotto il profilo della corretta formazione del convincimento giudiziario*” (AMODIO, E. **Estetica della giustizia penale**. Milano: Giuffrè, 2016, p. 139).

limites deste ensaio, concentrarei minha atenção exclusivamente sobre o segundo deles.

Embora a expressão possua raízes históricas por demais extensas para que sejam aqui abordadas¹¹, emprego “laxismo”, em apertada síntese, como signo expressivo do fenômeno segundo o qual, por diversificados fatores causais (volume de processos, recorrente superficialidade com que debatidas as teses defensivas na resposta à acusação, etc.), o magistrado não aprofunda o escrutínio jurisdicional da denúncia e profere decisões procrastinatórias da minudente análise dos fatos em cotejo com as normas invocadas pela denúncia.

Em manifesta rota de colisão com a banalidade intrínseca a essa prática, aligeirado levantamento bibliográfico revela que são muitos os pensadores (juristas ou não) a salientarem **o caráter autonomamente punitivo da simples acusação**, independentemente de qualquer manifestação judicial condenatória, quando descolada da pormenorizada análise das balizas normativas que conformam seu exercício.

No séc. XVIII, o **Barão de Montesquieu**, Charles-Louis de Secondat, já dizia que a maior parte da pena é a infâmia de sofrê-la, de sorte que a desgraça é um equivalente da pena e as formalidades mesmas dos julgamentos são punições¹². Quase dois séculos depois, em célebre lição, **Francesco Carnelutti**, invocando a autoridade de **Santo Agostinho**, afirmava: abolidos que estejam os suplícios corporais das modernas legislações, “*il semplice inizio e tanto più lo svolgimento del processo penale cagionano sofferenze*”¹³, vale dizer, **o processo mesmo é uma pena**. A exemplo do que sucedia com os antigos cristãos, prossegue o autor, o homem sobre o qual pesa a suspeita de um delito é entregue *ad bestias* – a fera indomável e insaciável, no caso, é a multidão¹⁴.

Michel Foucault dirá sobre a sobrevivência de um *fond suppliciant* do fenômeno punitivo, mesmo após a superação histórica das práticas atentatórias à integridade corporal do apenado, alcançando-se o estágio da *penalité de l'incorporel*¹⁵ ou, na dicção de **Kerchove**, *penalité de l'immatériel*, seja mediante o recurso à supervisão eletrônica da liberdade, seja por intermédio da constrição patrimonial de apenados e familiares antes mesmo da existência de condenação¹⁶.

¹¹ A genealogia da expressão “laxismo” remonta às controvérsias teológicas da casuística do séc. XVII com a doutrina da Igreja Católica, surgidas do advento de doutrinas morais mais indolentes ou “benignistas” com os novos hábitos da nobreza europeia. Após anos de discepção capitaneada pelos jansenistas, as doutrinas laxistas foram condenadas pelo Papa Inocêncio X em 1679 (por todos, confira-se DENZINGER, H. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. São Paulo: Loyola, 2015, p. 491, n.º 2021). No Brasil, sua introdução na esfera jurídica se deu, até onde se pôde apurar, através da fina lavra do Desembargador Ricardo Dip, segundo o qual o “laxismo penal” designaria, em apertada síntese, fenômeno de “benevolência” da jurisdição criminal ao arrepio das disposições legais e/ou do acervo probatório (DIP, R.; JUNIOR, V. C. **Crime e castigo**. Campinas: Millennium, 2001, p. 16).

¹² MONTESQUIEU, C.-L. S., B. de la B. et de. *L'esprit des lois*, 1845, p. 66.

¹³ CARNELUTTI, F. *Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1960, p. 55. A referência parece fazer alusão ao Livro XIX da “Cidade de Deus”, em cujo item VI o “Doctor Gratiae” exclama: “Que direi dessa tortura mesma que cada um sofre por sua própria causa?” (AUGUSTIN. *La cité de Dieu*. Traduit du latin par L. Moreau. Paris: Jacques Lecoivre, 1851, p. 215. Tome III – tradução livre).

¹⁴ CARNELUTTI, F. *Las miserias del proceso penal*, 1959, pp. 75-76.

¹⁵ FOUCAULT, M. *Surveiller et punir*, 1975, p. 21.

¹⁶ KERCHOVE, M. V. de. *Quand dire, c'est punir*, 2005, pp. 223 et seq.

Em recentíssima publicação, o professor da *Università di Roma “La Sapienza”*, **Giorgio Spangher**, sublinhou que o **processo penal é um instrumento através do qual a força estatal se exprime de maneira incisiva**, não apenas do ponto de vista da restrição (provisória ou definitiva) da liberdade, gozando, ao revés, de implicações ainda mais amplas (econômicas, sociais, familiares, etc.)¹⁷. Daí poder dizer-se, ainda com o mestre italiano, que o açoitamento das prisões provisórias, por exemplo, enseja “vítimas processuais”¹⁸.

Nessa linha de intelecção, este artigo segmenta a **dicotomia analítica do “acusar” e do “punir”**, em um primeiro momento (1), na investigação sobre (1.1) os **marcos normativos internacionais e nacionais que conformam o direito a ser bem acusado, com especial ênfase ao Pacto de São José da Costa Rica e à Constituição Federal de 1988**, de um lado; de outro, sobre (1.2) as **balizas normativas mais concretas que delineiam o perfil dogmático do controle jurisdicional da pretensão acusatória no direito processual penal brasileiro**. Em um segundo momento (2), a narrativa adquire caracteres mais pragmáticos tendentes a desdobrar o potencial explicativo da efetiva punição implementada pelo Poder Judiciário, enfatizando (2.1) os **superiores atributos epistemológicos do contraste entre as premissas teóricas da primeira parte com a análise de casos concretos**, (2.2) destacando-se, em seguida, o exemplo da **responsabilidade penal objetiva corriqueiramente imputada a gestores públicos**.

1. ACUSAR

1.1 Direito convencional a ser bem acusado

Ao caráter excessivamente difuso da expressão adotada (ser bem acusado) pretendo agregar, neste subcapítulo, a concretude normativa oriunda das garantias previstas, em geral, na CADH e, no particular, na Constituição Federal de 1988, sem prejuízo de que essa experiência regional seja iluminada pelos avanços conceituais granjeados sob a égide da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

¹⁷ SPANGHER, G. *Ragionamenti sul processo penale*, 2018, p. 23.

¹⁸ SPANGHER, G. La “vittima del processo” per ingiusta e illegale detenzione. In: SPANGHER, G. *La vittima del processo penale*. Torino: Giappichelli, 2017, pp. 181 *et seq.* Os limites deste artigo não comportam maior exploração do tema, tampouco das razões que justificam minha adesão meramente parcial à validade jurídica e filosófica desta afirmação. Não posso deixar de anotar – máxime no cenário brasileiro dos últimos decênios, quando as consequências pragmáticas de diversificadas propostas teóricas, associadas ao *lobby* de organizações não-governamentais, inocularam na percepção pública verdadeiro repúdio à tutela dos direitos humanos na seara processual –, todavia, minha contrariedade às posições segundo as quais o criminoso não passa de vítima da sociedade e que o processo penal, esvaziado de sua teleologia impositiva da pena, deve claudicar ao redor de uma miscelânea circular de direitos defensivos tendentes à nulidade do procedimento. Para um breve panorama dessa crítica, entre tantos outros, o texto de FISCHER, D. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, B.; FISCHER, D.; PELELLA, E. (Orgs.). *Garantismo penal integral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, pp. 59 *et seq.* Para uma tentativa de visão metacrítica dessa postura, KHALED JR., S. Garantismo à la carte: integral, desnatado ou semi-desnatado? In: *Justiça social e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 129 *et seq.*

E, ao fazê-lo, principio por anotar que a arqueologia civilizatória do processo penal indica, como ensinam os clássicos, que o Ministério Público exsurge como órgão técnico – relegando ao passado as demandas iniciadas por particulares, à luz de ódios e princípios reprovados nos tribunais – destinado ao altíssimo propósito de evitar a impunidade e expelir das Cortes as paixões pelas quais se orientam as vinganças privadas¹⁹.

A despeito das críticas dirigidas à “quadratura do círculo” em que consiste a (im)parcialidade do Ministério Público²⁰, a essa profissionalização do órgão acusador corresponde, no plano dogmático, a insurgência do acusado como sujeito da relação processual penal, de cuja fisionomia conceitual se extrai não só o direito fundamental à defesa, como também igualdade expressa em direito ao contraditório²¹.

Hodiernamente, portanto, é pacífica a premissa de que o acusado é sujeito integrante da relação processual, titularizando, por força dessa especial qualidade, direitos ativos de intervenção (eleger defensor de sua confiança, formular requerimentos probatórios, excepcionar o magistrado, etc.) e direitos passivos de intervenção (ter sua dignidade respeitada na execução de medidas restritivas da liberdade, não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, etc.)²².

Deixam-no ver não apenas o presente momento do constitucionalismo brasileiro, mas também os documentos internacionais subscritos pela República Federativa do Brasil. Em relação àquele, permito-me ilustrar com o generoso arrolamento de garantias processuais penais extraíveis do texto da Constituição Federal de 1988 – dos quais destaco, para nossos fins, a cláusula assecuratória do contraditório e da ampla defesa inscrita no art. 5º, LIV, CRFB/88, segundo a qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal –, objeto de extensa produção doutrinária, ao ponto de, modernamente, poder-se afirmar que “o direito processual penal é [...] verdadeiro direito constitucional aplicado”²³.

Com efeito, a processualística brasileira dos últimos trinta anos – sejam obras de maior es-

¹⁹ ALMEIDA, J. C. M. de. **Processo penal**, 1975, p. 217.

²⁰ Refiro-me à célebre expressão de Francesco Carnelutti, segundo o qual “Se c’è una figura ambigua nel processo, civile e penale, è il pubblico ministero. Quando cominciai a occuparmene, nei primi tentativi di sistemazione del diritto processuale, la sua ambiguità mi ha colpito a tal segno da farmi venire in mente la quadratura del círculo: non è come quadrare un círculo costruire una parte imparziale?” (CARNELUTTI, F. *Mettere il pubblico ministero al suo posto. In: Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1953, p. 257). Vincenzo Manzini, realçando as diferenças com o processo civil, afirmava que o processo penal não conhece partes em sentido substancial, sendo que o acusador assume essa condição no âmbito puramente formal, isto é, perante o processo (MANZINI, V. *Trattato di diritto processuale penale*. Torino: UTET, 1952, p. 75). Na doutrina brasileira, confirmam-se as lúcidas ponderações de TORNAGHI, H. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 413. Mais recentemente, um dos textos que mais bem desenvolveu a metáfora, exigindo também do Poder Judiciário determinadas limitações garantísticas, é da lavra de COUTINHO, J. N. de M. *Mettere il pubblico ministero al suo posto – ed anche il Giudice. In: CASARA, R.; LIMA, J. C. de (coords.). Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, pp. 509 et seq.

²¹ ROXIN, C. *Derecho procesal penal*, 2000, pp. 123 et seq.

²² ROXIN, C. *Derecho procesal penal*, 2000, pp. 123 et seq.

²³ DIAS, J. de F. *Direito processual penal*, 2004, p. 74.

pectro temático²⁴, sejam monografias concentradas sobre um tópico determinado²⁵ – tem convergido ao comum entendimento, sem embargo de episódicas disceptações hermenêuticas que pouco alteram a extensão da aderência ao texto magno, de que a legislação processual penal deve ser interpretada à luz das normas constitucionais.

Sensibiliza-me, deveras, a orientação amplamente dominante no contexto brasileiro, espelhada em diversificados acórdãos da Suprema Corte, segundo a qual **o postulado do devido processo legal outorga a todo cidadão o “direito a não ser acusado por denúncia inepta”**, ao mesmo tempo em que **proscree o “abuso do poder de denúncia”**²⁶. Na dicção do eminente Des. Fed. **Néviton Guedes**, em obra monográfica, nossa ordem jurídico-constitucional erige indubioso “direito fundamental a uma acusação justa, o que implica uma acusação precisa quanto à narração dos fatos, coerente quanto a sua conclusão (pedido) e, além de tudo, juridicamente fundamentada”²⁷.

Essa prerrogativa processual de extração constitucional respeita, sobretudo, ao grave atentado ao *status dignitatis* do acusado promovido pela existência mesma de um processo penal, cuja estrutura dogmática deve absorver, em obséquio ao sobreprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), os postulados da fragmentariedade e da subsidiariedade do direito penal material, em ordem a relativizar, mediante circunstanciada análise do caso concreto, a obrigatoriedade da ação penal²⁸.

O alcance verdadeiramente global dessa premissa traduz-se em expressivos diplomas internacionais que se dedicaram ao tema. De um lado, o **art. 6º-3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos** dispõe que o acusado tem, entre outros direitos mínimos, os seguintes: (a) ser **informado** no mais curto prazo, em língua que entenda e de **forma**

²⁴ Refiro-me às obras cuja latitude temática engloba, ou a isso de propõe, todos os institutos do processo penal brasileiro, a exemplo dos manuais e tratados. Confirmam-se, entre outros, LOPES JR., A. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 58-110 *passim*; BRITO, A. C. de; FABRETTI, H. B.; LIMA, M. A. F. **Processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 13 *et seq*; CARVALHO, L. G. G. C. **Processo penal e constituição**. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 36 *et seq*; além da extraordinária monografia de GIACOMOLI, N. J. **O devido processo penal**. São Paulo: Atlas, 2016, máxime a partir da página 87.

²⁵ Neste segmento, interessantíssimos desdobramentos possui a releitura constitucional do vetusto Decreto-Lei n.º 3.689/1941. Cito, exemplificativamente, quanto à competência jurisdicional, BADARÓ, G. H. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014, pp. 103 *et seq*; quanto à fase pré-processual, LOPES JR., A.; GLOECKNER, R. J. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 29 *et seq*; quanto ao *nemo tenetur se detegere*; QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 69 *et seq*; quanto à fundamentalidade da presunção de inocência, MORAES, M. Z. de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 173 *et seq*; quanto à prisão em flagrante, MORAES, R. F. **Prisão em flagrante constitucional**. Salvador: Juspodivim, 2018, pp. 67-138 *passim*; quanto às medidas cautelares, SANGUINÉ, O. **Prisão cautelar**. Medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 45 *et seq*; quanto ao regime das nulidades, GLOECKNER, R. J. **Nulidades no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2017; quanto ao processo de execução penal, ROIG, R. D. E. **Execução penal**. Teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 31 *et seq*.

²⁶ HC 84580/SP, 2ª Turma, Rel. Celso de Mello, julgado em 25/08/2009.

²⁷ GUEDES, N. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa. In: MARQUES, M. C. (coord.). **Improbidade administrativa**. Temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 294. Grifei.

²⁸ CARVALHO, L. G. G. C. de. **Processo penal e constituição**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 64.

minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) dispor do tempo e dos **meios necessários para a preparação da sua defesa**²⁹.

A doutrina internacional tem enfatizado que o influxo da Convenção sobre as legislações penais dos Estados-membros nada mais significa que a fixação de um *standard* mínimo ao tratamento processual dos acusados, valendo notar, a propósito dos **direitos de defesa durante a fase preparatória do processo penal** que, a “lógica protetora europeia” assume tríplice dimensão: (a) **lógica evolutiva**, a sugerir a exegese da Convenção a partir dos precedentes da Comissão e da Corte; (b) **lógica combinatória**, a reclamar a interpretação sistemática (imbricada) dos artigos da Convenção; (c) **lógica graduada**, a sinalizar o necessário escalonamento da tutela (quanto mais frágil se é, mais bem e mais rapidamente se deve estar protegido), em progressiva intensidade a partir da qualidade de suspeito até a qualidade de réu preso³⁰.

Respeitante ao instrumento que inspirou este ensaio, destaco que o **art. 8.2 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos**, ao dispor sobre as **garantias judiciais**, estabelece que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Entre as **garantias mínimas** arroladas neste dispositivo, duas merecem destaque aos nossos propósitos: (b) **comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada**; e a (c) concessão ao acusado do **tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa**.

A doutrina colombiana, por exemplo, tem imputado à eficácia expansiva da CADH a configuração do “*fenómeno de ‘interamericanización’ del derecho procesal penal*”, já que:

²⁹ A minudente análise das virtualidades e lacunas dessa sistemática pode ser encontrada em AMBOS, K. **Principios del proceso penal europeo**. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos. Traducido por Ana Beltrán e Guillermo Orce. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 72 *et seq.* Lado outro, em sentido mais amplo, para uma extraordinária aproximação entre os fundamentos da jurisdição penal internacional e a dolorosa arqueologia histórica dos direitos fundamentais de matriz onusiana, a inspiradora obra de GARAPON, A. **Des crimes qu'on ne peut ni punir, ni pardonner. Pour une justice internationale**. Paris: Odile Jacob, 2002, pp. 161-260 *passim*.

³⁰ Veja-se as didáticas considerações da professora da Université Robert Schuman (*Strasbourg III*), KÖRER-JOULIN, R. A fase preparatória do processo penal: grandes linhas da jurisprudência europeia. In: DELMAS-MARTY, M. (org.). **Processo penal e direitos do homem**. Traduzido por Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004, pp. 19 *et seq.* A respeito da controvérsia entre a vinculação dos juízes nacionais às decisões da Corte de Estrasburgo e a “*dottrina del margine di apprezzamento nazionale*”, veja-se o elucidativo debate de Paolo Ferrua e Giulio Ubertis, documentado em UBERTIS, G. Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo. In: **Argomenti di procedura penale IV**. Milano: Giuffrè, 2016, pp. 115 *et seq.* Sobre as implicações profundamente democráticas desveladas pelo “*obbligo di conformarsi in via interpretativa al diritto UE*”, confira-se o sugestivo artigo de SALCUNI, G. L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice. In: MANNA, A. (org.). **Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale**. Pisa: PUP, 2016, pp. 177 *et seq.* Sob outra perspectiva, evocando o caráter labiríntico emergente “*di una trama normativa sempre più poliedrica, complessa ed articolata*”, o trabalho de MANES, V. **Il giudice nel labirinto**. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali. Roma: Diké Giuridica Editrice, 2012, pp. 43 *et seq.* Sobre o famigerado “caso Taricco II”, em que a Corte de Estrasburgo determinou, em apertada síntese, que os juízes “desaplicassem” o direito penal e processual penal de seus países em matéria de prescrição relativamente a delitos fiscais envolvendo o imposto de valor agregado (IVA), cujas repercussões dizem respeito à integralidade da União Europeia, a abalizada opinião de KOSTORIS, R. La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei ‘controlimiti’ e scontro tra paradigmi. In: BERNARDI, A.; CUPELLI, C. (orgs.). **Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti**. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale. Napoli: Jovene, 2017, pp. 175 *et seq.*

“la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humano nos será un parámetro para la correcta observancia del Pacto de San José (y los restantes instrumentos), lo cual significa que las autoridades colombianas están en la obligación de respetar las garantías judiciales y las normas relativas a la protección de la libertad y los otros derechos humanos, en las condiciones que indique la Corte Interamericana”³¹.

A necessária releitura da legislação processual penal à luz das disposições da CADH, segundo a interpretação que lhe confere a jurisprudência da Corte Interamericana, pode ser observada **não apenas em Colômbia** (onde a Ley n.º 288 reconheceu a obrigação do Estado colombiano de adotar as medidas legislativas, judiciárias e executivas necessárias para dar cumprimento às decisões da Corte Interamericana), mas também no **México** (com explícita referência constitucional à CADH) e na **Argentina**³².

Considerada a diretriz exegética fornecida pelo Supremo Tribunal Federal relativamente à hierarquia suprallegal da CADH, do **caráter necessariamente pormenorizado da acusação**, de um lado, e da necessária concessão dos meios adequados para o exercício da defesa, de outro, parece lícito derivar, como faz **Nereu Giacomolli**, a exigência de que:

“além de apontar o autor, descrever o fato, com todas as suas circunstâncias, e fazer a devida adequação jurídica, a completude imputacional exige enunciação dos meios, seu direcionamento espacial e temporal. Isso tudo com densidade concreta e não genérica, pois não há como haver defesa efetiva contra enunciações etéreas”³³.

Na jurisdição infraconstitucional brasileira, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça teve o ensejo de, invocando o **art. 8º-2 da CADH**, assentar que a:

“denúncia genérica caracteriza-se pela imputação de vários fatos típicos, genericamente, a integrantes da pessoa jurídica, sem delimitar, minimamente, qual dos denunciados teria agido de tal ou qual maneira. Patente, pois, que a criptoimputação da denúncia genérica vulnera os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como a norma extraída do art. 8º, 2, “b” e “c”, da Convenção Americana de Direitos Humanos e do art. 41 do CPP, haja vista a indevida obstaculização do direito conferido ao acusado de

³¹ CUÉLLAR, J. B.; LYNETT, E. M. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales y teoría general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 152-155 *passim*. Em sentido semelhante, com referências à jurisprudência da Corte Interamericana, confira-se LUGO, C. F. S. Los derechos del imputado en las audiencias preliminares. La jurisprudencia nacional y de las cortes internacionales. In: *El proceso penal acusatorio colombiano*. Bogotá: EIAM, 2006, pp. 53 *et seq.*

³² As referências do Direito Comparado, tirei-as todas da resenha elaborada por: DEU, T. A. **Sistemas procesales penales**. La justicia penal en Europa y América. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 263 *et seq.* À página 280 desta obra, aliás, consta didática tabela comparativa entre os sistemas de garantias penais estabelecidos pela CADH, CEDH (Convenção Europeia de Direitos Humanos), PIDCP (Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos) e CDFUE (Convenção de Direitos Fundamentais da União Europeia). Noutra obra, a mesma autora voltou ao tema: DEU, Teresa Armenta. *Estudios de justicia penal*. Madrid: Marcial Pons, 2014, pp. 389 *et seq.*

³³ GIACOMOLLI, N. J. **O devido processo penal**, 2016, p. 162.

preparar dignamente sua defesa”³⁴.

Delineada a projeção convencional do direito a ser bem acusado, convém que a primeira parte deste artigo seja complementada com a exposição das balizas mais concretas que delineiam o perfil dogmático do controle jurisdicional da pretensão acusatória no direito processual penal brasileiro, do qual passo a tratar.

1.2 Controle jurisdicional da pretensão acusatória

Retomando a linha argumentativa que expus na introdução e as premissas hermenêuticas às quais dediquei o tópico anterior, se a acusação carrega hoje significado autonomamente punitivo (desgarrado, portanto, da condenação e da aplicação da pena), impende que sejam satisfeitos requisitos cuja enumeração o ordenamento constitucional outorga à legislação processual penal³⁵.

Com efeito, o **art. 41 do Código de Processo Penal** estatui que a denúncia conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. Trata-se de redação abreviada quando comparada aos seus antecedentes históricos, dos quais constava – além da referência ao “facto criminoso com todas as suas circunstancias”, “valor provavel do damno soffrido”, “nome do delinquente, ou os signaes característicos” e “nomeação de todos os informantes, e testemunhas” –, com especial destaque, “as razões de convicção, ou presumpção” e o “tempo, e o lugar, em que foi o crime perpetrado” (art. 79 da Lei de 29 de novembro de 1832).

Ao n.º 305 de seu Processo Criminal, o Min. **João Mendes De Almeida Júnior** observou, já à luz do semelhante art. 42 da Parte Segunda do Decreto n.º 3.084/1898, **que tanto a queixa quanto a denúncia consistiam em exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa** porque devem:

“revelar o facto com todas as suas circunstancias, isto é, não só a acção transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o maleficio que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a

³⁴ RHC 72.074/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 06/10/2016.

³⁵ Interessante observar que a doutrina italiana tem avançado considerações sobre as sutilezas contidas no exercício do poder-dever de acusar em desconformidade, não com a legislação processual penal explícita, mas com a teleologia implícita à dedução de um pedido condenatório através do processo. Trata-se da tentativa de enquadrar determinadas práticas judiciais do Ministério Público daquele país no conceito de “abuso de direito”, ora sob a perspectiva do “abuso *del* processo” – por exemplo, quando o ato ilícito reside na procrastinação de inscrever a *notizia di reato* e inaugurar a fase de investigação sob controle judicial (art. 335, CPPI), requestando, todavia, medidas altamente interventivas que, por essa particularidade, se convertem em censuráveis *mezzi di acquisizione* da própria *notitia criminis* –, ora sob a perspectiva do “abuso *nel* processo” – por exemplo, quando o Ministério Público retarda a data da inscrição da *notizia di reato* com o propósito de alargar os dezoito meses ordinariamente previstos como *durata massima delle indagini preliminari* (art. 407, CPPI). Sobre o assunto, confira-se a recentíssima obra de SANTORIELLO, C. *L’abuso del processo*. Pisa: PUB, 2018, pp. 73-142 *passim*.

isso (*cur*), a maneira porque o praticou (*quomodo*), o lugar onde o praticou (*ubi*), o tempo (quando). Demonstrativa, porque deve descrever o corpo do delicto, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes³⁶.

Bem de ver que o **nível de exigência quanto à peça inauguradora da ação penal de iniciativa pública não se alterou após o advento do vigente Decreto-Lei n.º 3.689/1941**, a despeito do que pudesse sugerir a redação mais concisa do art. 41 do atual Código de Processo Penal. Passou-se a definir a denúncia, então, como a “exposição, por escrito, de fato subsumível em um tipo, com a manifestação expressa da vontade de que se aplique a lei penal a quem se suspeita seja o autor, e indicação das provas em que se alicerça a pretensão punitiva”³⁷. Refiro, ao propósito, o escólio de **Espínola Filho**, segundo o qual a “exposição do fato criminoso, com as suas circunstâncias, envolve, naturalmente, a necessidade de referir o dia, e, sempre que possível, a hora, quando o fato se passou, bem como o lugar onde se registrou”³⁸.

É que a **acusação**, consoante enfatizou **Frederico Marques**, se apresenta como **ato fundamental do processo penal condenatório** à medida que **delimita o fato delituoso** e, por via de consequência, a área **em que deve incidir a prestação jurisdicional**³⁹. Noutro modo de dizê-lo:

“ação, que é atividade do acusador, e a sentença, que é ato jurisdicional, têm na acusação uma espécie de denominador comum. E o mesmo se diga da defesa, pois as alegações do réu são contra a pretensão constante do pedido acusatório. Isso significa que a acusação, em última análise, constitui o próprio objeto do processo, além de ser sua mola propulsora e a ratio essendi de sua configuração”⁴⁰.

³⁶ ALMEIDA JÚNIOR, J. M. **Processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Baptista de Souza, 1920, p. 195. Grifei. As mesmas expressões latinas são encontráveis no § 40 de SIQUEIRA, G. **Curso de processo criminal**. São Paulo: Magalhães, 1937, p. 321. A conexão histórica dessas expressões com a *Ars brevis* de Raimundo Lúlio é exemplarmente descrita pelo erudito TORNAGHI, H. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 259.

³⁷ NORONHA, E. M. **Curso de direito processual penal**, 1990, p. 27.

³⁸ ESPÍNOLA FILHO, E. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, pp. 418-419. Grifei. As referências são, de fato, numerosas. Rememoro, nesse sentido, a lição de HÉLIO TORNAGHI, para quem à acusação incumbe a “exposição minuciosa, não apenas do fato infringente da lei, como também de todos os acontecimentos que o cercaram, não somente de seus acidentes, mas ainda das causas, efeitos, condições, ocasião, antecedentes e consequentes. A narrativa circunstanciada ministra ao juiz elementos para um juízo de valor. Bonum ex integra causa, malum ex quocumque defectu. Para que o ato humano seja considerado bom, força é que o seja tanto no essencial quanto no accidental” (TORNAGHI, H. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 328.). Noutras palavras, “a queixa ou denúncia deve fazer a exposição do crime, descrevendo o fato principal em seus vários episódios, com referência do tempo e lugar em que ocorreu e todas as circunstâncias que o cercaram, de modo a tornar possível a reconstrução de todos os acontecimentos que se desenrolaram” (CÂMARA LEAL, A. L. da. **Comentários ao código de processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 190).

³⁹ Já se disse, ao respeito, que “denunciar bem é tão importante, que seria preferível pedir a soltura do preso em flagrante, por exemplo, do que imediatamente denunciar, num caso que encerra complexidade” (TOVO, P. C.; TOVO, J. B. M. **Apontamentos e guia prático sobre a denúncia no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 52).

⁴⁰ MARQUES, J. F. **Elementos de direito processual penal**, 2000, p. 185. Grifei.

Moderna doutrina tem entendido que as circunstâncias referidas pelo art. 41 do Código de Processo Penal denotam elementos fáticos de duas espécies principais: (a) **elementos essenciais**, “aqueles necessários para identificar a conduta como fato típico; devem estar presentes na peça acusatória, já que a falta de um deles significa descrição de fato não criminoso, sendo evidente o prejuízo à defesa, que tem direito a ver o fato delituoso inteiramente exposto”; e (b) **elementos acidentais**, que individualizam a infração com relação a outras infrações de mesma natureza, diferenciando-os no tempo e espaço de outras infrações semelhantes.⁴¹

No âmbito do egrégio Tribunal Regional Federal desta 1ª Região, em um dos acórdãos atinentes à “**Operação Zelotes**”, o eminente Des. Fed. **Néviton Guedes** observou que a denúncia desempenha, no mínimo, duas funções: (a) em primeiro lugar, cumpre a **função de informação** (*Informationsfunktion*), mediante a qual a acusação deve oferecer e transmitir ao acusado o adequado conhecimento da acusação contra ele dirigida, de modo a propiciar-lhe a ampla defesa e o contraditório, sabendo com clareza do que se deve defender; (b) em segundo lugar, exige-se que a denúncia cumpra a **função de delimitação** (*Umgrenzungsfunktion*), de modo a revelar a concretização do delito, demarcando-lhe, objetiva e subjetivamente, todas as fronteiras, permitindo ao acusado e ao Poder Judiciário destacá-lo com precisão e clareza⁴².

Essas considerações assumem maior relevância quando, nas palavras de **Joaquim Canuto**, “o contraditório representa, pois, o complemento e o corretivo da ação da parte. Cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse: a ação combinada dos dois serve à justa composição da lide”⁴³.

Célebres são os precedentes do Supremo Tribunal Federal a propósito da matéria, dos quais destaco, entre outros, aqueles em que se decidiu que a **pessoa sob investigação penal tem o direito de não ser acusada com base em denúncia inepta**, razão pela qual a:

“denúncia deve conter a exposição do fato delituoso, descrito em toda a sua essência e narrado com todas as suas circunstâncias fundamentais. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura, ao réu, o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente aos eventos delituosos qualifica-se como denúncia inepta. [...] A mera invocação da condição de diretor ou

⁴¹ LIMA, R. B. de. **Manual de processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 300-301. Interessante julgado, nesse sentido, anotou ser inepta a denúncia que “não descreveu qual a conduta praticada pelo paciente, que decorreria de negligência, imprudência ou perícia, a qual teria ocasionado a produção do resultado naturalístico. O fato de o paciente ter perdido o ‘controle da direção’ e ter, em consequência, invadido a contramão, não é típico. A tipicidade, se houvesse, estaria na causa da perda do controle do veículo. Essa, entretanto, não é mencionada na peça acusatória” (HC 188.023/ES, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 01/09/2011).

⁴² TRF/1ª Região, HC 0050412-71.2017.4.01.0000/DF, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Néviton Guedes, e-DJF1 de 19/12/2017.

⁴³ ALMEIDA, J. C. M. de. **Princípios fundamentais do processo penal**, 1973, p. 79.

de administrador de instituição financeira, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório”⁴⁴.

O presente estágio do constitucionalismo brasileiro (art. 5º, LV, CRFB/88) e da convencionalidade interamericana (art. 8º da CADH) impõe, lado outro, a releitura dessas exigências à luz do postulado do devido processo penal, consubstanciado no asseguramento do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. **A perspectiva a que se dedica este ensaio, ao mesmo tempo em que debela o laxismo dogmático no controle jurisdicional da pretensão acusatória, guarda harmonia com o sistema interamericano de tutela dos direitos humanos.**

Inobstante a praxe jurisdicional laxista na prefacial análise das denúncias oferecidas possa convergir a propósitos estatísticos e à gestão emergencial de grandes acervos processuais – fomentada, de um lado, pela subsistência de uma concepção não-decisória do recebimento da denúncia, do qual derivaria a inexigibilidade de fundamentação⁴⁵; de outro, pela invocação do “princípio in dubio pro societate”⁴⁶ –, é bem de ver que o advento da Lei n.º 11.719/2008 introduziu hipóteses de imperativa rejeição da denúncia.

⁴⁴ HC 84580/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 25/08/2009. Grifei. Noutro histórico precedente, o Min. Celso de Mello observou: “O abuso de poder no oferecimento da denúncia, desde que inexistia qualquer incerteza objetiva em torno dos fatos subjacentes a instauração da persecução penal, revela-se suscetível de controle jurisdicional pela via do habeas corpus. [...] Existe, na perspectiva dos princípios constitucionais que regem o processo penal, um nexo de indiscutível vinculação entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta e o direito individual de que dispõe o acusado a ampla defesa. A imputação penal omissa ou deficiente, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, qualifica-se como causa de nulidade processual absoluta. A denúncia - enquanto instrumento formalmente consubstanciador da acusação penal - constitui peca processual de indiscutível relevo jurídico” (HC 70763/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 28/06/1994 - grifei).

⁴⁵ Superficial análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores permite constatar, ainda em recentes precedentes e mesmo depois das reformas legislativas que arrolaram as hipóteses de necessária rejeição da denúncia, acórdãos que referem o caráter não-decisório do recebimento da denúncia. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, exemplificativamente: ARE 845341 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 08/09/2015; e HC 118183, 2ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10/12/2013. Entretanto, salvo melhor juízo, “com a previsão da apresentação da defesa preliminar (ou resposta escrita) em alguns procedimentos, a decisão que receber a denúncia ou queixa deverá, ainda que sucintamente, refutar os argumentos apresentados pelo acusado. Se assim não fosse, de nada valeria a previsão dessa peça de defesa” (DE-MERCIAN, P. H.; MALULY, J. A. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 120).

⁴⁶ Enigmática expressão tendente a afirmar que, havendo dúvida a respeito da admissibilidade prefacial da imputação delitiva, o magistrado deve privilegiar a persecução e, por isso, deflagrar a ação penal. A expressão é amplamente encontrada na jurisprudência brasileira. No Supremo Tribunal Federal, veja-se, por exemplo, o HC 105251/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 28/06/2011. No Superior Tribunal de Justiça: RHC 89.461/AM, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 17/05/2018; HC 362.881/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 10/11/2016. No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, exemplificativamente: TRF/1ª Região: ACR 00046297720144013810/MG, 3ª Turma, Rel. Juiz Fed. Conv. Leão Aparecido Alves, e-DJF1 de 20/03/2018; ACR 0009965-91.2015.4.01.3304 /MG, 4ª Turma, Rel. Juiz Fed. Conv. Guilherme Fabiano Julien de Rezende, e-DJF1 de 14/02/2017; TRF/4ª Região: RSE 5010445-97.2016.4.04.7205/SC, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Salise Monteiro Sanhotene, julgado em 13/03/2018; RSE 5050533-70.2017.4.04.7100/RS, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Leandro Paulsen, julgado em 07/03/2018.

Com efeito, a teor do **art. 395 do Código de Processo Penal**, a denúncia ou queixa será rejeitada quando for manifestamente inepta; faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou faltar justa causa para o exercício da ação penal.

O primeiro inciso, ao cuidar da **inépcia manifesta**, é objeto de relativa controvérsia doutrinária, podendo ser contemplada como causa mais ampla de rejeição, albergando a falta de condições da ação ou mesmo de justa causa para o exercício da ação penal. Alguns autores entendem inepta a denúncia que, a exemplo do que sucede no Código de Processo Civil, não descrever fato criminoso, não imputar fatos determinados ou da exposição não resultar logicamente a conclusão⁴⁷. Outros, que o fenômeno pode se desmembrar em inépcia formal – quando a incoativa não preenche os requisitos obrigatórios do art. 41 do Código de Processo Penal – e inépcia material, em que a carência de lastro probatório mínimo assemelharia à falta de justa causa⁴⁸. Outros, ainda, que **se configura a:**

“inépcia da peça acusatória quando não se prestar aos fins aos quais se destina, vale dizer, não possuir a menor aptidão para concentrar, concatenadamente, em detalhes, o conteúdo da imputação, permitindo ao réu a exata compreensão da amplitude da acusação, garantindo-lhe, assim, a possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa”⁴⁹.

Refiro, por ilustrativo, uma das denúncias endereçadas em desfavor do senador Renan Calheiros, inadmitida pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, em sua composição plenária, decidiu ser “inepta a denúncia que imputa genericamente o crime de falsidade ideológica ao acusado sem esclarecer, no conjunto de documentos por ele apresentados ao Conselho de Ética do Senado, especificamente qual documento contém informação falsa”⁵⁰. O Superior Tribunal de Justiça, de igual forma, possui variegados acórdãos salientando a necessidade de se contextualizar a participação do(s) denunciado(s) na suposta

⁴⁷ GRECO FILHO, V. **Manual de processo penal**, 2017, p. 150.

⁴⁸ LIMA, R. B. de. **Manual de processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 1.311. Em sentido diverso, entendendo que o primeiro inciso cuida exclusivamente da inépcia formal (ao passo que a inépcia material estaria contemplada no art. 395, III, CPP), a posição de MENDONÇA, A. B. de. Dos processos em espécie. In: GOMES FILHO, A. M.; TORON, A. Z.; BADARÓ, G. H. (Coords.). **Código de processo penal comentado**. São Paulo: RT, 2018, p. 715.

⁴⁹ NUCCI, G. de S. **Código de processo penal comentado**, 2017, p. 945. Grifei.

⁵⁰ Inq 2593, Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 01/12/2016. Grifei.

atuação criminosa, seja sob a perspectiva da delimitação subjetiva da concorrência de desígnios ou ações⁵¹, seja sob o ângulo do objetivo enquadramento das condutas à luz dos tipos irrogados⁵².

Ao perspectivar o segundo inciso à luz das categorias próprias do Direito Processual Penal, **Aury Lopes Jr.** propõe que as condições a que alude o art. 395, II, do Código de Processo Penal devem ser compreendidas como:

(a) **prática de fato aparentemente criminoso** (*fumus commissi delicti*), vale dizer, incumbe à acusação a demonstração da tipicidade aparente da conduta, sem prejuízo de que, havendo elementos indiciários que o acusado agiu, manifestamente, ao abrigo de causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade, o juiz se antecipe à fase da absolvição sumária (art. 397, III, CPP) e rejeite a denúncia;

(b) **punibilidade concreta**, de sorte que, demonstrada *icto oculi* a causa extintiva da punibilidade (art. 107, CP), mister a rejeição da denúncia, reservada a absolvição sumária para os casos em que essa prova

⁵¹ Já se reputou inepta a denúncia (a) na qual “não se demonstrou de que forma os recorrentes concorreram para a ocorrência do fato delituoso a eles imputados na acusação, ou seja, não se demonstrou o mínimo vínculo entre os acusados e o crime a eles imputados, ou mesmo o vínculo entre eles para a prática dos delitos, impossibilitando, com isso, o exercício do contraditório e da ampla defesa” (RHC 73.096/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 21/09/2017); (b) que “apontou a prática de diversos ilícitos ao paciente sem sequer precisar qual a conduta cometida por ele, somente destacando que seria o “contador da organização criminosa”, sem particularizar as ações que embasassem tal consideração, prejudicando, assim, o exercício da mais ampla defesa” (HC 178.577/MS, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, julgado em 20/08/2013); (c) que “não descreve, de maneira devida, qual foi o atendimento médico imediato e especializado que a recorrente poderia ter prestado (e que não tenha sido suprido por outro profissional) e que pudesse ter evitado a morte da paciente, bem como não descreve que circunstância(s) permite(m) inferir que tenha ela previsto o resultado morte e a ele anuído. Nas imputações pela prática de crime comissivo por omissão, para que se configure a materialidade do delito, é imprescindível a descrição da conduta (omitida) devida, idônea e suficiente para obstar o dano ocorrido. Em crime de homicídio, é mister que se indique o nexó normativo entre a conduta omissiva e a morte da vítima, porque só se tem por constituída a relação de causalidade se, com lastro em elementos empíricos, for possível concluir-se, com alto grau de probabilidade, que o resultado não ocorreria se a ação devida (no caso vertente, o atendimento imediato pela recorrente) fosse realizada. Se tal liame, objetivo e subjetivo, entre a omissão da médica e a morte da paciente não foi descrito, a denúncia é formalmente inepta, porquanto não é lícito presumir que do simples não comparecimento da médica ao hospital na noite em que fora chamada para o atendimento emergencial tenha resultado, 3 (três) dias depois, o óbito da paciente” (RHC 39.627/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 08/04/2014).

⁵² Reputou-se inepta a denúncia quando, tendo listado vinte e dois documentos falsificados, imputou a falsificação de doze, haja vista a ausência de individualização do objeto da imputação (HC 76.098/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 06/04/2010). Interessantíssima, outrossim, é a intersecção do tema com as normas penais em branco, em relação às quais o Superior Tribunal de Justiça entende ser necessária a indicação: (a) das portarias proibitivas, relativamente ao crime de contrabando (AgRg nos EDcl no REsp 1521645/CE, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, julgado em 15/08/2017); (b) dos atos regulatórios extrapenais, referidos pelo art. 1º, I, da Lei n.º 8.176/1991 (AgRg no HC 249.472/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 21/11/2017; HC 350.973/SP, 6ª Turma, Rel. Ministro Nélfi Cordeiro, julgado em 09/08/2016); (c) do ato normativo definidor das armas e munições de uso restrito, para fins de incidência do art. 16 da Lei 10.826/2003 (RHC 79.787/MT, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 13/06/2017); (d) do ato regulatório dos níveis tolerados de sonoridade, para fins de caracterização da poluição sonora prevista no art. 54 da Lei n.º 9.605/1998 (HC 240.249/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 24/02/2015).

venha aos autos após o recebimento da denúncia (art. 397, IV, CPP);

(c) **legitimidade das partes**, quer sob o ângulo ativo (exame da titularidade da ação penal), quer sob o ângulo passivo (relacionado à suposta autoria do fato tido como delituoso)⁵³.

Quanto à **justa causa** referida pelo terceiro inciso do art. 395 do Código de Processo Penal, cuja nebulosa definição parece ter reclamado do legislador assento apartado das demais condições da ação penal, abalizada doutrina tem-na caracterizado como “justa razão ou razão suficiente para instauração da ação penal”, subdividida na existência de fundamentos de fato e de direito para a acusação.

O **fundamento de direito** para a acusação pressupõe que a ordem jurídica aceite a limitação à liberdade jurídica; já a existência do **fundamento de fato** pressupõe que a denúncia ou queixa guarde fidelidade para com o inquérito policial ou elementos de informação, relacionados com a existência material do fato, indícios suficientes de autoria e um mínimo de culpabilidade⁵⁴.

Noutras palavras:

“a justa causa não se limita apenas a um suporte probatório mínimo, ou se restringe ao conceito de interesse de agir, ou representa a presença de tipicidade. Ela é tudo isso, mas não é apenas isso. A justa causa é uma cláusula de encerramento, que concretiza, no âmbito processual penal, os preceitos constitucionais de dignidade, da proporcionalidade [...] Ela concretiza a legitimidade de submeter alguém a um processo criminal sob todas

⁵³ LOPES JR., A. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 193-198 *passim*. Observando os estreitos limites temáticos deste artigo, reporto-me, a respeito deste controverso capítulo da teoria do processo penal, às obras de maior fôlego doutrinário que dele cuidaram com o devido vagar. Por todos, confira-se: BADARÓ, G. H. As condições da ação penal. In: ZUGELATO, C.; YARSELL, F. L. (Orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 171 *et seq.*

⁵⁴ MOURA, M. T. R. de. **Justa causa para ação penal**. São Paulo: RT, 2001, p. 291. Essa dicotomia pode ser entrevista, igualmente, na (a) existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade, a contrario sensu dos artigos 12, 39, § 5º, 46, § 1º, 648, I, todos do Código de Processo Penal; e no (b) controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal, traduzido no necessário controle, exercido pelo magistrado, tocante à proporcionalidade entre os elementos que justificam a intervenção penal e processual, de um lado, e o custo do processo penal, de outro (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 197). Em sentido semelhante, substancializando essa categoria processual com as cargas teleológicas da pena, a advertência de Fauzi Choukr, para quem a justa causa “funciona como um mecanismo de adesão ao processo penal constitucional, visto que impede o exercício abstrato da Justiça criminal, condicionando seu fundamento a uma concreta demonstração da necessidade da recomposição do mundo da vida pela aplicação de uma pena que atenda às suas finalidades estritas num Estado Democrático e de Direito” (CHOUKR, F. H. **Código de processo penal**. Comentários consolidados & crítica jurisprudencial. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 38).

as perspectivas exigidas pela ordem constitucional”⁵⁵.

Articuladas a dimensão convencional e a dimensão legal do direito a ser bem acusado no processo penal brasileiro, pretendo, agora, confrontá-las com a prática jurisdicional brasileira relativamente a certas denúncias formuladas em desfavor de gestores públicos, não sem antes explorar os superiores atributos epistemológicos do contraste entre as premissas teóricas da primeira parte com a análise de casos concretos, iluminando, na segunda parte, os caracteres verdadeiramente punitivos da imputação de responsabilidade penal objetiva.

2. PUNIR

2.1 Relevância epistemológica da casuística forense

Ao conjurar a pecha de abstracionismo metafísico que se lançava contra a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o memorável **Giuseppe Capograssi**, jurista filósofo e membro da Corte Constitucional italiana, advertia que, obnubiladas as origens profundas dessas declarações nos eventos mais centrais da história contemporânea, seu significado esvaneceria e neles só se leriam tautologias e repetições de fórmulas envelhecidas. Ao contrário, é da experiência concreta das hecatombes experimentadas ao longo do séc. XX que se ergue o exercício reflexivo radical a propósito das necessidades normativas comuns à humanidade⁵⁶.

Nessa linha intelectual, visando a emprestar **concretude analítica ao enfrentamento do tema**, depois de terem sido expostas, na primeira parte, (1.1) os **caracteres jurídico-convencionais que conformam o direito a ser bem acusado** e sua (1.2) **ascendência normativa sobre o tratamento sistêmico da acusação no processo penal**, parece-me interessante cotejá-los, nesta segunda parte, com a **complexidade que a casuística fo-**

⁵⁵ CARVALHO, L. G. G. C. de. **Processo penal e constituição**. 2014, p. 227. Grifei. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a justa causa tem sido entendida como “exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime, bem como de indícios razoáveis de autoria”. Ou, ainda, como “**ônus da acusação de demonstrar, ainda que superficialmente, porém com fundamento de relativa consistência, nesta fase preliminar do processo, os fatos constitutivos sobre os quais se assenta a pretensão punitiva do Estado**” (Inq 3507, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 08/05/2014 – grifei).

⁵⁶ Malgrado o exemplar consultado não traga a deliciosa prosa italiana do *maestro*, sua tradução francesa exprime, em grau menor, a eloquência de seu primoroso discurso a respeito da trágica linha de causalidade histórica entre a *Declaração* e a mortandade da 2ª Guerra Mundial: “*La vérité est que ces documents, tels qu’ils sont, et surtout la présente ‘Déclaration universelle’, sont typiquement liés et adaptés à toute l’expérience contemporaine; ils entendent donner un détermination et une expression aux besoins objectifs et élémentaires que l’humanité a perçus, éclairée par les expériences qu’elle a faites. Le contenu de la présente déclaration ne vient pas de déductions abstraites, il ne renvoie pas à de vieilles métaphysiques ni à de vieux catalogues de droit naturel: il est dicté par les besoins les plus nets de nos sociétés, et proportionné aux faits les plus retentissants et aux exigences les plus vitales de l’humanité présente. Telle qu’elle est, la Déclaration est pour ainsi dire l’acte de réflexion le plus puissant que les Nations Unies aient mené sur l’expérience historique des sociétés contemporaines: le jugement profond que les Nations elle-mêmes ont porté à partir des difficultés que leurs peuples ont subies*” (CAPOGRASSI, G. *La Déclaration Universelle des Droits de l’Homme et sa signification*. In: ***L’expérience juridique***. Traduit de l’italien par Christophe Carraud. Paris: Conférence, 2016, p. 88).

rense oferece ao intérprete. Valho-me, para tanto, da experiência haurida da jurisdição criminal de fronteira na Vara Federal da Subseção Judiciária de Tabatinga/AM, município distante há mais de um milhar de quilômetros da capital manauara, onde parece viger um “processo penal de fronteira”⁵⁷.

Com efeito, a singela constatação de que a efetividade do fenômeno punitivo depende do desenvolvimento do devido processo penal⁵⁸ aponta para a relevância de que se reveste a análise, por intermédio de casos concretos, do *diritto penale giurisprudenziale*⁵⁹. Na literatura tedesca, por exemplo, **Harro Otto** se dedicou à abordagem da imprescindibilidade não apenas didática, mas verdadeiramente epistemológica da integração do raciocínio jurídico com a feitura de “exercícios”, ou seja, o desempenho da vocação essencialmente prática da ciência do direito⁶⁰.

Por essas razões, associo-me à iniciativa pragmática de grandes penalistas contemporâneos⁶¹ para afirmar que **as considerações teóricas sobre a relevância da previsão contida no art. 8º da CADH são insuficientes, por si sós, à sua efetivação no ordenamento jurídico brasileiro.** O laxismo dogmático a que me referi anteriormente deve ser confrontado em sua dinâmica operacional concreta e, para tanto, bastam alguns poucos exemplos aos quais se dedica o próximo subcapítulo.

⁵⁷ Sobre as subsistemáticas do processo penal brasileiro e do “processo penal de fronteira” – entendido, este, como o conjunto de práticas que caracterizam a abordagem institucional dos crimes perpetrados nas zonas fronteiriças do país, muita vez incompatíveis com as balizas legais e constitucionais que delineiam o perfil dogmático do processo penal brasileiro –, confira-se LEAL, B. H. Processo penal de fronteira. Tópicos de experiência jurisdicional na Subseção de Tabatinga/AM. *In: Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*. 2018, p. 17-37.

⁵⁸ A respeito das conexões entre o caráter necessariamente processual do fenômeno punitivo de origem estatal, sintetizado no brocardo *nulla poena sine iudicio*, vejam-se as considerações de FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Trotta, 2016. pp. 537 *et seq.*

⁵⁹ FIANDACA, G. *Prima lezione di diritto penale*, 2017, p. 132.

⁶⁰ É que, segundo o autor, a contemplação isolada das técnicas de subsunção, posto que valorize sua natureza de pressuposto do trabalho científico, impede que se responda à questão de saber se os fatos citados na lei realmente correspondem aos fatos a serem avaliados No vernáculo, com explícita referência à linguagem de KARL ENGISCH: “Subsumtion und formale Regeln (z.B. argumentum e contrario, argumentum a maiore ad minus) sind nur Hilfsmittel bei dieser Feststellung. Das ‘Hin- und Herwandern des Blickes’ [...] zwischen Norm und Lebenssachverhalt ist gerichtet auf ein Verstehen der zwischen ihnen bestehenden Entsprechung” (OTTO, H. *Übungen im Strafrecht*. Berlin: De Gruyter, 2005, p. 03).

⁶¹ Aludo à opção metodológica da dissecação dos “grandes temas” do direito penal e processual penal a partir da análise de casos concretos, encampada, por exemplo no tratamento da **imputação objetiva**, por Luís Greco (com destaque às páginas 105 e seguintes de GRECO, L. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. São Paulo: RT, 2014); do **erro de proibição**, por Alaor Leite (às páginas 02 a 05 de LEITE, A. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. A atuação nos limites entre o permitido e o proibido. São Paulo: Atlas, 2014); do **dosimetria da pena**, por Adriano Teixeira (páginas 25-28 e 177-181 de TEIXEIRA, A. **Teoria da aplicação da pena**. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015); do **princípio da confiança em direito penal**, por Flavia Siqueira (páginas 27 a 37 de SIQUEIRA, F. **O princípio da confiança no direito penal**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016). No direito comparado, antiga obra de VANNINI, O. **Come deve essere praticamente insegnata la procedura penale**. Milano: Giuffrè, 1951; além de BACIGALUPO, E. **Técnica de resolución de casos penales**. Buenos Aires: Hammurabi, 1990, pp. 25-90 e 105-132 *passim*.

2.2 Responsabilidade penal objetiva de gestores públicos

Consoante declinei nas considerações introdutórias deste artigo, endereço este segundo momento da segunda parte à operacionalidade concreta do direito convencional a ser bem acusado, à medida que espartilho o foco analítico sobre um determinado tipo de agente e um determinado tipo de delito, os quais, submetidos à severa desaprovação popular, ganharam expressiva notoriedade no cenário brasileiro do último decênio, sobretudo a partir da AP 470/MG (Caso Mensalão) e da “Operação Lava-Jato”⁶².

Refiro-me às denúncias que irrogam contra gestores públicos a responsabilidade penal pela suposta malversação de valores sob as mais diversificadas capitulações. E, ao fazê-lo, passo a analisar, a título exemplificativo, dois tipos penais de expressiva significação estatística no acervo da Subseção Judiciária de Tabatinga/AM: a imputação do (1) crime de sonegação de contribuição previdenciária descontada no contracheque dos servidores municipais (art. 337-A, CP) e do (2) extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314, CP).

Quanto à (1) **sonegação de contribuição previdenciária descontada do contracheque dos servidores municipais** – cuja tipificação à luz do art. 337-A, I, do Código Penal já se mostra, de saída, problemática⁶³ –, muitas são as denúncias oferecidas sem que de seu exame prefacial se possa extrair por qual meio o acusado suprimiu ou reduziu contribuição social previdenciária, restringindo-se, a narrativa acusatória, a indicar matematicamente a

⁶² A propósito desses e de outros casos congêneres, à luz das lições de Luís Greco sobre a famigerada construção jakobsiana do “*Feindstrafrecht*”, confira-se LEAL, Bruno Hermes. Inimigos e Corruptos: prescindibilidade do “direito penal do inimigo” e alternativas dogmáticas ao enfrentamento da corrupção brasileira. In: **Anais do XIV Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2018. **No prelo**.

⁶³ Adotando como paradigma a tipicidade objetiva do art. 337-A, I, do Código Penal, a primeira questão que salta aos olhos diz com a aparente incompatibilidade entre o elemento normativo “empresa” – a designar exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966, CC) – e a administração municipal de uma pessoa jurídica de direito público interno (art. 41, III, CC). Essa contradição não escapou da argúcia do eminente Des. Fed. Olindo Menezes, segundo o qual, em brilhante precedente, “o tipo do art. 337-A, I e II do Código Penal faz referência a ‘empresa’ como elemento normativo do tipo, no qual não podem ser incluídas as pessoas jurídicas de direito público e seus agentes. Para fins penais, essa equiparação, à míngua de determinação legal expressa, constitui um atentado ao princípio da legalidade (art. 5º, XL - CF e art. 1º - CP). Os agentes políticos não se qualificam como sujeito ativo do crime do art. 337-A, I e II, do Código Penal, que aludem à folha de pagamento e à contabilidade da empresa” (TRF/1ª Região, RSE 0054034-81.2010.4.01.3500, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Olindo Menezes, julgado em 24/07/2013 – grifei). A despeito da justiça dessas considerações, a orientação atual do Superior Tribunal de Justiça trafega no sentido de que “[P]ode qualquer pessoa, particular ou agente público, inclusive prefeitos, praticar o crime do art. 337-A do Código Penal, consistente na omissão de valores na guia de recolhimento do fundo de garantia por tempo de serviço e informação à Previdência Social – GFIP” (RHC 43.741/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 10/03/2016). Em caso paradigmático, a eminente Min. Thereza de Assis Moura observou: “[N]ão por outra razão a própria lei penal comporta interpretação analógica determinando que se amplie o seu conteúdo ou alcance ao dispor que constitui sonegação de contribuição previdenciária suprimir ou reduzir contribuição por omissão na folha de pagamento ou de documento de informações previdenciárias relativa à segurado empregado “ou a este equiparado que lhe prestem serviços”. Vale anotar, a propósito, o conceito de ‘empresa’ para fins de Custeio da Previdência Social que está contido na Lei nº 8.212/91, e que expressamente inclui os órgãos e entidades da administração pública [...] Do exposto, resulta que a possibilidade de responsabilização dos gestores públicos, dentre eles o chefe do executivo municipal, pelo delito de sonegação de contribuição previdenciária não decorre de analogia ou de outra forma de integração da norma porque não se está a criar condutas puníveis, nem a impor penas, mas de necessária e cabível interpretação analógica do dispositivo previsto pelo próprio legislador penal, não havendo falar em violação qualquer do princípio da legalidade estrita” (REsp 1435305/GO, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 28/04/2015).

ausência de repasse dos respectivos valores ao INSS como requisito suficiente à imputação delitiva ao então prefeito⁶⁴.

Ao revés, a perspectiva jurisprudencial predominante tem exigido, muito além do exercício da chefia do Poder Executivo municipal, a indicação de indícios mínimos segundo os quais o acusado tenha concorrido ou determinado a supressão ou redução de contribuição social. Em caso muito semelhante, o Min. Felix Fischer, ao frisar a inépcia da exordial acusatória, anotou:

“a denúncia deve descrever a conduta típica atribuída ao prefeito. Entretanto, observa-se da leitura da peça acusatória, que a imputação foi feita de forma automática, pela simples condição de prefeito do acusado, o que não se pode admitir”⁶⁵.

Quanto ao (2) **extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento** (art. 314, CP), trata-se de acusação reiteradamente extraída de notícia-crime formulada, nos primeiros meses de ano subsequente às eleições municipais, por representantes da agremiação partidária vencedora em desfavor da gestão que acaba de deixar a chefia do Poder

⁶⁴ Não se cuida, aqui, de problematizar a questão relativa às exigências subjetivas do tipo penal em questão, as quais se restringem – consoante a orientação predominante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 765.883/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 06/02/2018; AgRg no AREsp 1111582/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 12/06/2018) – ao dolo genérico, despidianda a demonstração do *animus* específico de fraudar a Previdência Social. A inépcia da denúncia, no caso, consiste em falhar na demonstração da tipicidade objetiva, vinculando a sonegação previdenciária ao mero exercício da chefia da administração municipal.

⁶⁵ REsp 299.831/PE, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 02/08/2001. Em caso muito semelhante, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça também decidiu que “o prefeito municipal - quanto aos crimes próprios de sua atuação como agente público, lógico, deve corresponder às condutas próprias das atribuições de seu cargo. Em princípio, não compreende o recolhimento e a transferência das contribuições sociais. A denúncia, por isso, deve descrever, para ser apta, a atribuição legal, ou a participação ideológica do prefeito municipal” (REsp 79.832/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 02/08/2001). No âmbito do egrégio Tribunal Regional Federal desta 1ª Região há acórdãos, inclusive, indicando que a sonegação de contribuição previdenciária não pode ser imputada ao prefeito, se não comprovado o desvio ou apropriação da verba em proveito do agente político (v.g., HC 0015069-53.2013.4.01.0000, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Cândido Ribeiro, julgado em 06/05/2013; HC 0054110-90.2014.4.01.0000, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Ney Bello, julgado em 17/03/2015). Em relevante precedente, decidiu-se que “[À] míngua de indícios, ainda que mínimos, de enriquecimento ilícito decorrente da prática criminosa atribuída ao Paciente na Denúncia, indiscutível a falta de justa causa em relação a ele. 4 - Este Tribunal tem decidido, reiteradamente, que o administrador público somente será responsabilizado, pessoalmente, por infrações se conceituadas como crimes ou contravenções, ficando indene se praticadas no exercício regular das suas funções e, evidentemente, pretender responsabilizá-lo por não ter fornecido à fiscalização, mensalmente, guias de recolhimentos e dados cadastrais para verificação da regularidade no recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias é inadmissível por não estar entre suas atribuições pessoais, competindo essa tarefa ao Setor responsável pelo recolhimento de encargos vinculados à folha de pagamento de agentes políticos e servidores do município. 5 - Não vinculando a Denúncia proveito pessoal ou acréscimo patrimonial à prática delitosa prevista no art. 337-A, I, do Código Penal, mas apresentando como fundamento da pretensão punitiva, tão somente, o fato de ter sido o paciente prefeito durante o período fiscalizado, deficiente a motivação e, conseqüentemente, patente constrangimento ilegal a autorizar a concessão da ordem de Habeas Corpus” (TRF/1ª Região, HC 0047216-35.2013.4.01.0000, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Catão Alves, julgado em 11/09/2013 – grifei).

Executivo municipal⁶⁶. **A acusação, então, sói entrever a configuração dos verbos nucleares típicos na suposta omissão no exercício responsável da ascendência funcional e hierárquica sobre todos os servidores municipais**, perspectiva essa que contrasta não apenas com a aderência eminentemente subjetiva da responsabilidade penal, mas também com a decantada orientação doutrinária⁶⁷ e jurisprudencial a propósito do tipo em questão.

Ora, se da denúncia não se extrai, por qual obrigação legal o ex-prefeito deveria assumir ou avocar a responsabilidade pela guarda de documentos atinentes a certo convênio, impõe-se a indagação sobre qual fato teria deslocado a guarda de documentos atinentes a um deles, entre dezenas de outros, à esfera de responsabilidades da chefia do Poder Executivo, e não ao secretário respectivo ou a algum outro agente subalterno da administração municipal. A mímica da tomada extrajudicial de depoimento que sinalize a existência de ordens do gestor acusado, implícitas ou explícitas, para que alguém promovesse o doloso desaparecimento de tais documentos, por exemplo, exala debilidade a extração da responsabilidade penal da mera condição de prefeito.

Da análise dos exemplos veiculados bem se vê que a frustração do direito convencional a ser bem acusado se articula, nesses casos, ao redor da presunção da responsabilidade do chefe da administração municipal pelos mais distintos segmentos de atuação estatal sobre os quais, desde os modestos núcleos populacionais até as grandes concentrações urbanas, os prefeitos não exercem qualquer supervisão direta.

Quanto a esses casos exemplificativos, seguramente, não se pode afirmar que tenham sido asseguradas, como exige o art. 8.2 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, a comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada, ou a concessão do tempo e dos meios adequados ao acusado para a preparação de sua defesa. Isso porque a genérica imputação aos gestores públicos de atos praticados por subordinados seus, sem que se demonstre o concurso de agentes para a prática delitiva, ao mesmo tempo em que descaracteriza a natureza pormenorizada da acusação formulada (a acusação consiste em fato próprio ou na colaboração com fato alheio?), desguarnea o acusado dos meios adequados para a preparação de sua defesa (o acusado deve demonstrar a inexistência de crime seu ou da perfeita regularidade dos serviços prestados por todos os servidores da administração municipal envolvidos no fato?).

⁶⁶ Em caso específico, o egrégio Tribunal Regional Federal desta 1ª Região decidiu que “[N]ão consta dos autos indícios mínimos de materialidade e de autoria que evidenciem o extravio dos documentos pelo acusado. A denúncia baseou-se tão somente no depoimento do sucessor do ex-prefeito, sem que fossem realizadas outras diligências para confirmação da existência de tais documentos e que de fato foram extraviados ou sonegados” (TRF/1ª Região, ACR 0001138-19.2014.4.01.3307, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Monica Sifuentes, e-DJF1 de 26/05/2017).

⁶⁷ A título meramente exemplificativo, registro que, segundo o velho NELSON HUNGRIA, a tipicidade objetiva do crime previsto pelo art. 314 do Código Penal denota crime próprio, cuja consumação pressupõe não apenas a condição funcional, senão a prática “em razão do cargo” (rationi officii), vale dizer, o agente há de ser o funcionário incumbido racione officii da guarda do livro ou documento” (HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 356).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estágio do fenômeno punitivo inspira a comparação, de um lado, entre a compreensão tradicional, segundo a qual o processo penal supõe a condenação a uma pena, cuja execução material se pospõe cronologicamente à declaração da culpabilidade; e, de outro, uma compreensão contemporânea, estruturalmente comprometida com a desmaterialização parcial do ato mesmo de punir⁶⁸.

Lecionava **Carnelutti** que a dúvida deriva da limitação própria da mente humana, para a qual a verdade “*si frantumata nelle ragioni, come la luce dei colori*” e só é apreendida “*a piccole dosi*”⁶⁹. Ao magistrado brasileiro incumbe, portanto, evitar o “laxismo dogmático” no controle jurisdicional da pretensão acusatória, duvidando da narrativa articulada na denúncia, pela singela razão de que o acusado se presume inocente e ostenta, por essa razão, o direito de ser bem acusado.

A essa conclusão convergem, consoante demonstrado na primeira parte do artigo, os marcos normativos internacionais e nacionais que conformam o direito a ser bem acusado, com especial ênfase, de um lado, ao art. 8.2 do Pacto de São José da Costa Rica e ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988; de outro, à disciplina estabelecida pelos artigos 41, 395, 396, 396-A e 397, todos do Código de Processo Penal brasileiro.

Os casos expostos na segunda parte, de sua vez, ao mesmo tempo em que ilustram o superior potencial explicativo oferecido pela casuística forense, patenteiam que as considerações meramente teóricas concernentes à relevância da previsão contida no art. 8-2 da CADH são insuficientes. Faz-se necessário afirmá-la nas hipóteses concretas de exercício abusivo da acusação em contraste com o direito de ser bem acusado, de que são exemplos a imputação de responsabilidade penalmente objetiva quanto ao crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, CP) e quanto ao extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314, CP), ambas subtratoras do pormenorizado conhecimento da acusação e dos meios adequados para a preparação da defesa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. C. M. de. **Processo penal**. Ação e jurisdição. São Paulo: RT, 1975.

_____. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973.

ALMEIDA JÚNIOR, J. M. de. **O processo criminal brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Baptista de Souza, 1920. Volumes 01 e 02.

AMBOS, K. **Principios del proceso penal europeo**. *Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*. Traducido por Ana Beltrán e Guillermo Orce. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

⁶⁸ KERCHOVE, M. V. de. *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*. Bruxelles: FUSL, 2005, p. 282.

⁶⁹ CARNELUTTI, F. *Come si fa un processo*. Torino: RAI, 1954, p. 66.

- AMODIO, E. *Estetica della giustizia penale*. Milano: Giuffrè, 2016.
- AROCA, J. M. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Buenos Aires: Astrea, 2016.
- AUGUSTIN. *La cité de Dieu*. 3ème éd. Traduit du latin par L. Moreau. Paris: Jacques Lecoffre, 1851. Tome III.
- BADARÓ, G. H. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014.
- BRITO, A. C. de; FABRETTI, H. B.; LIMA, M. A. F. **Processo penal brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CÂMARA LEAL, A. L. da. **Comentários ao código de processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. Volume 01.
- CAPOGRASSI, G. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et sa signification. *In: L'expérience juridique*. Traduit de l'italien par Christophe Carraud. Paris: Conférence, 2016.
- CARNELUTTI, F. **Principi del processo penale**. Napoli: Morano, 1960.
- _____. **Las miserias del proceso penal**. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1959.
- _____. **Come si fa un processo**. Torino: RAI, 1954.
- _____. Mettere il pubblico ministero al suo posto. *In: Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1953. Volume VIII.
- CARROLL, L. **Alice's adventures in wonderland**. Delaware: Prestwick House, 2005, p. 87.
- CHOUKR, F. H. **Código de processo penal**. Comentários consolidados & crítica jurisprudencial. 7.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. Volume 02.
- CUÉLLAR, J. B.; LYNETT, E. M. **El proceso penal**. Fundamentos constitucionales y teoría general. 6.ed Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- DEMERCIAN, P. H.; MALULY, J. A. **Curso de processo penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- DEU, T. A. **Sistemas procesales penales**. La justicia penal en Europa y América. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- _____. **Estudios de justicia penal**. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- ESPÍNOLA FILHO, E. **Código de processo penal brasileiro anotado**. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. Volume 01. Tomo 01.

CARVALHO, L. G. G. C. **Processo penal e constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASARA, R. Processo penal do espetáculo. *In*: PRADO, Geraldo; CHOUKR, A. C. F.; JAPIASSÚ, C. E. **Processo penal e garantias**. Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 2.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

COUTINHO, J. N. de M. Mettere il pubblico ministero al suo posto – ed anche il Giudice. *In*: CASARA, R.; LIMA, J. C. de (Coords.). **Temas para uma perspectiva crítica do direito**: homenagem ao professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

DENZINGER, H. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. 3.ed. São Paulo: Loyola, 2015.

DIAS, J. de F. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2004.

DIP, R.; JUNIOR, V. C. **Crime e castigo**. Campinas: Millennium, 2001.

FERRAJOLI, L. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* 10.ed. Madrid: Trotta, 2016.

FIANDACA, G. **Prima lezione di diritto penale**. Bari: Laterza, 2017.

FISCHER, D. O que é garantismo (penal) integral? *In*: CALABRICH, B.; FISCHER, D.; PELELLA, E. (Orgs.). **Garantismo penal integral**. 4.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

FOUCAULT, M. **Surveiller et punir**. Naissance de la prison. Paris: Gallimard, 1975.

GARAPON, A. **Bien juger**. Essai sur le rituel judiciaire. Paris: Odile Jacob, 2001.

_____. **Des crimes qu'on ne peut ni punir, ni pardonner**. Pour une justice internationale. Paris: Odile Jacob, 2002.

GIACOMOLLI, N. J. **O devido processo penal**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GLOECKNER, R. J. **Nulidades no processo penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO FILHO, V. **Manual de processo penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUEDES, N. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa. *In*: MARQUES, M. C. (Coord.). **Improbidade administrativa**. Temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Volume IX.

JACOB, R. Jugement des hommes et jugement de Dieu à l'aube du Moyen Âge. *In*: **Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes**. Études d'histoire com-

parée. Paris: LGDJ, 1996.

KHALED JR., S. Garantismo à la carte: integral, desnatado ou semi-desnatado? *In: Justiça social e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

KELSEN, H. **Reine Rechtslehre**. 2.Aufl. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

KERCHOVE, M. V. de. **Quand dire, c'est punir**. Essai sur le jugement pénal. Bruxelles: FUSL, 2005.

KOERING-JOULIN, R. A fase preparatória do processo penal: grandes linhas da jurisprudência europeia. *In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). Processo penal e direitos do homem*. Traduzido por Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

KOSTORIS, R. La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi. *In: BERNARDI, A.; CUPELLI, C. (orgs.). Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale. Napoli: Jovene, 2017.

LEAL, B. H. Processo penal de fronteira. Tópicos de experiência jurisdicional na Subseção de Tabatinga/AM. *In: Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*. v. 30, pp. 17-37, 2018.

LIMA, R. B. de. **Manual de processo penal**. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES JR., A. **Direito processual penal**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LUGO, C. F. S. Los derechos del imputado em las audiências preliminares. La jurisprudencia nacional y de las cortes internacionales. *In: El proceso penal acusatória colombiano*. Bogotá: EJAM, 2006.

MANES, V. **Il giudice nel labirinto**. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali. Roma: Diké Giuridica Editrice, 2012.

MANZINI, V. **Trattato di diritto processuale penale**. Torino: UTET, 1952. Volume 01.

MARQUES, J. F. **Elementos de direito processual penal**. 2.ed. Campinas: Millenium, 2000. Volume 02.

MONTESQUIEU, C. S., B. de la B. et de. **L'ésprit des lois**. Paris: Belin-Leprieur, 1845.

MOURA, M. T. R. de. **Justa causa para ação penal**. São Paulo: RT, 2001.

NORONHA, E. M. **Curso de direito processual penal**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

OST, F. **Le temps du droit**. Paris: Odile Jacob, 1999.

OTTO, H. **Übungen im Strafrecht**. 6.Aufl. Berlin: De Gruyter, 2005.

ROXIN, C. **Derecho procesal penal**. Traducido por Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SALCUNI, G. L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice. *In*: MANNA, Adelmo (org.). **Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale**. Pisa: PUP, 2016.

SANGUINÉ, O. **Prisão cautelar**. Medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. SANTORIELLO, C. **L'abuso del processo**. Pisa: PUP, 2018.

SIQUEIRA, G. **Curso de processo criminal**. 2.ed. São Paulo: Magalhães, 1937.

SPANGHER, G. **Ragionamenti sul processo penale**. Milano: Giuffrè, 2018.

_____. La "vittima del processo" per ingiusta e illegale detenzione. *In*: SPANGHER, Giorgio. **La vittima del processo penale**. Torino: Giappichelli, 2017.

TORNAGHI, H. **Instituições de processo penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1977. Volume 02.

TRUCHE, P. **Juger, être jugé**. Le magistrat face aux autres et à lui-même. Paris: Fayard, 2001.

UBERTIS, G. Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo. *In*: **Argomenti di procedura penale IV**. Milano: Giuffrè, 2016.

CONFLITOS MIGRATÓRIOS
NO SÉCULO XXI

MIGRATORY CONFLICTS IN THE 21ST CENTURY

“PROJETO MIGRANTES EGRESSAS”: UMA EXPERIÊNCIA DE TRABALHO DE ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL COM MULHERES MIGRANTES EM CONFLITO COM A LEI NA CIDADE DE SÃO PAULO

“FORMERLY INCARCERATED MIGRANT WOMEN’S PROJECT”: A CIVIL SOCIETY ORGANIZATION WORK EXPERIENCE WITH MIGRANT WOMEN IN CONFLICT WITH THE LAW IN THE CITY OF SÃO PAULO

Viviane Balbuglio

Mestranda em Direito e Desenvolvimento - Fundação Getúlio Vargas Direito Advogada, atuou por 2 anos como assistente e coordenadora do Projeto Migrantes Egressas Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC)

viviane.balbuglio@gmail.com

Isabela Rocha Tsuji Cunha

Mestre em Direitos Humanos - Universidade de São Paulo, USP Advogada, atuou por 8 anos como assistente e coordenadora do Projeto Estrangeiras (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, ITTC)

isartc@gmail.com

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de apresentar a experiência de trabalho do Projeto Migrantes Egressas (PME) do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), que tem como escopo o atendimento direto com mulheres migrantes egressas do sistema prisional paulista. Propõe-se assim relacionar a experiência de trabalho do projeto junto às mulheres migrantes envolvidas com o sistema penal brasileiro com as mudanças proporcionadas pela nova Lei de Migrações (Lei 13.445/2017), além de discutir o acesso a direitos, serviços e políticas públicas no novo cenário que se conforma com cada vez mais mulheres migrantes respondendo processos criminais e cumprindo penas fora do sistema prisional. Se por um lado as medidas tomadas para o desencarceramento de mulheres migrantes representam uma inegável conquista, por outro, a saída da prisão não necessariamente representa o pleno acesso à liberdade, trazendo uma série de novas questões a serem enfrentadas no cotidiano.

Palavras-chave: Migração. Prisão. Gênero. Liberdade.

ABSTRACT

This article aims to present the work experience of Formerly Incarcerated Migrant Women's Project, of the Land, Work and Citizenship Institute (ITTC), which is focused on the direct assistance to migrant women who left the penitentiary system in São Paulo. The proposal is relating the Project's work experience with migrant women who were involved with the Brazilian penal system with the changes provided by the new Brazilian Migration Law (Law 13.445/2017), in addition to the discussion about access to rights and public services and policies in the new set that comes with more migrant women responding to criminal prosecutions and serving sentences outside the prisons. If on the one hand the measures taken in order to avoid the incarceration of migrant women represent an undeniable achievement, on the other hand, the release of the prison does not necessarily represent full access to freedom, bringing a series of new issues to be faced in everyday life.

Key-words: Migration. Prison. Gender. Freedom.

Data de submissão: 10/12/2018

Data de aceitação: 15/07/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. BREVE PANORAMA DO ENCARCERAMENTO DE MULHERES MIGRANTES NA CIDADE DE SÃO PAULO. 2. O IMPACTO DA LEI DE MIGRAÇÃO (LEI 13.445/2017) NO ACESSO A DIREITOS POR MULHERES MIGRANTES EM CONFLITO COM A LEI. 3. O INÍCIO DO PROJETO MIGRANTES EGRESSAS (PME), METODOLOGIA E DADOS GERAIS DE ATENDIMENTO. 4. REFLEXÕES SOBRE INTERSECÇÕES ENTRE A JUSTIÇA CRIMINAL E O ACESSO A DIREITOS BÁSICOS A MULHERES MIGRANTES EM CONFLITO COM A LEI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

Propõe-se, neste texto, apresentar e proporcionar reflexões a respeito da experiência do Projeto Migrantes Egressas (PME) do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), no que concerne ao trabalho direto com mulheres migrantes em conflitos com a lei.

O Instituto Terra, Trabalho e Cidadania¹ é uma organização não governamental sediada na cidade de São Paulo/SP, constituída em outubro de 1997, cuja visão é erradicar a desigualdade de gênero, garantir direitos e combater o encarceramento. Ao longo dos seus vinte anos de atuação, o ITTC se tornou uma referência na abordagem e análise das temáticas da justiça criminal e do encarceramento feminino, em especial de mulheres migrantes.

A missão do ITTC é promover o acesso à justiça, garantir os direitos das pessoas presas e produzir conhecimento, por meio de atuação constante e sistemática nos seguintes eixos de ação: atendimento direto, diálogo público e educação para a cidadania. Para alcançar esses objetivos, o Instituto desenvolveu ao longo dos anos um trabalho de proposição de demandas e de mediação de diálogos iniciado pelo Projeto Estrangeiras.

O Projeto Estrangeiras é um projeto permanente do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania que, desde 2001, busca atender à missão de acompanhar mulheres migrantes envolvidas com o sistema de justiça criminal. O projeto está pautado em um Protocolo de Intenções firmado entre o Instituto e a Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo², o qual tem o intuito de assistir mulheres migrantes privadas de liberdade, de modo a facilitar seu contato com suas famílias e com suas representações diplomáticas, principalmente fornecendo orientação jurídica que permita ampliar o seu acesso à justiça. Desde 2014, este trabalho é realizado em convênio com o Grupo de Trabalho sobre Presas e Presos Estrangeiros da Defensoria Pública da União (DPU) em São Paulo, que partilha estagiárias com o projeto e participa ativamente dos atendimentos diretos e do acompanhamento dos casos³.

¹ A atuação do Instituto como um todo pode ser consultada por meio de seu site e por meio da leitura de sua linha do tempo, a qual foi elaborada em razão dos 20 anos de atuação do instituto no ano de 2017: <<http://ittc.org.br/>>. Recomenda-se também a leitura do texto disponível em: <<http://ittc.org.br/20-anos-de-luta-pelo-acesso-direitos-das-mulheres-migrantes-presas-em-sao-paulo/>>.

² INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **De estrangeiras a migrantes**: os 15 anos de luta do Projeto Estrangeiras. São Paulo: 2016, p.13.

³ INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **De estrangeiras a migrantes**: os 15 anos de luta do Projeto Estrangeiras. São Paulo: 2016, p. 30. A parceria entre o ITTC e a DPU é anterior ao ano de 2014, mas foi oficializada com o referido convênio. Ressalta-se que além do acompanhamento semanal de defensores e defensoras públicas aos atendimentos a mulheres migrantes presas em São Paulo, outras iniciativas dentro dessa parceria valem ser mencionadas como: o mutirão de atendimento médico realizado no Pavilhão Materno-Infantil da Penitenciária Feminina da Capital (PFC) no ano de 2015 e o mutirão de atendimento a presas migrantes na mesma penitenciária realizado conjuntamente com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP) também no ano de 2015.

O Projeto Migrantes Egressas (PME), foco deste artigo, deu início às suas atividades em março de 2017⁴ e tem como escopo o trabalho direto com mulheres migrantes egressas do sistema prisional, assim como o mapeamento de redes e realização de diálogo público a partir do acompanhamento realizado com essas mulheres. Com o PME, o ITTC passou a organizar tanto o atendimento direto quanto as atividades de articulação e construções de redes voltadas às demandas e vivências das mulheres migrantes egressas junto ao município.

Denomina-se como mulheres migrantes egressas do sistema prisional as mulheres não brasileiras que possuem antecedentes penais no Brasil. De maneira geral, elas estão em cumprimento de pena em meio aberto na cidade de São Paulo ou respondem ao processo em liberdade.

Nos últimos anos, em razão do reconhecimento e efetivação de direitos das mulheres migrantes em conflito com a lei, por exemplo, em matéria de execução penal e regularização migratória, o número de mulheres migrantes egressas que vivem na cidade de São Paulo tem aumentado consideravelmente⁵, e com isso surgem diariamente novas demandas e novos desafios, relatos de violações de direitos e dificuldades específicas no acesso a serviços e às políticas públicas municipais.

Embora a nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017) tenha representado um importante passo no sentido de reconhecer as pessoas de outros países envolvidas com o sistema penal nacional como migrantes e sujeitos de direito no território brasileiro, ainda há muitos desafios em sua implementação na prática que acabam repercutindo na realidade dessas pessoas e trazendo diversos empecilhos em seu cotidiano.

1. BREVE PANORAMA DO ENCARCERAMENTO DE MULHERES MIGRANTES NA CIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo é o município do Brasil que mais aprisiona mulheres não brasileiras em vista dos fluxos das atividades ilícitas relacionadas à drogas, o que tem se dado especialmente em razão da proximidade com o Aeroporto Internacional de Guarulhos e à política de concentração das mulheres de outras nacionalidades em estabelecimentos penais específicos da capital adotada pela administração penitenciária paulista⁶.

⁴ Sobre o início do Projeto Migrantes Egressas apoiado pelo Fundo de Direitos Humanos dos Países Baixos: <<http://ittc.org.br/ittc-apresenta-seu-novo-projeto-egressas/>>.

⁵ A partir do acesso às listas mensais das duas unidades que concentram o maior número de mulheres migrantes privadas de liberdade, a Penitenciária Feminina da Capital (PFC) e o Centro de Progressão Penitenciária do Butantã (CPP-Butantã), foi possível contabilizar que cerca de 450 mulheres migrantes tornaram-se egressas do sistema prisional paulistano entre os anos 2017-2018, tanto devido ao acesso à medidas cautelares enquanto respondem a processo criminal, quanto durante a execução de suas penas, especialmente pelo acesso à liberdade condicional e regime aberto.

⁶ BUMACHAR, B. **Nem dentro, nem fora**: a experiência prisional de estrangeiras em São Paulo. 2016, p. 74.

De acordo com levantamentos do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e com os dados registrados pelo ITTC ao longo do período de trabalho junto a essa população, nos últimos anos, o número de mulheres migrantes presas na cidade de São Paulo tomou diferentes proporções, chegando a mais de 500 em 2013⁷ e, atualmente, há aproximadamente 250 mulheres migrantes em prisão provisória ou regimes fechado e semiaberto em duas unidades prisionais na cidade, a Penitenciária Feminina da Capital e o Centro de Progressão Penitenciária Feminino do Butantã.

Os dados oficiais do Levantamento de Informações Penitenciárias mais recentes, ⁸ demonstram que, em junho de 2016, 63% das 529 mulheres não brasileiras em situação de prisão no Brasil – provenientes de diversos países da América Latina, África, Ásia e Europa –, encontravam-se no estado de São Paulo. Os continentes e dados gerais apresentados pelo Levantamento refletem basicamente a população de migrantes reclusas neste estado, o que em 2016 correspondia a um total de 335 mulheres.

Nos anos 2000, quando do início de sua atuação, o ITTC estima que havia cerca de 40 mulheres migrantes presas em São Paulo⁹. Após a edição da nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) brasileira em 2006, conforme apontam os dados do Depen, este número saltou para 362 em junho de 2007 e 424 em dezembro do mesmo ano, o que permite concluir que o crescimento do aprisionamento de mulheres migrantes no estado está diretamente atrelado ao endurecimento da criminalização das condutas relacionadas a drogas como um movimento contemporâneo no Brasil e no mundo¹⁰.

Por outro lado, as atividades ilegais domésticas e transnacionais relacionadas às drogas cresceram também nos contornos do que Alba Carosio¹¹ descreve como “feminização da sobrevivência”, de modo que a necessidade de sobrevivência das mulheres e de seus núcleos familiares é fator preponderante para o surgimento de modalidades de trabalho informais, assim como modalidades de pessoas trabalhadoras genéricas e descartáveis, tais como as funções exercidas pela maioria das mulheres no que tange ao comércio e transporte transnacional de drogas.

A pesquisadora Corina Giacomello¹² define que o grupo conhecido como “mulas” de drogas é caracterizado por um grupo heterogêneo de mulheres de diferentes origens culturais e socioeconômicas de distintas nacionalidades. A trajetória das mulheres acompanhadas

⁷ CUNHA, I. R. T. **Gênero, migração e criminalização:** fronteiras e deslocamentos nas trajetórias de mulheres migrantes em conflito com a lei em São Paulo. São Paulo, 2018, p. 76.

⁸ BRASIL, 2018

⁹ INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **De estrangeiras a migrantes:** os 15 anos de luta do Projeto Estrangeiras. São Paulo: 2016, p. 16.

¹⁰ OLIVEIRA, N.; SESTOKAS, L. **A política de drogas é uma questão de mulheres.** *In:* Revista Sur, 2018, p. 155.

¹¹ CAROSIO, A. **Feminismo Latinoamericano:** Imperativo ético para la emancipación. *In:* Género y Globalización, 2009, p. 238.

¹² GIACOMELLO, C. **Gênero, drogas y prisión:** Experiencias de mujeres privadas de su libertad en Mexico. Tirant lo Blanch, Mexico D.F., 2013, p. 6.

pelo ITTC dentro e fora da prisão em geral está ligada à definição da autora no que concerne a este grupo específico de pessoas que é criminalizada por realizarem o transporte transnacional de drogas e que, costumeiramente, não possuem antecedentes penais, além de serem também as responsáveis pelo sustento de seus núcleos familiares em seus países maternos.

Ao mesmo tempo que o número de mulheres migrantes no sistema prisional paulista foi se alterando nos últimos anos, apresentando uma significativa elevação até 2013 e um decréscimo paulatino desde então – como indicam os dados do já mencionados do Depen e como se pode verificar pela atuação cotidiana do ITTC¹³ –, o número de mulheres migrantes egressas da prisão só veio aumentando neste período, sobretudo a partir de novos fatores relativos ao acesso a direitos: medidas cautelares e medidas alternativas à prisão, progressão de regime de cumprimento de pena, reconhecimento de direitos da execução penal, como a liberdade condicional, acesso à documentação brasileira e regularização migratória, entre outras situações que viabilizaram a continuidade do cumprimento de pena em meio aberto e até mesmo a aplicação de penas distintas da privação de liberdade¹⁴.

Conforme ressalta Natália Corazza Padovani¹⁵, embora os trânsitos decorrentes do comércio e transporte de drogas não estejam diretamente relacionados a uma intencionalidade de migrar, a detenção e o tempo da pena a cumprir em outro país abrem possibilidades e perspectivas migratórias, de modo que a prisão transnacional deve também ser compreendida como fluxo migratório. Neste contexto, ao saírem da prisão, mulheres migrantes buscam formas de se manterem no Brasil, muitas vezes porque judicialmente precisam permanecer no país até o término de suas penas, mas igualmente porque em outras situações o tempo de prisão e o de pena a cumprir em meio aberto podem gerar rearranjos e novas expectativas de vida no Brasil.

2. O IMPACTO DA LEI DE MIGRAÇÃO (LEI 13.445/2017) NO ACESSO A DIREITOS POR MULHERES MIGRANTES EM CONFLITO COM A LEI

A atual Lei de Migração brasileira¹⁶ é uma conquista fruto de anos de trabalho e articu-

¹³ O embasamento desta informação na atuação cotidiana do ITTC se dá em vista da periodicidade que o instituto solicita listas mensais às penitenciárias que concentram mulheres imigrantes privadas de liberdade na cidade de São Paulo, de modo que a atuação prática do ITTC viabiliza um monitoramento ativo das entradas e saídas de mulheres não brasileiras dos estabelecimentos prisionais em São Paulo e acaba por organizar dados quantitativos com atualização praticamente mensal quando comparados aos dados estatísticos do Levantamento de Informações Penitenciárias (Infopen) que costumam ser anuais.

¹⁴ INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **De estrangeiras a migrantes**: os 15 anos de luta do Projeto Estrangeiras. São Paulo: 2016.

¹⁵ PADOVI, N. C. Sobre casos e casamentos: afetos e “amores” através de penitenciárias femininas em São Paulo e Barcelona, 2015.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 13.445 de 2017.

lação das organizações da sociedade civil, dentre elas o ITTC, coletivos de migrantes no Brasil, com a academia, organismos internacionais, órgãos governamentais e parlamentares. A nova lei se propõe a nortear a política migratória brasileira a partir do viés da proteção dos direitos humanos. Orientada pelos princípios da igualdade, não discriminação e não criminalização da migração, a Lei deixa de lado o paradigma da segurança nacional que orientava a legislação anterior, o Estatuto do Estrangeiro de 1980¹⁷.

Tal caráter é essencial para reforçar a importância desta Lei, no que concerne às mulheres migrantes em conflito com a lei, já que pela primeira vez na história do Brasil uma legislação federal garante e reconhece status migratório para pessoas não brasileiras envolvidas com o sistema penal¹⁸, estabelecendo a não criminalização da migração como um dos princípios da política migratória brasileira¹⁹.

A atual Lei de Migração passou a reconhecer as pessoas não brasileiras com antecedentes penais não mais como estrangeiras, mas sim como migrantes. A denominação de pessoas não brasileiras como “estrangeiras” utilizada pelo Estado, principalmente em relação àquelas “em conflito com a lei”, demarca uma atuação seletiva do Estado ao tentar determinar aqueles e aquelas que podem ou não migrar para o Brasil²⁰. Enquanto a pessoa estrangeira é a “estranha”, a que vem de fora e que, portanto, não possui elo com o novo território, a migrante, por sua vez, está mais associada ao restabelecimento e fixação em um novo espaço, o que, no plano institucional e da garantia de direitos, a torna um sujeito de direitos mais legítimo.

Ter antecedentes penais no Brasil nem sempre implicou no reconhecimento jurídico-social das pessoas não brasileiras como migrantes sujeitas de direitos no país, já que a política criminal nacional direcionada às pessoas de diferentes países, exposta por meio do Estatuto do Estrangeiro, legislação proveniente do período da ditadura civil-militar brasileira, passou a se mesclar com a política de guerra às drogas²¹. A mudança legislativa, por meio da Lei de Migrações e a adoção do termo “migrantes”, objetiva a garantia de igualdade de direitos entre todas as pessoas migrantes e o reconhecimento de direitos inclusive àqueles envolvidos com o sistema penal.

Até 2013, essas pessoas raramente conseguiam cumprir medidas alternativas ou penas

¹⁷ BRASIL. Lei nº 6.815 de 1980.

¹⁸ Este reconhecimento pode ser exemplificado pelo artigo 30, II, h da Lei de Migrações que regula as hipóteses de autorização de residência para pessoas migrantes. Neste sentido: “Art. 30. A residência poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiriço ou ao visitante que se enquadre em uma das seguintes hipóteses: (...) II - a pessoa: (...) h) esteja em liberdade provisória ou em cumprimento de pena no Brasil”. Neste sentido, este artigo explicita igualmente que a importância do reconhecimento destas pessoas como migrantes está principalmente na possibilidade de regularização migratória enquanto respondem processo criminal no país e durante todo o cumprimento de pena.

¹⁹ O princípio da não criminalização da migração encontra-se descrito no artigo 3º, III da Lei de Migrações.

²⁰ INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **De estrangeiras a migrantes**: os 15 anos de luta do Projeto Estrangeiras. São Paulo: 2016, p. 10.

²¹ MORAES, A. L. Z. **Crimigração**: A relação entre política migratória e política criminal no Brasil. Porto Alegre: 2016, p. 247.

fora da prisão justamente pela impossibilidade de se regularizarem no território nacional, pela existência do procedimento de expulsão²² e pela presumida ausência de vínculos com o país²³. Apesar da legislação prever o regime progressivo para a pena privativa de liberdade, e do princípio constitucional da igualdade entre indivíduos brasileiros e não nacionais, essas pessoas acabavam cumprindo suas sentenças integralmente em regime fechado e eram expulsas a seus países de origem imediatamente após o término da pena. Quando seus direitos eram reconhecidos e elas conseguiam sair da prisão para cumprir o restante da pena em liberdade, elas ficavam em um limbo em relação à situação migratória, sendo obrigadas a permanecerem no país, mas sem permissão para acessar algum tipo de visto ou regularização.

Em 2014, a Resolução 110 do Conselho Nacional de Imigração²⁴ passou a permitir a permanência e, conseqüentemente, a regularização provisória para migrantes em cumprimento de pena, e contornou parte do problema. Com a nova medida, a qual foi incorporada pela atual lei federal, as pessoas migrantes em cumprimento de pena passaram a obter a documentação nacional, tendo mais chances de acessar o mercado de trabalho formal e viver de forma mais digna e menos vulnerável na cidade.

Neste sentido, cabe ressaltar que a extrema maioria das mulheres acompanhadas pelo ITTC dentro e fora da prisão são as únicas ou principais responsáveis pelo sustento de seus lares em seus países de origem. Em nossa experiência de atuação no acompanhamento da aplicação da Lei de Migração durante os últimos dois anos, foi possível observar que o acesso à documentação brasileira permite, por exemplo, que mulheres migrantes que

²² A expulsão pode ser definida conforme a atual Lei de Migrações em seu artigo 54 como: “A expulsão consiste em medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado.”

²³ Este posicionamento, por exemplo, pode ser observado através do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal (STF): “*Habeas corpus*. Execução penal. Decreto de expulsão de estrangeiro. Pedido de livramento condicional. Inadmissibilidade. Ordem denegada. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o decreto de expulsão, de cumprimento subordinado à prévia execução da pena imposta no País, constitui empecilho ao livramento condicional do estrangeiro condenado. 2. A análise dos requisitos para concessão do benefício de livramento condicional ultrapassa os limites estreitos do procedimento sumário e documental do *habeas corpus*. 3. Ordem denegada. (HC n.º 99.400, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 27/5/2010.)”. Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também manteve consolidado por anos o entendimento no sentido de afastar a possibilidade de progressão de regime para pessoas não brasileiras em conflito com a lei: “Processual penal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Associação para o tráfico. Progressão de regime. Paciente estrangeiro. Decreto de expulsão. Regime mais rigoroso. Possibilidade. Ordem denegada. 1. Este Superior Tribunal já pacificou o entendimento no sentido de não ser possível deferir ao estrangeiro o benefício da progressão de regime prisional quando, contra ele, já houver processo de expulsão em andamento. 2. Ordem denegada. (HC 90.662/MT, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 20/10/2008)”.

²⁴ Antes da aprovação da nova Lei de Migrações, a Resolução Normativa 110 do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), publicada no Diário Oficial da União em abril de 2014 e regulamentada pela Portaria nº 6 em janeiro de 2015, passou a prever procedimento administrativo de regularização migratória para pessoas migrantes em conflito com a lei. O texto da Resolução e da Portaria autorizavam a concessão de permanência provisória, a título especial, para pessoas de outras nacionalidades que cumpriam pena ou respondiam a processo criminal no Brasil, especificando documentações e procedimentos para obtenção do protocolo de permanência e, conseqüentemente, documentos como Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) e Cadastro da Pessoa Física (CPF). Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=269310>>. Acesso em 06 dez. 2018.

respondem processo criminal ou cumpram pena em meio aberto tenham condições de realizar uma busca mais qualificada por empregos no Brasil e possam permanecer apoiando economicamente seus núcleos familiares à distância.

É indubitável que a Lei de Migrações representa uma série de avanços para a política migratória brasileira, porém é imprescindível também ressaltar que ao mesmo tempo o Decreto regulamentador²⁵ desta nova legislação foi aprovado pelo Poder Executivo com participação bastante limitada da sociedade civil e apresenta-se contrário à própria Lei em alguns pontos, como da previsão de prisão em casos de efetivação de medidas de retirada compulsória²⁶, como é o caso da expulsão, além de apresentar sérias lacunas postergando para “atos ministeriais futuros” os critérios e condições para acesso a direitos por pessoas migrantes, o que tem fragilizado a aplicabilidade da nova lei e pode mitigar seu caráter garantista, sobretudo diante do cenário com o novo Executivo Federal eleito no país.

No âmbito municipal, ainda é importante ressaltar que o município de São Paulo, desde 2016, possui uma legislação específica de políticas públicas para pessoas migrantes - Lei nº 16.478/2016 e, no poder legislativo municipal, está em andamento o projeto de lei 00537/2017, que se propõe a instituir uma Política Municipal de Atendimento às Pessoas em Restrição de Liberdade e Egressas, legislações que possuem potencial de impacto direto na garantia de direitos de mulheres migrantes egressas do sistema prisional e que vivem na cidade de São Paulo. No entanto, embora se reconheçam os avanços, nota-se que na prática ainda é muito problemático o cruzamento entre estas situações de prisão e migração, sempre delimitadas a partir de recortes de gênero, raça, classe, nacionalidade e outras categorias de diferenciação.

Pelo exposto, o monitoramento do acesso a direitos e da implementação da nova política migratória brasileira é uma das atividades prioritárias do ITTC, principalmente do Projeto Migrantes Egressas. A metodologia de atuação do PME evidencia que apenas por meio do acompanhamento direto de mulheres em conflito com a lei quando buscam acessar serviços públicos, como os serviços da Polícia Federal e os de atenção a migrantes, possibilita diagnosticar as reais dimensões do impacto da lei, de seu decreto regulamentador e portarias no cotidiano das pessoas migrantes no Brasil. Esta atuação de base através de acompanhamentos de casos individuais viabiliza a compreensão das instituições e atores envolvidos para buscar a solução de problemas que decorrem da violação de direitos na prática das instituições e se situam em contramão às disposições da Constituição Federal e da nova legislação.

Dadas as novas possibilidades trazidas neste campo, um exemplo da possibilidade de acompanhar a aplicação (ou não) da atual lei de migrações para pessoas migrantes em conflito com a lei, está relacionado ao acesso à regularização migratória. Neste sentido, o PME auxilia as mulheres acompanhadas para a obtenção de todos os documentos necessários durante o tempo de cumprimento de pena fora dos estabelecimentos prisio-

²⁵ Brasil. Decreto nº 9.199 de 2017

²⁶ Esta hipótese encontra-se disposta no artigo 211 do Decreto nº 9.199/2017: “O delegado da Polícia Federal poderá representar perante o juízo federal pela prisão ou por outra medida cautelar, observado o disposto no Título IX do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.”

nais, bem como quando têm filhas ou filhos nascidos no Brasil ou quando terminam o cumprimento de pena, mas ainda estão aguardando atualizações sobre seus processos de expulsão.

Um dos principais problemas de aplicação da lei que identificamos na prática é que a autorização de residência para pessoas em liberdade provisória e em cumprimento de pena requer uma série de documentações e, dentre elas, há a exigência de apresentação de declaração que ateste os antecedentes penais de cada pessoa no local em que tenha residido nos últimos 5 anos, o que em geral costuma ser o país materno das mulheres que atendemos²⁷. A exigência deste documento mostra-se como um obstáculo real à regularização migratória, já que nem sempre os Consulados e Embaixadas podem fornecer este documento estando aqui no Brasil, além de ser um documento que costuma ser custoso para ser emitido e traduzido, o que inviabiliza que muitas mulheres migrantes o obtenham em razão das dificuldades econômicas que também enfrentam.

Outro exemplo da realidade identificada e analisada pelo ITTC que se relaciona diretamente com o atendimento realizado com mulheres em situação de prisão, egressas e a política migratória brasileira diz respeito àquelas que, embora acusadas e condenadas pela conduta ilícita de transporte transnacional de drogas, são também mulheres que em outras condições de migração para o Brasil poderiam vir a ser reconhecidas pelo Estado brasileiro como refugiadas, vítimas de tráfico de pessoas ou que realizaram o transporte de drogas por motivos de crise econômica e social em seus países. No entanto, observa-se que as políticas mundiais de repressão às drogas reproduzidas também pelo Brasil inviabilizam um olhar de proteção ao contexto integral de vida destas mulheres como migrantes e de suas trajetórias até chegarem ao Brasil²⁸.

A linha de continuidade entre o trabalho semanal realizado pelo ITTC dentro das penitenciárias paulistanas que concentram a população de mulheres migrantes presas e a criação de um vínculo que permite estender este trabalho para além da prisão, para quando as mulheres atingem diferentes formas de liberdade no Brasil, é a chave para a consolidação de formas de diálogo público que viabilizem a construção e articulação de redes institucionais de apoio e acesso a direitos para mulheres migrantes em conflito com a lei tanto dentro quanto fora dos estabelecimentos penais.

²⁷ A exigência de apresentação dos antecedentes criminais do país de origem, assim como os demais documentos requeridos para solicitação de autorização de residência de pessoa imigrante que se encontra em liberdade provisória ou cumprimento de pena, estão determinadas pela Portaria Interministerial nº 3 de 27 de fevereiro de 2018.

²⁸ Um exemplo do impacto das políticas mundiais de repressão às drogas e da escolha política de não proteção às pessoas migrantes quando condenadas por condutas relacionadas a drogas é a causa de exclusão que consta na Lei 9.474 de 22 de julho de 1997, a qual define os mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951. Neste sentido, o artigo 3º, III da referida Lei dispõe que não serão beneficiadas da condição de refugiadas as pessoas que, dentre outras condutas ilícitas enumeradas, tenham praticado “tráfico de drogas”.

3. O INÍCIO DO PROJETO MIGRANTES EGRESSAS (PME), METODOLOGIA E DADOS GERAIS DE ATENDIMENTO

O Projeto Migrantes Egressas (PME) deu início às suas atividades em março de 2017 e encerrou seu primeiro ciclo de dois anos em abril de 2019²⁹. Como já tratado no decorrer deste artigo, o PME é fruto do trabalho do Projeto Estrangeiras que, desde 2001³⁰, tem entrado semanalmente em unidades prisionais femininas da cidade de São Paulo onde se encontram custodiadas mulheres não nacionais para atendê-las diretamente e assisti-las principalmente no que diz respeito à comunicação com suas famílias e na orientação em relação aos seus processos e direitos. Por conta deste trabalho já consolidado e do acolhimento realizado com as mulheres, o ITTC se transformou em um espaço de referência também para quando essas mulheres se tornam egressas.

Os dois anos do PME, construído a partir da atuação dos mais de 17 anos de atuação do Projeto Estrangeiras, propiciaram a consolidação de uma metodologia de atendimento direto à mulheres migrantes em conflito com a lei³¹. Essa metodologia está pautada no atendimento integral das mulheres que buscam o ITTC para o acolhimento e resolução de suas demandas – o atendimento integral significa que a partir da busca espontânea pelo atendimento, a equipe foca na identificação e compreensão da demanda trazida, considerando que esta nem sempre vem expressa na primeira fala–.

A base da metodologia de atendimento está dividida em quatro momentos distintos, porém complementares e muitas vezes, concomitantes entre si: o primeiro momento é o de acolhimento; o segundo momento é o de escuta ativa das demandas e compartilhamento de informações; o terceiro momento é o de encaminhamento das demandas e acompanhamento de sua resolução; e por fim, o quarto é a orientação e educação para a autonomia. Além disso, a metodologia elenca as principais demandas das mulheres, acompanhadas de situações exemplificativas passadas pela equipe (moradia e abrigamento, acompanhamento processual, regularização migratória e documentos relacionados, solicitação de refúgio, expulsão, capacitação, trabalho, saúde, demandas diversas de assistência social e relacionadas às unidades prisionais); por fim apresenta as conclusões e uma síntese de dez recomendações para atuação junto a mulheres migrantes em conflito com a lei³².

Nos vinte e oito meses de projeto – contabilizados de março de 2017 a abril de 2019 – o PME realizou mais de 1.700 atendimentos às mulheres migrantes em conflito com a lei,

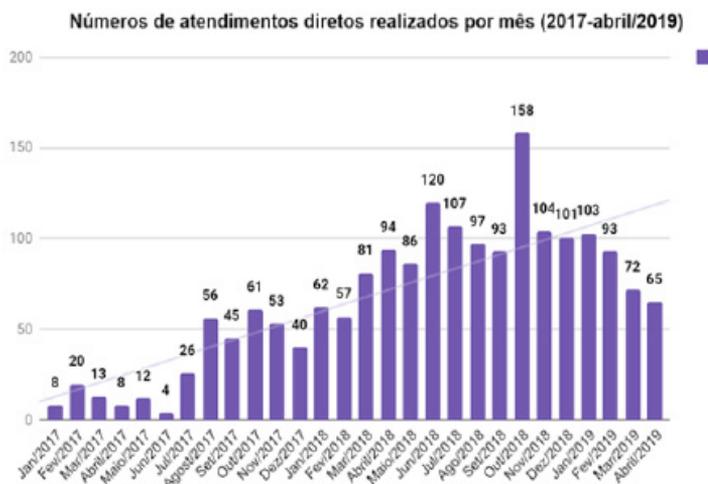
²⁹ O encerramento do primeiro ciclo do PME foi marcado por um evento de encerramento e pelo lançamento das 10 recomendações para atuação junto a mulheres migrantes em conflito com a lei, disponível em: <<http://ittc.org.br/10-recomendacoes-atuacao-mulheres-migrantes-em-conflito-com-lei/>>. Acesso em 08 jul. 2019.

³⁰ Ano de formalização e reconhecimento do trabalho do ITTC pelo Estado de São Paulo, quando foi firmado pela primeira vez o protocolo de intenções entre o ITTC e a Secretaria da Administração Penitenciária (SAP).

³¹ O documento que sintetiza a metodologia de atendimento do ITTC foi intitulado como “Caminhos da liberdade: orientações para o atendimento a mulheres migrantes em conflito com a lei”. Até o momento de envio deste artigo o documento ainda não havia sido publicado.

³² Vide nota de rodapé número 28.

conforme se pode depreender do gráfico intitulado como “Número de atendimentos diretos realizados por mês (2017-abril/2019)”.



Estes atendimentos foram realizados no escritório do ITTC³³, espaços externos³⁴ e por meio das redes sociais, e-mail e telefone. No que se refere aos atendimentos externos, pode-se dividi-los em: acompanhamento direto das mulheres para atendimento e resolução de demandas em órgãos públicos (fóruns, Polícia Federal, setor de Administração Penitenciária, Unidade Básica de Saúde, etc.) e visitas a espaços de acolhimento que estão residindo³⁵.

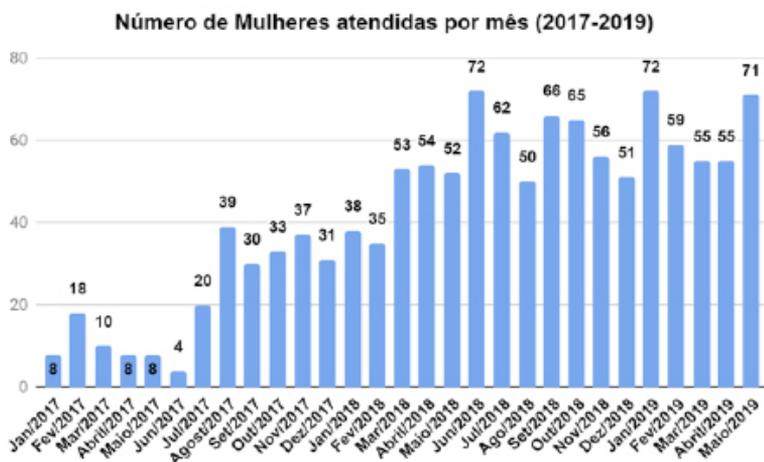
De modo geral, estima-se que mais de 257 mulheres migrantes procuraram o ITTC como espaço de atendimento, acolhimento, resolução de demandas e dúvidas sobre documentação, acolhimento em abrigos públicos, andamento de processo criminal, dentre outras situações. Sendo que durante os 28 meses do PME o ITTC realizou uma média de atendimento mensal de 40 mulheres migrantes.

³³ Os atendimentos realizados no ITTC subdividem-se em: atendimentos individuais e atendimentos em grupo com representantes consulares, mulheres atendidas e equipe do ITTC.

³⁴ Importa esclarecer que os atendimentos externos são realizados diante de casos específicos como, por exemplo, de mulheres mães e gestantes, com maior dificuldade de domínio da língua, etc. Trata-se principalmente do acompanhamento das mulheres migrantes a órgãos públicos, a fim de compreender como tem se dado seu acesso a direitos nestes espaços e o reconhecimento das especificidades por elas serem mulheres migrantes egressas do sistema prisional brasileiro.

³⁵ Dentre os espaços de acolhimento visitados estão: Centro de Acolhida Especial para Mulheres Imigrantes (Caemi), Centro de Acolhida Aparecida (C.A Aparecida), Centro de Acolhida Maria Maria (C.A Maria Maria), Centro de Acolhida para Imigrantes - Pari e Centro de Acolhida para Imigrantes - Bela Vista.

O gráfico intitulado “Número de Mulheres atendidas por mês (2017-2019) ilustra a variação mensal de mulheres atendidas mês a mês a partir de janeiro de 2017 até maio de 2019.

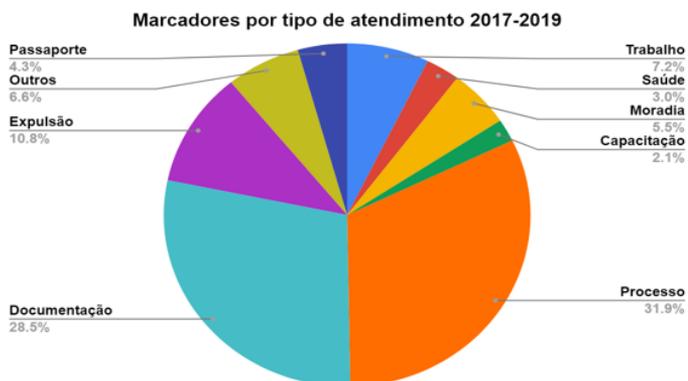


Observa-se que houve um aumento substancial na quantidade de atendimentos diretos realizados pelo ITTC desde o início do projeto. O diagnóstico atrelado a este aumento relaciona-se à sistematização e organização do projeto, assim como também à ampliação da comunicação da equipe com as mulheres a partir de diferentes meios de comunicação, o que muitas vezes acaba por significar uma ampliação das possibilidades de atendimento frente às dificuldades básicas enfrentadas por elas e por muitas das pessoas que vivem nas periferias da cidade de São Paulo e que não contam com viabilidade financeira para utilizar o transporte público e, assim, acabam não acessando o centro da cidade e muitos dos serviços ali localizados.

No que se refere ao conteúdo dos atendimentos realizados, o instituto denominou como marcadores por tipo de atendimento as principais questões trazidas nos atendimentos e que são mediadas pelo projeto, que, além de encaminhar os pedidos aos órgãos competentes, procura acolher as mulheres e prestar orientações com o propósito de garantir ferramentas para que elas possam desenvolver sua autonomia e se apropriar de seus direitos e processos para buscar a resolução de seus casos. Um exemplo dessa atuação é no tocante ao acompanhamento de processos judiciais: acessamos os andamentos dos processos de conhecimento e execução penal e informamos as mulheres acerca das atualizações de seus casos individuais, verificamos a possibilidade de requerer determinados direitos, tais como o indulto (perdão da pena) e as progressões de regime, e as orientamos acerca das medidas a serem tomadas para alcançá-los.

Depreende-se do gráfico intitulado “Marcadores por tipo de atendimento (2017-2019)” que as duas principais demandas apresentadas foram referentes ao acesso a informações processuais (31,9%) e acesso à documentação pessoal brasileira (28,45%). Ressalta-se que o indicador “outros” (6,4%) refere-se às demandas de natureza diversa, apresentadas durante os atendimentos, como por exemplo: orientação e agendamento para retirada de

pecúlio na unidade prisional, informações a respeito de visitas a pessoas em situação de prisão, dentre outras.



Na grande maioria dos casos, a partir das demandas trazidas, promovemos a mediação do diálogo das mulheres com as Defensorias Públicas da União e do Estado, advogados e advogadas, serviços públicos em geral, assim como Consulados e Embaixadas. A atuação do ITTC, assim, também se configura como intérpretes das legislações, procedimentos e práticas para as mulheres, além de auxiliá-las a selecionar as informações e narrativas a levar a cada instituição responsável por atendê-las.

4. REFLEXÕES SOBRE INTERSECÇÕES ENTRE A JUSTIÇA CRIMINAL E O ACESSO A DIREITOS BÁSICOS A MULHERES MIGRANTES EM CONFLITO COM A LEI

O trabalho de acompanhamento dentro e fora da prisão permite ao ITTC ter contato com histórias de mulheres que, em geral, estão sendo acusadas por atividades transnacionais relacionadas a drogas e que relatam as motivações que as trouxeram até ao Brasil, suas vivências no cárcere e também após ele.

A intersecção entre uma série de marcadores sociais da diferença como raça, classe, gênero, idade, nacionalidade, sexualidade com os antecedentes criminais ressoam diretamente em restrições, violações e também luta por direitos básicos para mulheres migrantes em conflito com a lei. Por estes fatores, a seguir serão apresentadas breves reflexões práticas sobre o acesso a direitos básicos como moradia e saúde no município de São Paulo para mulheres migrantes em conflito com a lei e também serão apresentadas breves proposições de mudanças possíveis nestas áreas.

A grande maioria das mulheres migrantes em conflito com a lei não possuem residência fixa no Brasil e, em razão disso, ao saírem da unidade prisional, encontram-se em situação

de rua. A ausência de vínculos prévios com o Brasil faz com que elas dependam diretamente do funcionamento das políticas municipais de assistência social para acessar vagas em abrigos municipais³⁶.

Os fluxos mais comuns de acesso aos serviços de abrigamento que o ITTC acompanha está relacionado ao território da zona leste da cidade, onde se localiza o Caemi – Centro de Acolhida Especial para Mulheres Imigrantes –, no bairro da Penha, gerenciado pela Congregação das Irmãs Palotinas em convênio com a Prefeitura Municipal de São Paulo. O centro de referência da política de assistência na região é o Centro de Referência Especializado de Assistência Social da Penha (Creas Penha) que recebe e faz um atendimento inicial com as mulheres e, caso haja vaga disponível, as encaminha para o referido abrigo. O Caemi é um dos únicos abrigos públicos que permite que as mulheres acolhidas lá, mesmo quando não estão com seus filhos ou suas filhas, permaneçam no espaço durante todo o dia³⁷.

Elas têm grandes dificuldades de acesso a esses centros – em situações emergenciais quando necessitam de abrigos públicos – em razão do funcionamento em horário comercial. Muitas vezes o cumprimento do alvará de soltura, nas unidades prisionais, é feito no fim da tarde, e elas são levadas obrigatoriamente à sede da Polícia Federal para fins de registro migratório, saindo de lá tarde da noite. Neste sentido, para buscar a solução deste gargalo específico no âmbito do abrigamento propõe-se:

“Recomendação nº 7. Estabelecer um protocolo de atendimento integrado entre o sistema judicial e as políticas penitenciárias e de assistência para que as pessoas sem residência fixa que deixam as unidades prisionais possam ser diretamente encaminhadas para as vagas disponíveis em centros de acolhida, caso necessário, evitando assim a sua sujeição a situações de violações e ampliação da vulnerabilidade, com especial atenção aos casos de mulheres migrantes gestantes e com crianças até 6 meses de idade³⁸.”

O impacto da passagem pelo sistema prisional também se manifesta em inúmeras outras

³⁶ A rede municipal de acolhimento na cidade de São Paulo funciona a partir das diretrizes da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social (SMADS), ou seja, todos os serviços de assistência social, exceto o serviço do Centro de Referência e Atendimento para Imigrantes (CRAI), estão subordinados aos regimentos e, conseqüentemente, ao fluxo de funcionamento da rede preestabelecido pela SMADS. No município de São Paulo há espaços de acolhimento de pernoite de 16h, de permanência de 24h e os centros de acolhida especiais. Há nove centros de acolhida específicos para mulheres, sendo que um deles é o Centro de Acolhida Especial para Mulheres Imigrantes (Caemi), os demais centros de acolhida são mistos ou acolhem apenas homens. Disponível em: <<https://www.google.com/maps/d/u/0/viewer?mid=1IXOg0nmKspE3Lel-C1usYKGeY9F8&ll=-23.551609599999985%2C-46.646586899999993&z=18>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

³⁷ Resguardadas as experiências e trajetórias individuais das mulheres que acompanhamos, é comum ouvirmos relatos de mulheres que identificam na estrutura de funcionamento dos centros de acolhimento características similares às das estruturas prisionais que elas vivenciaram, especialmente em vista dos regimentos que organizam o dia-a-dia desses serviços.

³⁸ INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **De estrangeiras a migrantes**: os 15 anos de luta do Projeto Estrangeiras. São Paulo: 2016.

ocasiões. Apesar de os atendimentos de saúde realizados dentro das prisões estarem vinculados ao Sistema Único de Saúde (SUS), ao deixarem os estabelecimentos, as mulheres não levam consigo o cartão do SUS ou seu próprio prontuário médico. Embora já tenham cadastro, ao necessitar acessar a saúde fora da prisão, elas precisam solicitar o cartão SUS outra vez para somente então poderem agendar os atendimentos:

“Recomendação nº 6. Garantir que mulheres migrantes saiam das unidades prisionais com sua carteira de identificação no Sistema Único de Saúde (SUS) e que possam ter acesso, caso desejado, a todo seu histórico de atendimento médico no sistema prisional (prontuário) ou, subsidiariamente, realizar o encaminhamento deste histórico para a Unidade Básica de Saúde (UBS) de referência da localidade em que estas mulheres estiverem residindo no momento pós-cárcere³⁹.”

Por sua vez, os atendimentos de assistência social realizados dentro do sistema prisional sequer estão atrelados às políticas de assistência, de modo que é ainda mais difícil uma articulação do acesso a tais políticas dentro e fora dos estabelecimentos penais. Assim, ao saírem da prisão, as mulheres acompanhadas precisam dar início a diversos procedimentos para poderem acessar direitos básicos que poderiam ter sido já iniciados dentro da prisão, aproveitando que elas já estavam institucionalizadas, mas não são, por falta de articulação dos serviços e políticas públicas para pessoas em privação de liberdade.

Há também outras situações vivenciadas por mulheres egressas que, ao procurarem serviços como de acesso à documentação civil, sem ter conhecimento da interligação entre sistemas de identificação e segurança pública, foram presas após acionamento de autoridade policial pelo próprio órgão público quando estes identificam nos sistemas de informação a existência de decisões judiciais de prisão pendentes de cumprimento. Essas situações muitas vezes trazem desdobramentos complexos para a vida de mulheres que já vivem no Brasil há muitos anos e por desconhecimento do funcionamento da justiça brasileira wacabam sendo presas novamente e tendo suas rotinas interrompidas⁴⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentar a experiência de trabalho do Projeto Migrantes Egressas (PME) é uma proposta de reflexão sobre um trabalho em formação, assim como de socialização e discussão

³⁹ INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **De estrangeiras a migrantes**: os 15 anos de luta do Projeto Estrangeiras. São Paulo: 2016.

⁴⁰ Um caso emblemático que acompanhamos diz respeito a uma mulher que, em situação de violência doméstica, acionou a Delegacia de Defesa da Mulher para proceder à denúncia de seu companheiro e acabou presa quando foi identificado que havia mandado de prisão em seu nome. Neste caso, além de não haver acolhimento à sua situação de violência doméstica, houve, ainda, a ampliação da violência para o âmbito institucional, já que ela foi também presa.

coletiva de questões atinentes às intersecções entre os temas de gênero, justiça criminal, migrações e políticas públicas, as quais são observadas cotidianamente na atuação do ITTC.

A observação dos dados produzidos no PME permite verificar e buscar incidir nos principais gargalos das políticas públicas no que diz respeito à migração, à atenção às pessoas com antecedentes penais, à atenção às mulheres e, sobretudo, como o cruzamento de todos esses fatores é identificado, considerado e tratado (ou não) por elas.

O PME construiu e consolidou uma metodologia de atendimento a mulheres migrantes com antecedentes penais que só foi possível pela dinamicidade entre o atendimento direto e as trocas com mulheres migrantes em conflito com a lei, o monitoramento das políticas públicas e o aprendizado permanente entre aquilo que a lei define como direito e o que é vivenciado pelas pessoas em seus cotidianos, principalmente em relação às violações enfrentadas pelas migrantes com antecedentes penais na cidade de São Paulo. Neste sentido, ao expormos os dados de atendimento e uma breve descrição do trabalho realizado pelo PME e pelo ITTC como um todo, objetivamos dialogar, a fim de compartilhar esta experiência de trabalho em diferentes espaços e instituições, de modo a ampliar o conhecimento sobre mulheres migrantes em conflito com a lei e de suas necessidades, principalmente para um olhar que vá além do estado de São Paulo.

Uma das principais reflexões a respeito dessa experiência de trabalho do ITTC, por um lado, é o reconhecimento da extrema relevância em promover medidas para o desencarceramento de mulheres migrantes. Assim, nos últimos anos, a crescente garantia pelo Poder Judiciário de seu acesso às alternativas ao encarceramento e aos direitos durante a execução penal significa que as mulheres têm passado menos tempo em situação de prisão, o que inegavelmente é uma conquista. Mas, por outro lado, é igualmente necessário compreender que a saída da prisão não significa necessariamente uma ruptura com as estruturas prisionais e o acesso pleno à “liberdade”.

Acumulam-se às ramificações da justiça criminal os desafios atinentes à migração como um todo na cidade de São Paulo, assim como os marcadores sociais de gênero, nacionalidade e raça, de forma que, levando todos esses fatores em consideração, é preciso refletir sobre o acesso a direitos pelas mulheres migrantes egressas, especialmente de seu direito à cidade e acesso aos serviços públicos básicos, tendo em vista questões mais amplas relativas à desigualdade social, à criminalização da migração e de condutas relacionadas a drogas. Questiona-se, deste modo, o aprisionamento como uma forma de controle migratório e de acirramento de desigualdades neste contexto de deslocamentos transnacionais.

Por fim, a atuação do PME é no sentido de compreender as dinâmicas destes processos e identificar os desafios e violações que agravam ainda mais as desigualdades para que se possa propor estratégias eficazes para mitigá-las e combatê-las. Considera-se que a experiência prática e o protagonismo das mulheres acompanhadas durante a construção do projeto como fatores imprescindíveis para a promoção de transformações significativas e busca pela garantia de direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: Infopen, junho de 2017.

Mulheres. Brasília: 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-ulheres/infopenmulheres_arte>. Acesso em: 19 set 2018.

_____. Lei no 13.445 de 2017 (Lei de Migrações). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm>. Acesso em 20 set. 2018.

_____. Lei no 6.815 (Estatuto do Estrangeiro), de 19 de agosto de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. Lei nº 9.474 (Estatuto dos Refugiados de 1951), de 22 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm>. Acesso em 08 jul. 2019.

_____. Lei no 11.343 (Lei de Drogas), de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 04 nov. 2018.

_____. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm>. Acesso em: 08 jul. 2019.

_____. Portaria Interministerial nº 3, de 27 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/Copenhague/en-us/file/Portaria%2003-2018%20vitem%20xi%20reuniao%20familiar.pdf>>. Acesso em 08 jul. 2019.

BUMACHAR, B. **Nem dentro, nem fora:** a experiência prisional de estrangeiras em São Paulo. 2016. 1 recurso online (380 p.). Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP.

CAROSIO, Alba. **Feminismo Latinoamericano:** Imperativo ético para la emancipación. *In:* Gênero y Globalización p. 229-252, 2009. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20140611041611/11caro.pdf>>. Acesso em: 08 jul. de 2019.

CUNHA, Isabela Rocha Tsuji. **Gênero, migração e criminalização:** fronteiras e deslocamentos nas trajetórias de mulheres migrantes em conflito com a lei em São Paulo. São Paulo, 2018. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

GIACOMELLO, Corina. **Género, drogas y prisión:** Experiencias de mujeres privadas de su libertad en Mexico. Tirant lo Blanch, Mexico D.F., 2013.

_____. **Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en America Latina.** *In:* IDPC. Londres, 2013.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **De estrangeiras a migrantes: os 15 anos de luta do Projeto Estrangeiras**. São Paulo: 2016.

_____. **Defensoria Pública de SP, DPU e ITTC fazem mutirão de atendimento a presas estrangeiras na capital**. Disponível em: <<http://ittc.org.br/defensoria-publica-de-sp-dpu-e-ittc-fazem-mutirao-de-atendimento-a-presas-estrangeiras-na-capital/>>; <<http://ittc.org.br/8903/>>. Acesso em 08 jul. 2019.

_____. **Projeto Migrantes Egressas (PME)**. Sobre o início do Projeto Migrantes Egressas apoiado pelo Fundo de Direitos Humanos dos Países Baixos. Disponível em: <<http://ittc.org.br/ittc-apresenta-seu-novo-projeto-egressas/>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

_____. **10 Recomendações para atuação junto a mulheres migrantes em conflito com a lei**. São Paulo: 2019.

MORAES, A. L. Z. **Crimigração: A relação entre política migratória e política criminal no Brasil**. Porto Alegre: 2016.

_____. **Assistência transdisciplinar aos presos estrangeiros: uma abordagem prática com base na experiência da Defensoria Pública da União em São Paulo**. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 101. Mar. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Nathália; SESTOKAS, Lucia. **A política de drogas é uma questão de mulheres**. *In: Revista Sur*, v. 15, n. 27, p. 153-166, 2018. São Paulo.

PADOVANI, Natália Corazza. **“Perpétuas espirais”**: falas do poder e do prazer sexual em trinta anos (1977-2009) na história da Penitenciária Feminina da Capital. Dissertação de Mestrado, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, 2010.

_____. **Sobre casos e casamentos**: Afetos e “amores” através de penitenciárias femininas em São Paulo e Barcelona (Doutorado em Antropologia Social). Universidade Estadual de Campinas, 2015.

RIVITTI, Nara. **Criminalización de mujeres extranjeras em Brasil**. Master en criminología y sociología jurídico penal – Universidad de Barcelona, 2014.

SÃO PAULO. Lei Municipal nº 16.478 de 8 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/LEI%2016478.pdf>. Acesso em 08 jul. 2019.

_____. Projeto de Lei Municipal nº 00537/2017. Disponível em: <<http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/projeto/PL0537-2017.pdf>>. Acesso em 08 jul. 2019.

SOLICITAÇÃO DE REFÚGIO EM FAVOR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DESACOMPANHADOS(AS): A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

REFUGE REQUEST FOR UNACCOMPANIED CHILDREN AND ADOLESCENTS: THE ROLE OF THE FEDERAL PUBLIC DEFENDER'S OFFICE

Gabriel de Oliveira Silva

*Bacharel em Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie
Analista Técnico Administrativo, DPU/SP*

gabriel.osilva@dpu.def.br

RESUMO

O aumento no número de pedidos de refúgio e do fluxo migratório em geral trouxe novos desafios para a Defensoria Pública da União. Um destes desafios se relaciona com o tratamento que deve ser dado pelo Defensor Público às crianças e adolescentes migrantes desacompanhados em território nacional de seu responsável legal. Como forma de dar solução a este problema, o Conanda, o Conare, o Cnig e a DPU editaram resolução conjunta estabelecendo procedimentos para a regularização migratória, principalmente através do pedido de refúgio, e medidas de proteção a este grupo específico de imigrantes. O presente artigo visa analisar a referida resolução, bem como verificar a natureza e legitimidade da atuação da Defensoria Pública da União em favor de crianças e adolescentes desacompanhados.

Palavras-chave: Crianças e adolescentes. Refúgio. Regularização. Proteção.

ABSTRACT

The increase in the number of requests for refuge and the migratory flow in general has brought new challenges for the Federal Public Defender's Office. One of these challenges is related to the treatment that should be given by the Public Defender to migrant children and adolescents unaccompanied in the national territory of their legal responsible. As a way of solving this problem, Conanda, Conare, Cnig and DPU published resolution establishing procedures for the immigration regulation, mainly through the request for refuge, and protective measures for this specific group of immigrants. This article aims to analyze this resolution, as well as verify the nature and legitimacy of the action of the Federal Public Defender's Office in favor of unaccompanied children and adolescents.

Keywords: Children and adolescents. Refuge. Regularization. Protection.

Dara de submissão: 15/02/2018

Data de aceitação: 03/12/2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES. 2. O REFÚGIO NO BRASIL E A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. 3. A RESOLUÇÃO CONJUNTA ENTRE CONARE, CONANDA, CNIG E DPU E A NATUREZA DA ATUAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, o tema refúgio ganhou espaço nas notícias dos principais meios de comunicação. Tendo em vista o grande fluxo migratório decorrente dos mais diversos problemas humanitários e econômicos, o mundo se deparou com uma problemática até então quase oculta: a “crise migratória mundial”.¹

Para além de um problema global que é tratado tão somente por vias diplomáticas, a realidade demonstra que o sistema da Justiça tem, de igual modo, enfrentado a temática refúgio.²

Em 2012, o Brasil recebeu mais de duas mil solicitações de refúgio. Dentre elas, 148 (cento e quarenta e oito) eram solicitações de crianças ou adolescentes. Deste total, quatorze estavam sem representantes no Brasil.³

Já em 2016, 18% dos beneficiados com status de refugiado eram pessoas entre 0 e 17 anos.⁴

Mundialmente, segundo dados da Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur), em 2014, mais da metade da população de refugiados eram crianças, sendo trinta e quatro mil crianças separadas (acompanhadas de adultos que não são os representantes legais) ou desacompanhadas.⁵

¹ Vide: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2018/01/30/lideres-da-austria-e-hungria-pedem-fim-da-imigracao-ilegal.htm>; e <http://br.rfi.fr/europa/20180119-londres-e-paris-assinam-acordo-para-atenuar-crise-migratoria-em-calais>.

² BASTOS, C. E. C.; GARCIA, M. **Judiciário pode rever decisão que deu refúgio a Battisti**. 10 de março de 2009. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2009-mar-10/judiciario-rever-decisao-ministerial-deu-refugio-battisti>>.

³ MARTUSCELLI, P. N. A Proteção Brasileira para crianças refugiadas e suas consequências. *In*: REMHU: **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Urbana**, 2014.

⁴ VALLE, M. F. V. O Processo de Refúgio no Brasil e a Proteção à Criança Solicitante de Refúgio. *In*: **Revista Eletrônica de Direito Internacional**. Edição Especial – Refugiados, 2017, p. 3.

⁵ VALLE, Op. Cit., p. 3.

Por razões óbvias, este grupo migrante vulnerável acaba por atracar suas esperanças no órgão público constitucionalmente responsável pela proteção jurídica de minorias: a Defensoria Pública.

Nos grandes centros nacionais de imigrantes, a demanda da Defensoria Pública relacionada à regularização migratória e solicitação de refúgio acaba por ser tão destacada quanto às demais. A quantidade de casos apresentados à Defensoria Pública da União justificou, inclusive, a criação de três escritórios especializados em migração e refúgio na unidade de São Paulo, maior capital brasileira e ponto focal do fluxo migratório nacional.⁶

Com o contato mais próximo da Defensoria Pública com este grupo específico, alguns problemas práticos vieram à tona. Um deles, bastante específico, chamou a atenção da DPU: como tratar casos de crianças e adolescentes que precisam solicitar refúgio, mas chegam ao país sem acompanhamento dos pais ou responsáveis?

Sem dúvida, o impasse jurídico é profundo. Temos de um lado, pessoas notadamente vulneráveis que precisam se regularizar em território nacional, apresentando seu caso ao órgão administrativo competente. De outro temos a completa ausência de representante legal segundo a legislação civil brasileira, o que trouxe a negativa expressa da Polícia Federal, órgão responsável pelo recebimento de pedidos de refúgio no Brasil, em receber as solicitações das crianças e adolescentes, já que estas não têm capacidade jurídica para tanto.

A questão foi solucionada com uma resolução conjunta entre diversos órgãos do Poder Público que trouxe a possibilidade de o Defensor Público Federal realizar o pedido administrativo e se tornar, de certa forma, temporariamente responsável pela criança ou adolescentes solicitante de refúgio.

Este artigo pretende analisar de forma sucinta a natureza da atuação da Defensoria Pública da União em favor destas crianças e adolescentes.

1. A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Conforme o art. 134 da Constituição Federal:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.⁷

⁶ BRASIL. **Sítio oficial da Defensoria Pública da União**. Disponível em: <<http://dpu.def.br/endereco-sao-paulo#faqnoanchor>>.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa**. 1988.

Com a redação dada pela emenda constitucional nº 80 de 2014, cristalizou-se a verdadeira transformação da Defensoria Pública. O órgão passou de “advogado dos pobres” para instituição protetora dos direitos humanos em geral. Tal alteração constitucional foi realizada tão somente para ratificar o que a Defensoria Pública já tinha se tornado: *ombudsman* dos hipossuficientes e vulneráveis.

Segundo Sarmento⁸:

Destaque-se que a *Federación Iberoamericana del Ombudsman* – FIO define o instituto como “uma instituição pública (criada normalmente pela Constituição e regulada por lei do Parlamento) dotada de autonomia, cuja finalidade principal é proteger os direitos humanos dos cidadãos frente à Administração Pública do país respectivo”.

Nesses termos, não resta dúvida de que a Defensoria Pública da União exerce função de *ombudsman*. Como visto, trata-se de entidade autônoma, dotada de estatura constitucional, cujas funções institucionais abrangem “a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados” (art. 134, caput, CF).

Portanto, por imposição constitucional, cabe à Defensoria Pública a proteção dos direitos humanos. Entendemos pertinente tal atribuição à Defensoria Pública, tendo em vista que é esta instituição que lida direta e diariamente com o leque social que mais sofre com as mais variadas formas de violação de direitos humanos.

Com este mesmo entendimento, Barros⁹ afirma que:

[...] foi expressamente incluído no dispositivo a missão da Defensoria de **promover direitos humanos**. Essa alteração faz parte de um movimento político-legislativo já bastante claro de priorização da tutela dos direitos humanos. [...] Mais uma vez, assim como na consolidação do regime democrático, a Defensoria Pública tem papel relevante na promoção dos direitos humanos, pois é a Instituição que lida diariamente com aqueles que mais sofrem com a violação de seus direitos. [Grifos do autor].

⁸ SARMENTO, D. **Parecer**: Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União, 2015, p. 18.

⁹ BARROS, G. F. de M. **Defensoria Pública**: Comentários à LC nº 80/1994, 2013, p. 27.

Assim, não mais prevalece o antigo entendimento de que o papel da Defensoria Pública é única e exclusivamente o patrocínio de ações judiciais em favor do pobre. Portanto, perfeitamente possível a intervenção da Defensoria Pública em favor do refugiado, tendo em vista o nítido caráter humanitário do instituto, conforme veremos no próximo capítulo.

E não é diferente na prática. A Defensoria Pública da União se consolidou como instituição referência no atendimento e proteção a migrantes e refugiados. Apesar da inexistência de dados sobre a quantidade de atendimentos realizados pela DPU na matéria, temos que a atuação do órgão tem sido ostensiva. Podemos citar, como exemplo, a atuação do órgão defensorial nas seguintes oportunidades: regularização migratória dos índios venezuelanos Warao no Amazonas; a ação civil pública para isenção de taxas a migrantes hipossuficientes; pedido de regularização migratória coletiva de imigrantes do Rio Grande do Sul; ajuizamento de ação civil pública para anulação de multas aplicadas contra crianças e adolescentes migrantes por estada regular em território nacional; proteção de migrantes detidos no “corredor” do Aeroporto de Guarulhos/SP.¹⁰

Como desdobramento do próprio dever de proteção aos direitos humanos, a Defensoria Pública ganhou, entre outras, a atribuição de proteção aos direitos das crianças e adolescentes. Conforme disposição expressa da Lei Complementar nº 80, organizadora da instituição, é função institucional da Defensoria Pública:

exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;¹¹

É importante observar que o Estatuto da Criança e Adolescente garante o acesso à Defensoria Pública a todas as crianças e adolescentes que dela necessitarem, estando em total sintonia com o disposto na LC80.¹²

Não à toa, recentemente, em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a Defensoria Pública foi considerada a instituição mais relevante na proteção de crianças e jovens, além de ser, segundo os brasileiros, a instituição mais importante do Brasil.¹³

Voltando ao tema do presente artigo, estamos diante de uma dupla atribuição da Defensoria Pública: atuação em favor de refugiados como instituição protetora dos direitos humanos e atuação em favor de crianças e adolescentes, por expressa disposição legal.

¹⁰ BRASIL. **Defensoria Pública da União**. Anuário de Atuação Coletiva da Defensoria Pública da União. Abril 2017 – Maio 2018. 2018, p. 49-51.

¹¹ BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de Janeiro de 1994. **Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências**. Art. 4º, inciso XI.

¹² BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Art. 141.

¹³ BRASIL. **Conselho Nacional do Ministério Público**. Relatório da Pesquisa de Satisfação e Imagem do CNMP e do Ministério Público, Julho de 2017.

Existe, assim, uma intersecção entre estes dois grupos vulneráveis, demonstrando a clara legitimidade da Defensoria Pública na atuação em favor de crianças e adolescentes solicitantes de refúgio desacompanhados de seus responsáveis legais.

2. O REFÚGIO NO BRASIL E A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

O instituto do refúgio foi regulamentado com a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Em um primeiro momento, a Convenção trazia uma limitação temporal ao conceito de refugiado dispondo que seria considerado refugiado aquele

Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.¹⁴

O refúgio surgiu, portanto, de uma tentativa de proteção àqueles que migraram em decorrência das diversas atrocidades da Segunda Guerra Mundial.

Porém, o temor de perseguição não acabou após o término da guerra. Até os dias atuais, diversas pessoas saem de seus países de origem em decorrência de perseguições e violações de direitos humanos. Esta situação levou à edição, em 1966, de um Protocolo ao Estatuto dos Refugiados que reconhece que “surgiram novas categorias de refugiados desde que a Convenção foi adotada e que, por isso, os citados refugiados não podem beneficiar-se da Convenção”.¹⁵

Assim, tal protocolo excluiu a limitação temporal disposta na redação original da Convenção de Refúgio, dispondo que qualquer pessoa que se enquadre no conceito de refugiado deve ter a proteção do Estado, independentemente de o temor ser proveniente das situações da Segunda Guerra Mundial.¹⁶

¹⁴ BRASIL. Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961. **Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados**, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951.

¹⁵ BRASIL. Decreto nº 70.946 de 7 de agosto de 1972. **Promulga o Protocolo Sobre o Estatuto dos Refugiados**. Preâmbulo.

¹⁶ *In verbis*: “Para fins do presente Protocolo o termo ‘refugiados’, [...] significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção, como se as palavras ‘em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e...’ e as palavras ‘... como consequência de tais acontecimentos’ não figurassem do parágrafo 2 da seção A do artigo primeiro”.

Conforme André de Carvalho Ramos:¹⁷

Inicialmente, a Convenção possuía uma limitação temporal (para acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951) e geográfica da definição de refugiado (somente para os eventos ocorridos na Europa).

Em 1967, foi adotado o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, que eliminou tais limitações. Esse Protocolo foi firmado com a finalidade de se aplicar a proteção da Convenção a outras pessoas que não apenas aquelas que se tornaram refugiadas em resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951. O texto do Protocolo possui onze artigos, dentre os quais aquele que prevê a cooperação das autoridades nacionais com o Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados e seu dever de fornecer informações e dados estatísticos sobre a condição de refugiados, a aplicação do Protocolo e sobre as leis, regulamentos e decretos que possam vir a ser aplicáveis em relação aos refugiados (artigo II).

Ainda, Reis e Menezes¹⁸ lecionam:

O regime internacional dos refugiados pode ser definido como o conjunto de normas, leis e instituições desenhado para proteger e assistir os migrantes forçados que cruzaram uma fronteira internacional devido ao medo de perseguição ou – conforme instrumentos regionais – devido à violência generalizada em seus próprios países, agressão estrangeira, conflitos internos ou violação massiva de direitos humanos. Essa estrutura tem como base a definição de refugiado presente na Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado, de 1951 (parcialmente alterada por seu Protocolo Relativo de 1967); sendo, ainda, configurada pela atuação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (Acnur), da Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados Palestinos no Oriente Próximo (UNRWA, sigla em inglês) e de organizações não-governamentais nacionais e internacionais, assim como a dos Estados que aderiram ou agem de acordo com os instrumentos internacionais que versam sobre a questão. O instituto de refúgio que vige na atualidade, portanto, resulta de uma concertação internacional que compreendeu ser a cooperação internacional o modo mais adequado para lidar com esse tipo de migração internacional forçada.

¹⁷ RAMOS, A. de C. **Curso de Direitos Humanos**, 2014, p. 157.

¹⁸ REIS, R. R.; MENEZES, T. S. Direitos Humanos e refúgio: uma análise sobre o momento anterior à determinação do status de refugiado. *In: Revista de Sociologia e Política*, 2014.

Convém, ainda, destacar uma breve diferenciação entre o instituto do refúgio e o asilo político. Flávia Piovesan nos ensina que:

O refúgio é um instituto jurídico internacional, tendo alcance universal e o asilo é um instituto jurídico regional, tendo alcance na região da América Latina. O refúgio, como já examinado, é medida essencialmente humanitária, enquanto o asilo é medida essencialmente política. O refúgio abarca motivos religiosos, raciais, de nacionalidade, de grupo social e de opiniões políticas, enquanto o asilo abarca apenas crimes de natureza política. Para o refúgio basta o fundado temor de perseguição, enquanto para o asilo há a necessidade da efetiva perseguição.¹⁹

Regulamentando a Convenção, o Brasil, em 1997, promulgou a Lei nº 9.474, definindo critérios e procedimentos para a solicitação de refúgio em território pátrio.

A lei nacional, porém, foi além, definindo como refugiado o indivíduo que **devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.**²⁰ A definição legal de refúgio no Brasil, portanto, é mais ampla do que a disposta na Convenção Internacional.

Caetano, analisando a Lei de Refúgio Brasileira, afirma que:

O Estado brasileiro, a exemplo de outros do continente, adotou essa visão ao definir o refugiado como 'todo indivíduo que, devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país'- Lei 9.474/97.

A definição de refugiado, portanto, se apresenta elástica na mesma medida em que se agigantam os problemas e convulsões de ordem econômica, social e política em diversos Estados e continentes do planeta.²¹

Ora, a previsão legal mais ampla que a disposta no tratado internacional garante o direito ao não rechaço, ou, na famosa expressão francesa, *non-refoulement*. Sobre o princípio do

¹⁹ PIOVESAN, F. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, N. de; ALMEIDA, G. A. **Refugiados: Realidade e Perspectivas**. São Paulo. 2003, p. 113.

²⁰ BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. **Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências**. Art. 1º, inciso III.

²¹ CAETANO, I. F. A Criança e o Adolescente Refugiados. Direitos Fundamentais. In: **Revista Normatividade Jurídica**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11, p. 94.

não rechaço:

Em sua definição, *non-refoulement* é um conceito que proíbe os Estados de devolverem um refugiado ou solicitante de refúgio para os territórios em que sua vida ou liberdade, bem como seus demais direitos fundamentais, estejam sob a ameaça de violação por questões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou opinião política [Grifos do autor].²²

Desta forma, impossível que um refugiado ou solicitante seja expulso, deportado ou repatriado (institutos de devolução previstos na nova Lei de Migração).

Importante observar que a recente vigência da Lei nº 13.445/2017 não revogou a Lei de Refúgio Brasileira, tendo em vista que tal norma se limitou a prever outras hipóteses de autorização de residência, não regulamentando a concessão ou processamento do pedido de refúgio. A Lei de Migração prevê expressamente que:

Art. 2º Esta Lei não prejudica a aplicação de normas internas e internacionais específicas sobre refugiados, asilados, agentes e pessoal diplomático ou consular, funcionários de organização internacional e seus familiares.²³

Isto posto, não se confunde o refúgio com quaisquer outros institutos previstos na Nova Lei Migratória, vez que o pedido de refúgio é tratado de forma autônoma e tem seu próprio regulamento no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a Lei nº 9.474.

De todos os 49 artigos da supracitada lei, devemos dar destaque a dois pontos específicos. O primeiro deles diz respeito ao procedimento administrativo para o reconhecimento da condição de refugiado. A lei, em seu artigo 14 criou um o Comitê Nacional para os Refugiados (Conare), órgão de deliberação coletiva, vinculado ao Ministério da Justiça e com representantes de diversos órgãos²⁴, responsável pela análise dos pedidos de refúgio feitos no Brasil. Da decisão do Conare, cabe recurso administrativo ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de quinze dias, conforme o art. 29 da Lei de Refúgio.

O segundo ponto de destaque para o presente estudo se relaciona com o protocolo do pedido de refúgio. Conforme os arts. 21 e 22:

²² OLIVEIRA, L. G. Barreiras fronteiriças contra o princípio de *non-refoulement*: a inacessibilidade do território e da determinação do *status* de refugiado. **Revista Brasileira de Estudos Populares**. Belo Horizonte, 2017, p. 33.

²³ BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de Maio de 2017. **Institui a Lei de Migração**.

²⁴ Conforme o art. 14 da Lei de Refúgio, o Conare é constituído por representantes do Ministério da Justiça; Ministério das Relações Exteriores; Ministério do Trabalho; Ministério da Saúde; Ministério da Educação e do Desporto; Departamento de Polícia Federal; representante de organização não-governamental; e, como membro ouvinte, representante do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur).

Art. 21. Recebida a solicitação de refúgio, o Departamento de Polícia Federal emitirá protocolo em favor do solicitante e de seu grupo familiar que se encontre no território nacional, o qual autorizará a estada até a decisão final do processo.

§ 1º O protocolo permitirá ao Ministério do Trabalho expedir carteira de trabalho provisória, para o exercício de atividade remunerada no País.

§ 2º No protocolo do solicitante de refúgio serão mencionados, por averbamento, os menores de quatorze anos.

Art. 22. Enquanto estiver pendente o processo relativo à solicitação de refúgio, ao peticionário será aplicável a legislação sobre estrangeiros, respeitadas as disposições específicas contidas nesta Lei.²⁵

Da exegese dos artigos citados, extrai-se as seguintes conclusões: i) o simples protocolo do pedido de refúgio junto ao órgão competente dá direito provisório de permanência no Brasil, podendo o solicitante exercer plenamente seus direitos civis em território nacional, enquanto não há decisão definitiva de seu pedido; ii) o protocolo de solicitação de refúgio acaba por servir, na prática, de documento de identificação ao solicitante.

Daí a importância da solicitação de refúgio pelas crianças e adolescentes que se encontram no Brasil. A simples solicitação dará à criança ou ao adolescente a garantia de exercício de direitos básicos, tais como matrícula em escola; acesso à rede de saúde; acesso ao trabalho etc.

Importante observar que o aumento do número de solicitações de refúgio²⁶ intensificou a atuação da Defensoria Pública da União em favor de imigrantes. Segundo Chiaretti²⁷:

Estes imigrantes e refugiados, em sua maioria, integram grupos extremamente vulneráveis. Por este motivo, a DPU tem procurado ampliar sua atuação para a tutela de imigrantes e refugiados, em especial na atuação extrajudicial, na orientação jurídica e na esfera coletiva. É neste cenário que o Grupo de Trabalho de Migrações e Refúgio ganha especial importância.

Por esta razão, apesar de não existir estatística oficial sobre a quantidade de atendimentos realizados, é notório que a Defensoria Pública da União tem orientado os imigrantes quanto à realização do pedido administrativo de refúgio junto ao Conare por intermédio da Polícia Federal, além de recorrer administrativamente das decisões negativas do Comi-

²⁵ BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. **Estatuto dos Refugiados**. Op. Cit. Arts. 21 e 22.

²⁶ BAZZO, G.; REIS, T. **Brasil aprovou 40% das solicitações de refúgio analisadas em 2017**. 22/01/2018. Globo. Disponível em <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/brasil-aprovou-40-das-solicitacoes-de-refugio-analisadas-em-2017.ghtml>>.

²⁷ CHIARETTI, D. Refúgio, Migrações e os desafios da Defensoria Pública da União. *In: Fórum DPU – Jornal da Escola Superior da Defensoria Pública da União*, 2015, p. 05.

tê, sem prejuízo da propositura de ações junto ao Poder Judiciário.²⁸

Tendo em vista a importância da atuação do órgão defensorial na temática, fica evidente que a DPU é a instituição que mais se depara com as dificuldades práticas apresentadas pelos solicitantes, incluindo a apresentação de pedidos por crianças e adolescentes sem o respectivo responsável legal.

3. A RESOLUÇÃO CONJUNTA ENTRE CONARE, CONANDA, CNIG E DPU E A NATUREZA DA ATUAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL

Já disse Bobbio que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justifica-los, mas o de protege-los”.²⁹

A negativa por parte da Polícia Federal em aceitar a solicitação de refúgio por crianças e adolescentes desacompanhados levou ao Comitê Nacional para os Refugiados (Conare), o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), o Conselho Nacional de Imigração (Cnig), e a Defensoria Pública da União (DPU), editar Resolução Conjunta a fim de garantir a proteção a estas pessoas.

A Polícia Federal partiu de uma interpretação literal e civilista da lei para chegar à conclusão de que as crianças e adolescentes não detêm capacidade jurídica para realizar o pedido de refúgio.

É possível verificar a necessidade de criação de um procedimento em que a própria criança ou adolescente possam ser reconhecidos como refugiados independentemente da presença de seu representante legal. Identificando tal ausência no processo administrativo de refúgio brasileiro, Valle reconhece que:

É inegável que tais critérios para o status de refugiado, estabelecidos na Convenção de 1951, aplicam-se igualmente a crianças que visem a se beneficiar de tal status. Nesse sentido, o próprio artigo 22 da Convenção sobre os Direitos da Criança reforça que os Estados devem adotar medidas para assegurar o direito da criança de ser reconhecida

²⁸ Sobre o tema, é posição da Defensoria Pública da União que a decisão de concessão ou não de refúgio não é discricionária, sendo dever do Poder Executivo a concessão sempre que verificada alguma das hipóteses legais ou convencionais. Neste sentido: “DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE REFÚGIO. PERMANÊNCIA NO PAÍS. PROCEDÊNCIA. Caso em que a condição vivida pelo autor autoriza a concessão de refúgio porque é público e notório que o estado de Israel é constantemente palco de conflitos armados, sejam eles internos ou internacionais. Situação que gera a grave e generalizada violação aos direitos humanos, uma vez que o permanente estado de tensão e medo a que estão submetidos os moradores daquela região é incompatível com os direitos à vida e à segurança indispensáveis à existência digna” (Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO : APELREEX 303 PR 2008.70.00.000303-8).

²⁹ BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**, 1992.

como refugiada, se preenchidos os requisitos para tanto conforme o direito internacional e/ou interno aplicável. Apesar dessa garantia, na maioria dos casos em que uma criança está acompanhada por seus pais ou responsáveis, a solicitação de refúgio é feita com base nas experiências destes, e não da criança. Se bem-sucedida a solicitação, o menor receberá o status de refugiado por derivação, com base no status de seus responsáveis.³⁰

Continua a autora:

Além de adequar o nível de violações de direitos humanos às características da criança para melhor avaliar a existência de perseguição, os níveis de evidência também devem ser condizentes com a idade do solicitante de refúgio. Menores de idade por vezes não conseguem transmitir a situação que originou seu temor de perseguição de forma objetiva, com detalhes ou com a apresentação de documentos comprobatórios.³¹

A citada resolução trouxe, enfim, procedimento específico a ser adotado nestes casos, de forma que o Estado brasileiro não deixasse de promover a proteção deste grupo especialmente vulnerável.

Ressalte-se que a resolução vem ao encontro da proteção integral dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) que não se aplica apenas às crianças e adolescentes brasileiros. O parágrafo único do art. 3º da lei afirma expressamente que o estatuto é aplicado às crianças e adolescentes sem qualquer discriminação de nascimento, raça, etnia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.³² Ainda, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil através do Decreto nº 99.710/1999, obriga os estados à concessão de refúgio à criança que dele necessitar. Em seu artigo 22:

1. Os Estados Partes adotarão medidas pertinentes para assegurar que a criança que tente obter a condição de refugiada, ou que seja considerada como refugiada de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, tanto no caso de estar sozinha como acompanhada por seus pais ou por qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequadas a fim de que possa usufruir dos direitos enunciados na presente convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário dos quais os citados Estados sejam parte.³³

Portanto, necessário que o Estado Brasileiro proteja integralmente e de forma prioritária

³⁰ VALLE, Op. Cit., p. 5.

³¹ VALLE, Op. Cit., p. 6.

³² BRASIL. Op. Cit.

³³ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990. **Promulga a Convenção Sobre Direitos da Criança.**

este grupo hipervulnerável. O princípio da prioridade absoluta:

Estabelece primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesses. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do legislador constituinte.³⁴

Até a edição da resolução conjunta, é possível afirmar que o Brasil verdadeiramente descumpria o princípio da prioridade absoluta previsto na Constituição Federal e no ECA, bem como violava as disposições da Convenção sobre Direitos da Criança, vez que dificultava a solicitação de refúgio por parte deste grupo migrante.

Em boa hora, portanto, que tais órgãos resolveram agir e implementar procedimento específico para tais casos.

A referida resolução é aplicável a dois grupos distintos: criança ou adolescente desacompanhado, **aquele que não possui nenhuma pessoa adulta acompanhando-lhe no seu ingresso em território nacional**; e criança ou adolescente separado, **aquele que está acompanhado por uma pessoa adulta que não é o responsável legal que detenha poder familiar**.³⁵

A resolução trouxe relevantes atribuições aos membros da Defensoria Pública da União. Segundo seu art. 10:

Em continuidade ao processo de identificação, o membro da Defensoria Pública deverá iniciar entrevista, que deve ser conduzida de forma adequada à idade, sua identidade de gênero, deficiência, em uma linguagem que a criança e adolescente entendam, objetivando registrar sua história, incluindo, se possível, a identificação dos pais e irmãos, bem como sua cidadania e a de pais e irmãos. [...]

A atuação da DPU não termina na entrevista. O artigo 12 da resolução traz ao Defensor Público Federal a necessidade de acompanhamento periódico da criança e adolescente:

A Defensoria Pública da União será responsável pelos pedidos de regularização migratória, solicitação de documentos e demais atos de proteção, como o preenchimento de “Formulário para análise de proteção” (Anexo I), bem como acompanhar a criança e adolescente desacompanhados ou separados nos procedimentos subsequentes à sua identificação preliminar.

³⁴ AMIN, A. R. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. *In*: MACIEL, Kátia (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**, 2010, p. 20.

³⁵ BRASIL. **Resolução conjunta Conanda, Conare, CNIg e DPU**. 09 de agosto de 2017. Art. 1º, § 1º.

Analisando os artigos 10 e 12 da resolução, é impossível afirmar que a atuação do Defensor Público é a mesma de um advogado particular. Trata-se, na verdade, de atuação atípica do órgão em razão do necessário acompanhamento da DPU em favor da criança ou adolescente.

Ora, é possível a intervenção da Defensoria Pública nestes termos? Pode o Defensor Público atuar de forma extrajudicial com tamanha profundidade?

A resposta é positiva.

Conforme já demonstrado no primeiro item deste artigo, a Defensoria Pública já não mais atua somente como um advogado para quem não tem condições de custear um particular. O órgão se tornou verdadeiro protetor dos direitos humanos, incluídos nestes, os direitos das crianças e adolescentes. De fato, não há órgão estatal melhor do que a Defensoria Pública para o acompanhamento das crianças e adolescentes desacompanhados, seja em razão de sua missão constitucional, seja em razão da experiência destes agentes públicos no trato de grupos vulneráveis.

Ora, se, interpretando a resolução, a Defensoria Pública não atua como simples mandatário jurídico da criança ou adolescente, qual a natureza jurídica de sua atuação?

É sabido que o Novo Código de Processo Civil trouxe importante avanço processual ao consolidar nas mãos da Defensoria Pública a atuação como Curadora Especial de incapazes. Segundo o novel diploma processual:

Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;

II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.³⁶

É perceptível a proximidade de institutos quando comparamos a atuação da Defensoria Pública como curadora especial, conforme o disposto no Código de Processo Civil, com a intervenção em favor das crianças e adolescentes desacompanhados.

Nos dois casos a Defensoria Pública atua em favor de incapazes sem representante legal.

Acontece que a curatela especial em favor de incapazes que não tenham representante legal se limita à atuação processual em favor do representado.

³⁶

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016. **Código de Processo Civil**. Art. 72.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu que “O Curador Especial” é um representante processual, dotado de capacidade postulatória, nomeado para suprir a incapacidade processual da parte [...].³⁷

Analisando a resolução, não há que se falar em identidade de institutos entre o regulamentado e o disposto no Código de Processo Civil. Enquanto a curatela especial visa a promoção do contraditório e ampla defesa no âmbito processual, a atuação da Defensoria Pública em favor de crianças e adolescentes desacompanhados vai muito mais além.

Não se trata de simples representação em processo administrativo. O Defensor Público Federal deverá, entre outros, avaliar a vulnerabilidade, saúde física, psicossocial e necessidades de proteção (art. 11, inciso II); recolher informações sobre finalidades relacionadas à exploração sexual, adoção ilegal, tráfico de pessoas, submissão a qualquer tipo de servidão ou situação análoga à de escravo, ou remoção de órgãos (art. 11, inciso III); acionar representante da Defensoria Pública do Estado para atuação em âmbito estadual (art. 12, § 1º); praticar atos de proteção e garantias de direitos (art. 16).

Assim, a intervenção da Defensoria Pública da União em favor de crianças e adolescentes desacompanhados se revelou forma inédita de atuação, que não se confunde com a simples curatela especial processual.

Trata-se, em verdade, de elevação da Defensoria Pública como verdadeira instituição promotora de proteção dos direitos individuais de cada criança ou adolescente que se encontra nesta situação, revelando-se uma atuação atípica e *sui generis*.

Apesar disto, esta atuação se mostra plenamente justificável e embasada nas atribuições da Defensoria Pública como protetora dos direitos humanos e como instituição responsável pela garantia de direitos das crianças e adolescentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação da Defensoria Pública da União em favor de crianças e adolescentes desacompanhados não se confunde com a mera representação jurídica processual. Ainda, não se trata de curatela especial exercida pelo Defensor Público responsável.

A resolução conjunta entre o Conanda, Conare, CNIg e DPU trouxe ao ordenamento jurídico espécie inédita de intervenção da Defensoria Pública em favor de um grupo hipervulnerável. Se, de um lado, temos que a atuação da Defensoria se dá de maneira

³⁷ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Processo TJ-RJ Agravo de Instrumento 0006641-48.2013.8.19.0000. Data de publicação: 16/08/2013. Órgão Julgador: 9º Câmara Cível. Relator: Des. Rogério de Oliveira Souza.

ímpar, de outro, podemos, sem sombra de dúvida, afirmar que esta possibilidade está em plena consonância com as atribuições institucionais do órgão defensor, bem como com os tratados internacionais sobre o tema.

Ora, nada mais lógico do que dar tais poderes de proteção ao órgão que tem por missão constitucional a garantia dos direitos humanos.

A referida resolução demonstra o avanço no reconhecimento da Defensoria Pública como instituição responsável à proteção de direitos das crianças e adolescentes, sendo verdadeira conquista da instituição para a plena garantia de direitos dos grupos vulneráveis, servindo, inclusive, como verdadeiro exemplo de diploma jurídico que reconhece a forma atual da Defensoria Pública.

Temos que, assim como a resolução fez, o ordenamento jurídico pátrio deve se adaptar à nova face constitucional da Defensoria Pública: instituição nacional garantidora de direitos humanos e protetora de grupos vulneráveis, abrindo mão da antiga e arcaica visão de simples advogado do pobre.

REFERÊNCIAS

AMIN, A. R. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. *In*: MACIEL, K. (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

BARROS, G. F. de M. **Defensoria Pública: Comentários à LC nº 80/1994**. 5ª edição. 2013.

BASTOS, C. E. C.; GARCIA, M. **Judiciário pode rever decisão que deu refúgio a Battisti**. 10 de março de 2009. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2009-mar-10/judiciario-rever-decisao-ministerial-deu-refugio-battisti>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2018.

BAZZO, G.; REIS, T. **Brasil aprovou 40% das solicitações de refúgio analisadas em 2017**. 22/01/2018. Globo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/brasil-aprovou-40-das-solicitacoes-de-refugio-analisadas-em-2017.ghtml>>. Acesso em: 04/02/2018.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Relatório da Pesquisa de Satisfação e Imagem do CNMP e do Ministério Público – 2017**. Julho de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

BRASIL. Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961. **Promulga a Convenção relativa**

ao **Estatuto dos Refugiados**, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951.

BRASIL. Decreto nº 70.946 de 7 de agosto de 1972. **Promulga o Protocolo Sobre o Estatuto dos Refugiados.**

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990. **Promulga a Convenção Sobre Direitos da Criança.**

BRASIL. Defensoria Pública da União. **Anuário de Atuação Coletiva da Defensoria Pública da União.** Abril 2017 – Maio 2018. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de Janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016. **Código de Processo Civil.**

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de Maio de 2017. **Institui a Lei de Migração.**

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.**

BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.

BRASIL. **Resolução conjunta Conanda, Conare, CNIg e DPU.** 09 de agosto de 2017.

BRASIL. **Sítio oficial da Defensoria Pública da União.** Disponível em <http://dpu.def.br/endereco-sao-paulo#faqnoanchor>. Acesso em 04 de fevereiro de 2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.** Processo TJ-RJ Agravo de Instrumento 0006641-48.2013.8.19.0000. Data de publicação: 16/08/2013. Órgão Julgador: 9º Câmara Cível. Relator: Des. Rogério de Oliveira Souza.

CAETANO, I. F. A Criança e o Adolescente Refugiados. Direitos Fundamentais. *In: Revista Normatividade Jurídica.* Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11.

CHIARETTI, D. Refúgio, Migrações e os desafios da Defensoria Pública da União. *In: Fórum DPU – Jornal da Escola Superior da Defensoria Pública da União.* 4º Trimestre de 2015. Ed. Nº 3, ano 1.

MARTUSCELLI, P. N. A Proteção Brasileira para crianças refugiadas e suas consequências. *In: REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Urbana*, vol. 22, nº 42, Brasília. 2014.

OLIVEIRA, L. G. Barreiras fronteiriças contra o princípio de non-refoulement: a inacessibilidade do território e da determinação do status de refugiado. **Revista Brasileira de Estudos Populares.** Belo Horizonte. Vol. 34. Nº 1. 2017.

PIOVESAN, F. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. *In*: ARAUJO, N. de; ALMEIDA, G. A. **Refugiados: Realidade e Perspectivas**. São Paulo. 2003.

RAMOS, A. de C. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo. Saraiva: 2014.

REIS, R. R.; MENEZES, T. S. Direitos Humanos e refúgio: uma análise sobre o momento anterior à determinação do status de refugiado. *In*: **Revista de Sociologia e Política**. Vol. 22. Nº 49. Curitiba. Janeiro-Março. 2014.

SARMENTO, D. **Parecer: Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União**. Rio de Janeiro, 2015.

VALLE, M. F. V. O Processo de Refúgio no Brasil e a Proteção à Criança Solicitante de Refúgio. *In*: **Revista Eletrônica de Direito Internacional**. Edição Especial – Refugiados. Vol. 20. 2017.

CLÁUSULA DE EXCLUSÃO POR COMETIMENTO DE CRIME HEDIONDO, ATOS TERRORISTAS E DE TRÁFICO DE DROGAS DA CONDIÇÃO DE REFUGIADO: A INTERVENÇÃO INDEVIDA DO DIREITO PENAL NOS DIREITOS HUMANOS

EXCLUSION CLAUSE FOR HEINOUS CRIME, TERRORIST ACTS AND DRUG TRAFFICKING FROM REFUGEE STATUS: IMPROPER INTERVENTION OF CRIMINAL LAW IN HUMAN RIGHTS

Daniela Corrêa Jacques Brauner

*Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Defensora Pública Federal, DPU/RS*

daniela.jacques@dpu.def.br

RESUMO

O aumento do número de refugiados no mundo hoje tem evidenciado uma crise de imigração com a procura de novos lares por milhares de pessoas que se qualificam como refugiados. No Brasil, o regime jurídico foi estabelecido pela Lei 9.474 que consigna uma definição ampliada do conceito de refugiados logo em seu artigo 1º. A referida legislação foi adotada tendo em vista a adesão ao Brasil à Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. No entanto, a legislação nacional apresenta novas hipóteses de exclusão em relação ao cometimento de crimes hediondos, atos terroristas e tráfico de drogas, sem igual previsão no principal tratado internacional sobre o tema. O desenvolvimento do estudo sobre a temática irá evidenciar que a cláusula de exclusão contida no art. 3º da Lei nº 9.474 revela uma interferência de política criminal que viola a proteção internacional dos direitos humanos. A análise a respeito do cometimento dos delitos apontados poderá descaracterizar a condição jurídica de refugiado instrumentalizada na referida Convenção, com expressa violação ao princípio do *non-refoulement*. Admitindo-se a natureza de Direitos Humanos ao Direito dos Refugiados, a sua proteção não pode estar condicionada à interferência da política criminal nacional, cada vez mais acentuada e discriminatória dos indivíduos, pois o respeito aos direitos humanos tem aplicação universal e incondicional. As considerações sobre a interferência do Direito Penal no conceito de refugiado, revela enfraquecimento da proteção dos direitos humanos a que o Brasil se comprometeu no âmbito do direito internacional.

Palavras-chave: Refugiados. Cláusula de Exclusão. Direito Penal. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The increase in the number of refugees in the world today has evidenced an immigration crisis: thousands of people as refugees searching for new homes. In Brazil, the legal regime was established by Statute 9.474, which enlarges the definition of refugees (article 1). However, the legislation presents new possibilities of exclusion due to heinous crime committed, terrorist acts and drug trafficking, without specific provision in the Convention of 51. The study will show that the exclusion clause in the Statute 9497, art. 3 discloses a criminal policy interference that violates the international protection of human rights. The crime analysis by the exclusion clause can violate the refugee's institute that is established in Human Rights International Conventions, especially de non-refoulement principle. Considering the international refugee protection as part of the human rights, it can not be conditioned to the interference of the national criminal policy. We may conclude that the interference of criminal law in the concept of refugee reveals a weakness of the protection of human rights to which Brazil has committed itself under international treaties.

Keywords: Refugees. Exclusion Clause. Criminal Law. Humans Rights.

Data de submissão: 10/07/2018

Data de aceitação: 12.07.2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. DO ART. 3º DA LEI Nº 9.474 – “(...) CRIME HEDIONDO, ATOS TERRORISTAS E TRÁFICO DE DROGAS”. 2. O DIREITO DOS REFUGIADOS COMO PARTE DOS DIREITOS HUMANOS. CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

O tema dos refugiados apresenta-se cada vez mais presente no cenário internacional.¹ Esse crescimento, ao contrário do prognóstico esperado quando da publicação da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (Convenção de 51), reascende, no mundo, a necessidade de se discutir o próprio conceito de refugiado, merecedor de tutela protetiva dos Estados nacionais.

Logo em seu artigo 1º, a Convenção de 51 trata do termo **refugiado** e os limites de sua

¹ A ONU considera a prior crise humanitária do século. *Vide:* <https://nacoesunidas.org/acao/refugiados/>.

aplicação. Observa-se que o seu conceito é bastante abrangente e há especial preocupação em tutelar os refugiados dos conflitos armados ocorridos anteriormente à década de 1950, sobretudo em razão da II Grande Guerra.² Considera-se refugiado:

qualquer pessoa que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

A extensão do conceito de refugiado, independentemente da data limite de 01/01/1951 e sem nenhuma delimitação geográfica, ocorreu a partir do Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados (Protocolo de 67), que alterou a Convenção de 51 para os Estados que o aceitaram. Há previsão, na própria Convenção, de hipóteses de não-aplicação, quando diz respeito à nacionalidade e à proteção de seu país de origem³ ou, ainda, no caso de suspeitas de que o requerente de refúgio tenha praticado crime de guerra ou contra a humanidade, ou ainda crime grave de direito comum fora do país de refúgio e antes de ser admitido como refugiado ou atos contrários aos fins e princípios da ONU.⁴

O Brasil torna-se parte da Convenção de 51 a partir de 28/01/1961, quando publica o Decreto 50.215 e em 8/08/1972 do Protocolo de 67 quando este passa a vigorar pela publicação do Decreto 70.946. A implementação efetiva da proteção dos refugiados, todavia, somente se deu com a edição da Lei 9.474/97 com a previsão de políticas públicas para essa área e a criação de um órgão, no âmbito da administração pública, responsável pela elegibilidade dos casos individuais - Comitê Nacional para Refugiados (Conare)-, órgão vinculado ao Ministério da Justiça.⁵

A Lei 9.474 expressamente consigna a definição ampliada do conceito de refugiados logo

² Vide JAEGER, G. *On the History of the International Protection of Refugees. International Review of the Red Cross*, Setembro 2001. Disponível em: <https://www.icrc.org/ara/assets/files/other/727_738_jaeger.pdf>.

³ “C. Esta Convenção cessará, nos casos abaixo, de ser aplicável a qualquer pessoa compreendida nos termos da seção A, acima – 1) se ela voltou a valer-se da proteção do país de que é nacional; ou 2) se havendo perdido a nacionalidade, ela a recuperou voluntariamente; ou 3) se adquiriu nova nacionalidade e goza da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu; ou 4) se se estabeleceu de novo, voluntariamente, no país que abandonou ou fora do qual permaneceu por medo de ser perseguido; ou 5) se, por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecida como refugiada, ela não pode mais continuar a recusar valer-se da proteção do país de que é nacional.”

⁴ “F. As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que: a) elas cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes; b) elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados; c) elas se tornaram culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.”

⁵ Vide: GEDIEL, J. A. Refúgio e hospitalidade. Curitiba: Kairós, 2016 e ANDRADE, J. H. F. de e MARCOLINI, A. **A política brasileira de proteção e de reassentamento de refugiados**: breves comentários sobre suas principais características. 2002, pp. 168-176.

em seu artigo 1^o6 e inova quanto às hipóteses de exclusão:

Art. 3º. Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que: I – já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismos ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – Acnur; II – sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro; III – tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas; IV – sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

Veja-se que há previsão de hipótese de exclusão quanto ao cometimento de crimes hediondos, atos terroristas e tráfico de drogas, sem igual previsão específica na Convenção de 51. Essa hipótese, no entanto, poderá afastar da aplicação da proteção de refugiados com fundamento apenas no que dispõe a legislação nacional a respeito do que sejam crimes hediondos.⁷

Da forma como inscrita, a cláusula de exceção na Lei 9.474, merece um estudo mais aprofundado, investigando-se sua pertinência para o afastamento da proteção do estatuto dos refugiados para indivíduos que se encontrem em situações como a descrita.

O presente artigo pretende discutir e analisar a propriedade da cláusula de exclusão contida no art. 3º da Lei nº 9.474 e sua conformidade com a proteção internacional dos direitos humanos. Objetiva verificar em que medida o cometimento dos delitos apontados poderá descaracterizar a condição jurídica de refugiado e o perigo que essa exclusão pode representar ao indivíduo obrigado a retornar ao seu país de origem, bem como violação ao princípio do *non-refoulement*.

⁶ “Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III – devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.”

⁷ Em nossa atividade na Defensoria Pública, deparamo-nos com um caso envolvendo o cometimento de crime de tráfico de drogas por estrangeiro. Tratava-se de um colombiano preso em flagrante por estar supostamente vendendo substância entorpecente. Na audiência de instrução e julgamento, pode-se perceber que a maior preocupação do indivíduo era quanto ao seu retorno forçado à Colômbia (o que aconteceria em caso de condenação, mediante o instituto da expulsão). Relatou-nos que veio ao Brasil em razão de temor por sua vida, por ter participado ativamente nas eleições para prefeito de sua cidade (apoiando o candidato que acabou não se elegendo) com denúncias ao grupo das FARC e oposição. Estaria articulando a vinda de sua esposa, depois que a casa foi invadida e queimada. Estava instalado em São Paulo, quando o transporte da droga lhe pareceu negócio rentável diante das dificuldades financeiras que suportava. Explicamos-lhe, então, a respeito do instituto do refúgio e a impossibilidade de aplicação em razão do crime que estava respondendo (do qual era réu confesso e acabou sendo condenado), embora merecesse a análise pelo órgão competente.

1. DO ART. 3º DA LEI Nº 9.474 – “(...) CRIME HEDIONDO, ATOS TERRORISTAS E TRÁFICO DE DROGAS”

Como mencionado, o artigo 3º da Lei nº 9.474 prevê as hipóteses de exclusão do reconhecimento da condição de refugiado. Dentre as hipóteses mencionadas, o inciso III merece maior atenção da doutrina, especialmente por ampliar o rol de exclusão da Convenção de 51 e encontrar referência inédita à Lei dos Crimes Hediondos e Equiparados.

A Convenção de 51 exclui da proteção jurídica as pessoas que cometem crimes graves fora do país de refúgio antes de serem admitidas como refugiados. Na esteira desse dispositivo, a Lei 9.474 exclui os indivíduos que praticaram os crimes de tráfico de drogas, crimes hediondos e atos terroristas. O desiderato da cláusula de exclusão, segundo aponta a doutrina é “o intuito de preservar o instituto, aplicando-o apenas aos que **realmente** são refugiados.”⁸

A ideia subjacente à afirmação posta se baseia no entendimento de que o autor dos atos de violência que gerariam o refúgio para tantas outras pessoas não pode, ele mesmo, pretender a proteção de direitos humanos, concernente ao direito de se refugiar. Nesse sentido, qualifica-o e classifica-o como “criminoso”, que, no sentido teórico de Rousseau diz respeito ao inimigo social, rompendo a ideia de pacto social⁹. Michel Foucault, analisando as punições surgidas a partir do regime penal, sintetiza o pensamento prevalente:

Primeiramente, a punição expressa na afirmação – ‘você rompeu o pacto social, você não pertence mais ao corpo social, você mesmo se colocou fora do espaço de legalidade; nós o expulsaremos do espaço social onde essa legalidade funciona’. É a idéia encontrada frequentemente nesses autores – Beccaria, Bentham, etc. – de que, no fundo, a punição ideal seria simplesmente expulsar as pessoas, exilá-las, bani-las, ou deportá-la.¹⁰

Ou seja, afastá-las da concessão de direitos.

A previsão da cláusula de exclusão na Convenção de 51 no que tange à exclusão daqueles que cometeram crime contra a paz, de guerra, contra a humanidade, ou um crime grave de direito comum é explicada pelo próprio Alto Comissariado das Nações Unidas (Acnur) por uma razão histórica:

⁸ JUBILUT, L. L. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**, 2007, p. 87.

⁹ Vide: ROUSSEAU, J. J. (Trad. Rolando Roque da Silva). **Do contrato social**. VirtualBooks. Formato: e-book/rb, ed. eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 2002.

¹⁰ FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**, 2005, p. 82.

Na altura em que a Convenção foi redigida, a memória dos julgamentos dos grandes criminosos de guerra não estava ainda muito presente e os Estados acordaram em que os criminosos de guerra não deveriam ser protegidos. Houve também a vontade, por parte dos Estados, de negar a admissão nos seus territórios a criminosos que constituíssem perigo para a segurança e ordem pública.¹¹

A dificuldade inicialmente apresentada diz respeito ao “conhecimento da verdade”¹². Como apurar se o requerente do refúgio é autor de atos de violência? É preciso processo/condenação?¹³ Neste caso, vale a condenação do país de origem (que está sendo palco de atos de violência generalizada) ou deve-se apurar no país em que o pedido de refúgio está sendo requerido? Seriam suficientes meras elucidações da participação do autor? Poderia o requerente do refúgio “se defender” de que praticou os atos por alguma causa excludente (legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade, cumprimento de ordem superior hierárquica não manifestamente ilegal)?

O próprio Acnur reconhece o caráter vago que pode ser dado à interpretação da cláusula de exclusão quanto ao cometimento de crimes comuns graves da forma expressa na Convenção de 51¹⁴. Primeiramente, diante da possibilidade de os Estados partes da Convenção de 51 definirem o que seriam “crimes graves”, havendo distinções significativas dependendo do país signatário da Convenção.

Outra questão importante de ser discutida reveste-se no fato, não mencionado expressamente na cláusula de exclusão da Lei nº 9.474, de “se” o crime praticado pelo requerente do refúgio deve ter alguma relação com os atos de violência ocorridos no seu país, ou seja: as considerações espaço-temporais do suposto crime praticado. O

¹¹ ACNUR Brasil. Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados, 2004, p. 51.

¹² Sobre “a verdade”, afirma FOUCAULT: “A hipótese que gostaria de propor é que, no fundo, há duas histórias de verdade. A primeira é uma espécie de história interna da verdade, a história de uma verdade que se corrige a partir de seus próprios princípios de regulação: é a história da verdade tal como se faz na ou a partir da história das ciências. Por outro lado, parece-me que existem, na sociedade, ou pelo menos em nossas sociedades, vários outros lugares onde a verdade se forma, onde um certo número de regra de jogo são definidas – regras de jogo a partir das quais vemos nascer certas formas de subjetividade, certos domínios de objeto, certos tipos de saber – e por conseguinte podemos, a partir daí, fazer uma história externa, exterior, da verdade.” FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p.11.

¹³ Segundo o Manual do Acnur, “é suficiente demonstrar que existem ‘razões poderosas para pensar’ que foi cometido um dos atos descritos. A prova formal de anterior procedimento judicial não é requerida”. ACNUR Brasil. Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados, 2004, p.51.

¹⁴ Na Convenção de 51, não há referência aos crimes hediondos, mas aos crimes graves, expressão ainda mais vaga. ACNUR Brasil. Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados, 2004, p.60.

cometimento de crime hediondo posteriormente ao ingresso do estrangeiro no país, mas anteriormente ao seu pedido de refúgio, impede a análise pelo órgão competente?

Essa indagação se coloca diante do art. 26 da Lei nº 9.474 que considera a decisão pelo reconhecimento da condição de refugiado ato declaratório – ou seja, reconhece uma situação jurídica já existente no momento de ingresso do estrangeiro no território nacional.¹⁵ Pela leitura do dispositivo, não seria o caso de denegar o reconhecimento do *status* de refugiado em caso de cometimento de crime hediondo posterior, mas eventualmente determinar a sua perda com base no art. 39 da mesma legislação (Art. 39). Implicará perda da condição de refugiado: [...] III – o exercício de atividades contrárias à segurança nacional ou à ordem pública). Esse entendimento, inclusive, pode ser corroborado pelo artigo 1º da própria Convenção de 51 que assenta, quanto à cláusula de exclusão de que o crime grave praticado deve ser anterior e fora do país em que o pedido de refúgio está sendo requerido (art. 1º [...], b - elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados).

Por fim, outro ponto importante revela-se quanto à proporcionalidade do cometimento de crime hediondo e afins (tráfico de drogas e atos de terrorismo) com a sanção da impossibilidade do reconhecimento da condição de refugiado. O artigo 1º da Lei nº 8.072 define como hediondos os crimes de:

I - homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado II - latrocínio, III - extorsão qualificada pela morte, IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, V - estupro, VI - atentado violento ao pudor, VII - epidemia com resultado morte, VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). Parágrafo único. Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts. 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados.

Importante consignar que a referência a crime hediondo somente apareceu em 1988 na Constituição da República, justamente no capítulo referente aos direitos fundamentais (art. 5º, XLIII). Analisando os fundamentos históricos da qualificação desses crimes, Alberto Silva Franco justifica em função do aumento do ponto de vista estatístico, do

¹⁵ Vide: JUBILUT, L. L., **O procedimento de Concessão de Refúgio no Brasil**. Disponível em: <www.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?>.

dano econômico, atingindo seguimentos sociais que até então estavam livres de ataques criminosos. A partir desse quadro, os meios de comunicação de massa começaram a atuar por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando uma idéia de que seria mister, para desenvolvê-la, uma luta sem quartel contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinqüentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda das tradicionais garantias do próprio Direito Penal e do Direito Processual Penal¹⁶.

A análise histórica da classificação de novos crimes como hediondos demonstra a atuação desse papel de pressão social e de influência da mídia¹⁷, o que pode ser observado tanto na inclusão pela Lei nº 8.930 do homicídio qualificado após um célebre caso de homicídio envolvendo uma atriz famosa no âmbito televisivo, quanto na alteração pela Lei nº 9.695, incluindo a falsificação de remédios, após ser noticiada a existência de uma quadrilha atuando ilegalmente na saúde pública. O rol desses crimes hediondos sofre, de um lado essas pressões por sua ampliação, de outro, críticas por inserir crimes “menos graves” na mesma categoria¹⁸.

O tratamento mais severo dos crimes hediondos, tráfico de drogas e equiparados pelo legislador, como a proibição de liberdade provisória e cumprimento da pena integralmente em regime fechado, já foram objeto de críticas pela doutrina e jurisprudência e alterados pela Lei 11.464/2007. Entre o desejo de punir severamente do Estado de um lado e os direitos fundamentais do apenado de outro (individualização da pena, princípios da humanidade, proibição de penas perpétuas), decidiu-se que estes deveriam prevalecer, embora nem sempre a balança tenda para esse lado.¹⁹

Se essa ponderação pode se colocar frente aos direitos fundamentais do apenado, não sem menor razão, essa mesma proporcionalidade deve ser aferida em relação aos direitos do refugiado diante de uma cláusula de exclusão e a necessidade de proteger às pessoas que são obrigadas a deixar o seu país de origem.²⁰

O art. 4º da Constituição estabelece os princípios adotados pelo país em suas relações internacionais, inserindo, expressamente a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e a concessão de asilo político. O instituto do asilo não se confunde

¹⁶ TOURINHO FILHO, F. da C. **Processo Penal**, 2014, p. 456.

¹⁷ *Vide*: BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juez Cirino dos Santos. 2002, p. 162 e ss. Ainda, ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico penal**, 2000. e GOMES, L. F. Mídia e Direito Penal. *Revista Jus Navigandi*, 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12274>>.

¹⁸ Por exemplo, quanto ao crime de estupro de vulnerável com violência presumida a jurisprudência é vacilante em considerar como crime hediondo. *Vide* GOMES, L. F. “**Estupro e atentado violento ao pudor simples são crimes hediondos?**” *In*: www.ibccrim.com.br.

¹⁹ *Vide*: STF, ARE 663261 e HC 97256 sobre a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no tráfico de drogas. www.stf.jus.br. *Vide* ainda MORAES, A. R. A. de. **A terceira velocidade do direito penal**: o “direito penal do inimigo”. 2006. Dissertação (Mestrado).

²⁰ *Vide*: TRINDADE, A. A. C. *Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la conciencia Jurídica Universa*. *In*: TRINDADE, A. A. C.; SANTIAGO, J. R. de. **La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI**. 2002, p. 21-81.

com o refúgio²¹, embora ambos apresentem a característica de permitir, ao estrangeiro, a proteção do Estado acolhedor²². A doutrina salienta que, apesar de a Constituição utilizara expressão asilo político, entende-se que ela está se referindo ao direito de asilo em sua totalidade.²³

Além disso, a referência aos direitos fundamentais no art. 5º *caput* da Carta Magna é expressa no sentido de garantir aos brasileiros e estrangeiros²⁴, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Nesse sentido, mesmo a análise do pedido de refúgio deve estar alinhada aos princípios e garantias fundamentais. Quando a sua denegação implicar possível violação de direito fundamental (ex: risco à vida), o valor protegido deve ser confrontado com as razões motivadoras do indeferimento.

Importante consignar que a Lei 9.474 foi resultado do Programa Nacional de Direitos Humanos de 1996 e elaborada em conjunto com representantes do Acnur. A análise da Lei revela a adoção do “espírito de Cartagena”²⁵, para ampliar a definição de refugiado,²⁶ abarcando as pessoas que fogem de graves e generalizadas violações de direitos humanos. Busca-se, por este lado, conferir maior proteção às vítimas. Por outro lado, a lei brasileira também ampliou o âmbito de incidência da cláusula de exclusão, fazendo referência ao cometimento de crimes hediondos, tráfico de drogas e atos de terrorismo, reforçando a categorização “vítima x violador”.

Neste ponto, o legislador abraçou os mesmos argumentos utilizados para o tratamento mais severo dos acusados de certos crimes no sentido de limitar o reconhecimento do *status* de refugiado e a concessão de direitos que esse *status* impõe. Enquanto parte da doutrina entende que essa ampliação pode ser vista como uma adaptação e atualização do texto aos novos problemas do cenário internacional,²⁷ entendemos que essa ampliação viola o espírito do próprio direito dos refugiados, ampliando as formas de exclusão da Convenção de 51 (considerando que o Brasil não fez reservas a essa Convenção) e

²¹ Disponível em: www.mj.gov.br.

²² A identidade entre ambos e ressaltada pela própria Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Não inserida especificamente nas questões políticas da América, define como direito humano: “art. 14. A todo ser humano vítima de perseguição, o direito de procurar e gozar asilo em outros países, com o que a pessoa sujeita a castigo por razões de ordem política, religiosa ou racial ou por sua luta contra o colonialismo pode socorrer-se do instituto.”

²³ JUBILUT, L. L. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007, p. 181. BATISTA, V. de O. União Européia: Livre circulação de pessoas e Direito de Asilo. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 52.

²⁴ A indicação quanto aos “estrangeiros residentes no País”. *Vide*: RAMOS, A. de C. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁵ Referência à Declaração de Cartagena de 1984.

²⁶ *Vide*: ALMEIDA, G. A. de. A Lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. *In*: ARAÚJO, N. de; ALMEIDA, G. A. de. (coords.) **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. 2001. p.155 e segts.

²⁷ JUBILUT, L. L. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**, 2007, p. 191. A autora resalta as duas hipóteses: “tal ampliação pode ser vista como uma limitação indevida da Convenção de 51, uma vez que o Brasil não adotou reservas sobre o tema quando da ratificação desse documento, mas pode ser vista como uma adaptação e atualização do texto aos novos problemas do cenário internacional, problemas que caracterizam atos contrários aos princípios da ONU e poderiam ser entendidos como já englobados na Convenção de 51.”

constituindo violação a direitos humanos fundamentais.

Se é a própria lei quem define os chamados crimes hediondos, da forma como foi analisada anteriormente, teríamos, em última análise, a sujeição da disciplina dos Direitos dos Refugiados às intempéries do legislador infraconstitucional. Essa sujeição viola o compromisso internacional do país em tutelar o Direito dos Refugiados na forma da Convenção de 51, passível, portanto, de responsabilização internacional. Além disso, desvirtua a própria hierarquia constitucional quanto aos princípios e direitos fundamentais, constituindo limitações e violações indevidas a direitos e garantias constitucionalmente asseguradas.

Assim é que a maneira como está disposta a cláusula de exclusão – na legislação infraconstitucional pela Lei nº 9.474, integrada por outras legislações infraconstitucionais que definem os crimes hediondos e afins – viola a Constituição Federal, no que tange aos princípios das relações internacionais e respeito aos direitos e garantias fundamentais, e, ainda, ao compromisso internacional assumido pelo país em defender o direito dos refugiados.

2. O DIREITO DOS REFUGIADOS COMO PARTE DOS DIREITOS HUMANOS

Conforme enfatiza Resek, “nenhum Estado soberano é obrigado, por princípio de direito das gentes, a admitir estrangeiros em seu território, seja em definitivo, seja a título temporário.”²⁸ Trata-se, segundo o autor, de poder discricionário do Estado, como exercício de sua soberania, admitir ou não pessoas que não sejam de sua nacionalidade.²⁹

Esse entendimento expressa um conceito clássico de soberania, que vem, ao longo dos anos, sendo “relativizado e suavizado.”³⁰ O exercício da soberania está relativamente limitado pelas normas de Direito Internacional, sendo necessário o respeito a todas as obrigações básicas reconhecidas pelo Direito Internacional. Dentre essas obrigações está a obediência, pelo Estado, aos Direitos Humanos e aos tratados de que é parte.

Os Direitos Humanos têm sua gênese como Direito Internacional a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 e dos instrumentos de proteção que se seguiram. Conforme Flávia Piovesan, o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos.³¹ Tal sistema, acrescenta a autora:

é integrado por tratados internacionais de proteção e refletem,

²⁸ RESEK, F. **Direito Internacional Público**, 2008, p. 193.

²⁹ Cada Estado adota seus próprios critérios para definir a nacionalidade.

³⁰ JO, H. M. **Introdução ao Direito Internacional**, 2004, p. 364.

³¹ PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**, 2006, p. 13.

sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca de salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – ‘do mínimo ético irredutível.’

A soberania passa a ser confrontada com o respeito aos Direitos Humanos e esses passam para o ponto nodal de todo o sistema internacional. Se, no exercício de sua soberania, os Estados aceitam as obrigações jurídicas decorrentes dos tratados de direitos humanos, passam, então, a se submeter à autoridade das instituições internacionais, no que se refere à tutela e fiscalização desses direitos em seu território.³² A mesma relação interna de interdependência que se estabelece entre os direitos fundamentais e todo o ordenamento jurídico (esses dotados de superioridade valorativa) passa, no plano do Direito Internacional, no que diz respeito à proteção dos direitos humanos e todas as demais obrigações e relações internacionais, especialmente em relação ao deslocamento forçado de pessoas.³³ Considerando que os Estados devem obedecer aos Direitos Humanos e a sua superioridade valorativa na seara internacional, a investigação que se apresenta em relação ao refúgio está centrada em sua natureza jurídica. Constitui ato de tolerância do Estado com o estrangeiro ou direito humano?

Afirma o artigo 14 da DUDH: “toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar gozar asilo em outros países”. Acrescenta o mesmo dispositivo “2 – este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas”.

A proteção dos refugiados e seu reconhecimento jurídico ocorreram três anos após com a Convenção de 51.³⁴ Antônio Augusto Cançado Trindade ressalta a sua natureza jurídica como “uma vertente da proteção internacional dos direitos da pessoa humana,”³⁵ juntamente com os Direitos Humanos *strictu sensu* e o Direito Humanitário. Enfatiza o autor: “considerar as três vertentes em seu conjunto (tomando os direitos humanos lato sensu), é um imperativo de nossos dias, ainda mais por desvendarem elas, crescentes aproximações e convergências, nos planos normativos, hermenêutico e operacional.”

Essa interdependência dos Direitos Humanos e os Direitos dos Refugiados é enfatizada pela doutrina.³⁶ Nesse sentido, assinala Flávia Piovesan:

³² PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 9. A autora destaca a afirmação do Secretário-Geral da ONU em 1992, nesse ponto: “ainda que o respeito à soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão a soberania [...]”

³³ Vide: PITA, A. C. **Direitos Humanos e Asilo**. In: MILESE, R. (org.) **Refugiados: Realidade e Perspectivas**. São Paulo: Loyola/IMDG/CSEM, 2003. p. 87

³⁴ Vide: JAEGER, G. *On the History of the International Protection of Refugees*. **International Review of the Red Cross**, Setembro 2001. Disponível em: https://www.icrc.org/ara/assets/files/other/727_738_jaeger.pdf.

³⁵ TRINDADADE, A. A. C. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**, 2000, p. 72.

³⁶ Vide: TRINDADADE, A. A. C. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**, 2000.

quando se relaciona refugiados e direitos humanos, imediatamente percebe-se uma conexão fundamental: os refugiados tornam-se refugiados porque um ou mais direitos fundamentais são ameaçados. Cada refugiado é consequência de um Estado que viola os direitos humanos.³⁷

E conclui:

Há, assim, uma relação estreita entre a Convenção de 1951 e a Declaração Universal de 1948, em especial seu artigo 14, sendo hoje impossível conceber o Direito Internacional dos Refugiados de maneira independente e desvinculado do Direito Internacional dos Direitos Humanos.³⁸

Nesse sentido, podemos concluir com Liliana Lyra Jubilut:

verifica-se que o Direito Internacional dos Refugiados é uma vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo esta a sua natureza jurídica, o que implica aspectos positivos e aspectos negativos; o principal aspecto positivo é o fato de ser ele parte de um elenco de direitos universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados e essenciais ao ser humano, e o principal aspecto negativo é a questão da sua efetividade.³⁹

A efetividade dos Direitos dos Refugiados ainda depende da atuação positiva dos Estados, tanto por meio de instrumentos legislativos de reconhecimento dessa condição jurídica (ratificação da Convenção e edição de leis internas específicas) quanto por meio de implementação de condições materiais de assentamento (condições de trabalho, moradia, saúde, etc.).

Quanto ao reconhecimento dessa condição jurídica, o Brasil estabeleceu essa função ao Conare (Comitê Nacional para Refugiados), órgão colegiado vinculado ao Ministério da Justiça.⁴⁰ Compete ao Conare, dentre outras atribuições, “analisar o pedido sobre o reconhecimento da condição de refugiado (com possibilidade de recurso ao Ministro da Justiça), deliberar quanto à cessação ‘ex officio’ ou mediante requerimento das autoridades

³⁷ PIOVESAN, F. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, N. de; ALMEIDA, G. A. (coords.) **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 38.

³⁸ PIOVESAN, F. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, N. de; ALMEIDA, G. A. (coords.) **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 38-39.

³⁹ JUBILUT, L. L. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**, 2007, p. 64.

⁴⁰ Vide: LEÃO, R. Z. R. A temática do Refúgio no Brasil após a Criação do CONARE. In: MILESI, Rosita. (org.) **Refugiados: Realidade e Perspectivas**. São Paulo: Loyola/IMDG/CSEM, 2003. p. 173-96.

competentes da condição de refugiado e declarar a perda da condição de refugiado”⁴¹.

Se, por um lado, representa maior disposição governamental em tratar do tema dos refugiados, por outro, pode significar discricionariedade e excesso de soberania, no que se refere à necessidade de reconhecimento formal pelo próprio Estado para a existência do direito ao refúgio. Essa discricionariedade não é aceita pela doutrina, com base ainda no compromisso internacional de proteção do refúgio. Segundo Del’Omo, enquanto que “o asilo depende do Estado, sendo lícita a negativa do mesmo, o refúgio, por estar acordado em Convenção, não pode ser recusado pelo país signatário.”⁴²

Assim o reconhecimento do *status* de refugiado deve ter em conta, além da natureza jurídica do Direito dos Refugiados como parte dos Direitos Humanos, o compromisso internacional do Brasil em protegê-los.⁴³ Logo, qualquer discussão a respeito do reconhecimento da condição de refugiado pode ser levada ao Poder Judiciário, mesmo que não haja previsão expressa na Lei nº 9.474. Trata-se de garantia fundamental consubstanciada no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁴⁴ e da incumbência ao Judiciário⁴⁵ de garantir, em última análise, o respeito à ordem constitucional.⁴⁶

O Direito dos Refugiados, assim, passa a ser considerado tanto parte dos Direitos Humanos, inserido em instrumento formal de reconhecimento (Convenção de 51 e legislações internas), como também, quanto a alguns aspectos, parte do *jus cogens* e costume internacional, tamanha a importância que representa na comunidade internacional. Nesse ínterim, a doutrina defende o princípio do *non-refoulement*, no que tange à impossibilidade de o refugiado ser devolvido ao país no qual foi vítima de perseguições e violações de direitos humanos como parte do *jus cogens*.⁴⁷

O princípio do *non-refoulement* está consubstanciado no art. 33 da Convenção de 51:

⁴¹ Art. 12 da Lei nº 9.474.

⁴² DEL’OMO, F. de S. Curso de Direito Internacional Público. 2006, p. 217. *Vide* ainda BARRETO, L. P. F. T. **Das diferenças entre os institutos jurídicos do asilo e do refúgio**. Disponível em: <www.migrante.org.br/Asilo%20e%20Refugio%20diferencas.doc>.

⁴³ *Vide* HAYDU, M. O envolvimento do Brasil com a problemática dos refugiados: um breve histórico. **Revista Ponto-e-Vírgula**, p. 183-200, 2009/2.

⁴⁴ Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴⁵ *Vide* MORAES, T. G. A. de. O papel do Judiciário na proteção dos refugiados. **Revista da Faculdade de Direito**: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2014, p. 164-181.

⁴⁶ Exemplo do conhecido caso Battisti. *Vide*, entre outros, CAPUTO BASTOS, C. E. e GARCIA, M. Judiciário pode rever decisão que deu refúgio a Battisti. *Revista Consultor Jurídico*. Conjur, 10/03/2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-10/judiciario-rever-decisao-ministerial-deu-refugio-battisti>>.

⁴⁷ PIOVESAN, F. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. *In*: ARAÚJO, N. de; ALMEIDA, G. A. (coords.) **O Direito Internacional dos Refugiados**: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 47. LUZ FILHO, J. F. S. **Non-refoulement**: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. *In*: ARAÚJO, N. de; ALMEIDA, G. A. de. (coords.) **O Direito Internacional dos Refugiados**: uma perspectiva brasileira. 2001. p. 207. ALLAIN, J. *The jus cogens nature of non-refoulement*. *Int J Refugee Law* 2001, p. 534.

Nenhum dos Estados contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude de sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.

Na Lei nº 9.474 esse princípio se concretiza na impossibilidade de deportação, extradição e expulsão do refugiado. Quanto à expulsão, existe, tanto na Convenção de 51 (art. 32), quanto na legislação nacional, a impossibilidade desse instituto ao regularmente registrado. Registre-se que apenas recentemente o instituto da expulsão ganhou nova roupagem com a Lei de Migração – Lei 13.445/2017, havendo, na lei anterior, referência à segurança e ordem nacional, o que poderia configurar grave violação de direitos humanos.

Assim, é necessário conciliar o princípio do *non-refoulement*, reconhecido inclusive como parte do *jus cogens*, às hipóteses tratadas pela legislação nacional de saída compulsória do estrangeiro, chegando-se à única conclusão de que não pode ter aplicação o art. 36 da Lei nº 9.474, por violação aos Direitos Humanos, à Constituição e aos compromissos internacionais assumidos pelo país.⁴⁸ O referido dispositivo, inclusive, deve ter tido como revogado pela nova Lei de Migração que deu novo conteúdo ao instituto da expulsão.

Por fim, a Lei nº 9.474 apresenta ainda uma última restrição ao Direito dos Refugiados. Trata-se da perda em razão do exercício de atividades contrárias à segurança nacional ou à ordem pública, sujeitando os infratores às medidas compulsórias previstas na Lei nº 6.815 (art. 39, III e parágrafo único), revogada pela novel legislação migratória. Veja-se que não há a mesma restrição por parte da Convenção de 51 e tal consideração poderá implicar restrição indevida ao direito humano de refúgio, até porque deixa a critério do Conare a decisão quanto a essa perda da condição de refugiado. Assim, como não há mais referência na Lei de Migração à segurança nacional, também em relação ao refúgio essa limitação não pode prevalecer.

Todas essas restrições identificadas ao direito de refúgio não se coadunam com a natureza jurídica estabelecida de Direito Humano, revelando, portanto que a saída do estrangeiro não pode se dar sem uma consideração mais ampla sobre o instituto do refúgio.⁴⁹ Qualquer restrição a um direito humano deve obrigatoriamente passar por um juízo de ponderação.⁵⁰ Deve-se aferir, segundo o princípio da proporcionalidade, se essa restrição é legítima. No que tange ao instituto do refúgio, qualquer restrição deve ter em conta sua natureza como parte dos direitos humanos e, portanto, não poderá ser pautada apenas por critérios de conveniência e discricionariedade da Administração.

⁴⁸ Vide LAUTERPACHT, S. E.; BETHLEHEM, D. The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion. In: UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). Global Consultations on International Protection/Second Track], 20 June 2001. Disponível em:<<http://www.refworld.org/docid/3b3702b15.html>>.

⁴⁹ Vide LUIZ FILHO, J. F. S. **Non-refoulement**: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. In: ARAÚJO, N. de; ALMEIDA, G. A. de (Org.). **O Direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira**, 2001, p. 182-183.

⁵⁰ SARMENTO, D. **A ponderação de interesses na constituição federal**, 2003.

As restrições, como a cláusula de exclusão e as hipóteses de perda, devem ser mensuradas segundo esse juízo valorativo que é próprio dos princípios constitucionais fundamentais e também da proteção efetiva dos Direitos Humanos, revelando verdadeiro controle de convencionalidade.⁵¹ Deve-se ser aferido, caso a caso, os limites de diminuição do direito ao refúgio frente a outros valores também defendidos pelo Estado soberano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cláusula de exclusão, especialmente da forma como exposta na Lei nº 9.474 no que tange ao cometimento de crimes graves, hediondos, atos de terrorismos e tráfico de drogas não pode retirar a condição de refugiado estabelecida pelos Direitos Humanos. Parte-se da consideração dessa natureza jurídica ao instituto do refúgio.

Em um primeiro momento, porque a Lei nº 9.474 ampliou as hipóteses da cláusula de exclusão estabelecidas na Convenção de 51. Essa ampliação feita pelo legislador ordinário implica diretamente restrição desproporcional aos direitos humanos e à Constituição. O próprio rol dos crimes hediondos, como se verificou, sofre influências e pressões sociais que desestabilizam a segurança necessária que deve pautar a proteção ao refugiado. Além disso, o tráfico de drogas possui estrita ligação com a camada mais pobre da população: quer por ausência de alternativas econômicas (aliciamento das chamadas mulas, fogueteiros, etc.) quer por inserirem-se, como organização criminosa, dentro dos bairros e favelas pobres das cidades brasileiras⁵².

As discussões a respeito desses crimes merecem uma análise social do problema da criminalidade e não podem ser concebidas a partir de uma restrição, cada vez maior, a direitos fundamentais. O reconhecimento do refúgio não pode estar atrelado à repressão ao cometimento de crimes graves na sociedade. Por exemplo, aumentando o rol dos crimes hediondos, por decisões de políticas repressivas de combate à criminalidade, teríamos o efeito de menos reconhecimento de indivíduos com status de refugiados, o que não se equilibra com o próprio fundamento do instituto do refúgio, que busca, a partir da Declaração de Cartagena, ampliar as hipóteses de reconhecimento.

Além disso, o cometimento desses crimes da forma como estabelecida na Lei nº 9.474 não esclarece a necessidade de pertinência com os atos de violência que ensejaram o refúgio e considerações espaço-temporais do fato. Por exemplo, o fato do indivíduo posteriormente ao ingresso no Brasil cometer tráfico de drogas deve impedir o reconhecimento do refúgio? Se atentarmos a natureza declaratória do instituto, não pode haver esse impedimento.

⁵¹ *Vide*, por todos, MAZZUOLI, V.; MARINONI, L. G. **Controle de Convencionalidade**, 2013.

⁵² Relatório da Anistia Internacional revela a violação de direitos humanos nas comunidades socialmente excluídas do Brasil a pretexto do combate ao tráfico de drogas. Segundo informa, o tráfico de drogas se instalou nessas comunidades pobres, preenchendo um vazio deixado pelo Estado, com poucos ou até nenhum serviço público. Fonte: www.dhnet.org.br.

Não se trata de defender a ausência de punição ao indivíduo beneficiado com o refúgio que venha a cometer um crime no Estado concedente. A punição, entretanto, não poderá ser a retirada de Direito Humano reconhecida por sua condição de refugiado. Cumprirá as mesmas medidas para os nacionais do país concedente: penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, etc.

Por fim, concebendo o Direito dos Refugiados como Direito Humano universal este não poderá sofrer limitações legislativas que impliquem restrição e violações à proteção à pessoa. Essas restrições apenas se justificariam na premissa equivocada de que o reconhecimento do refúgio é ato de soberania e discricionário do Estado-nacional⁵³.

Admitindo-se a natureza de Direitos Humanos ao Direito dos Refugiados, a sua proteção não pode estar condicionada à atuação positiva do indivíduo na sociedade, pois o respeito aos direitos humanos tem aplicação universal e incondicional. Tampouco poderá depender de decisões político-administrativas do Estado concedente do refúgio, ou considerações da perda como na possibilidade de expulsar a pessoa protegida pelo direito do refúgio.

REFERÊNCIAS

ACNUR Brasil. **Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados**, 2004.

AGUIAR, R. Lei 9.474/97: cláusulas de inclusão e exclusão. *In*: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, G. A. de. (coords.) **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.211-32.

ALLAIN, J. *The jus cogens nature of non-refoulement*. *Int J Refugee Law* (2001) 13 (4): 533-558. Oxford University Press, 2001.

ALMEIDA, G. A. de. A Lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. *In*: ARAÚJO, N. de; ALMEIDA, G. A. de. (coords.) **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.155- 67.

ANDRADE, J. H. F. de e MARCOLINI, A. A política brasileira de proteção e de reassentamento de refugiados: breves comentários sobre suas principais características. *Rev. bras. polít. int.* 2002, vol.45, n.1, pp. 168-176. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000100008>. Acesso em:15 maio 2017.

⁵³ Ainda há resistência, como aponta PIOVESAN, dos Estados em conceber um instrumento internacional que estabeleça deveres de aceitar a idéia de permanência forçada do estrangeiro no território nacional. Essa resistência pode ser vislumbrada na dificuldade de aprovação da Convenção sobre Asilo Territorial de 1977, que ainda não obteve adesão dos países. PIOVESAN, F. _____. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. *In*: ARAÚJO, N. de; ALMEIDA, G. A. (coords.) **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 52-53.

AZEVEDO, T. P. de. **Direito internacional penal e a proteção dos direitos humanos**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2013.

BATISTA, V. de O. **União Européia: Livre circulação de pessoas e Direito de Asilo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BARRETO, L. P. F. T. **Das diferenças entre os institutos jurídicos do asilo e do refúgio**. Disponível em: <www.migrante.org.br/Asilo%20e%20Refugio%20diferencas.doc> Acesso em: 28 de mar. de 2017.

CAPUTO BASTOS, C. E. e GARCIA, M. Judiciário pode rever decisão que deu refúgio a Battisti. **Revista Consultor Jurídico**. Conjur, 10/03/2009. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2009-mar-10/judiciario-rever-decisao-ministerial-deu-refugio-battisti>>. Acesso em: 15 maio 2017.

CASELLA, P. B. **Refugiados: conceito e extensão**. In: ARAÚJO, N. de; ALMEIDA, G. A. (coords.) **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.17-26.

DEL'OMO, F. de S. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

GEDIEL, J. A. **Refúgio e hospitalidade**. Curitiba: Kairós, 2016.

GOMES, L. F. **Estupro e atentado violento ao pudor simples são crimes hediondos?** In: www.ibccrim.com.br. Acesso em: 10 maio 2017.

_____. Mídia e Direito Penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2040, 31 jan. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12274>>. Acesso em: 10 maio 2017.

HAYDU, M. O envolvimento do Brasil com a problemática dos refugiados: um breve histórico. **Revista Ponto-e-Vírgula**, nº 6, PUC-São Paulo, p. 183-200, 2009/2.

JAEGER, G. *On the History of the International Protection of Refugees*. **International Review of the Red Cross**, vol. 83, no. 843. Setembro 2001. Disponível em: https://www.icrc.org/ara/assets/files/other/727_738_jaeger.pdf. Acesso em 10 maio 2017.

JO, H. M. **Introdução ao Direito Internacional**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

JUBILUT, L. L. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

_____. O procedimento de Concessão de Refúgio no Brasil. Disponível em: <www.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?> Acesso em: 20 de mar. de 2017.

LAUTERPACHT, S. E.; BETHLEHEM, D. *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*. In: **UN High Commissioner for Refugees (UNHCR)**. Global Consultations on International Protection/Second Track], 20 June 2001. Disponível em <http://www.refworld.org/docid/3b3702b15.html>. Acesso em 10 maio 2017.

LEÃO, R. Z. R. A temática do Refúgio no Brasil após a Criação do Conare. In: MILESI, Rosita. (org.) **Refugiados: Realidade e Perspectivas**. São Paulo: Loyola/IMDG/CSEM, 2003. p. 173-96.

LUZ FILHO, J. F. S. *Non-refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado*. In: ARAÚJO, N. de; ALMEIDA, G. A. de. (coords.) **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 177-210.

MARCOLINI, A. As perspectivas para os Refugiados no Século XXI. In: MILESE, Rosita. (org.) **Refugiados: Realidade e Perspectivas**. São Paulo: Loyola/IMDG/CSEM, 2003. p. 197-210.

MAZZUOLI, V.; MARINONI, L. G. **Controle de Convencionalidade**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MORAES, A. R. A. de. **A terceira velocidade do direito penal: o “direito penal do inimigo”**. 2006. Dissertação (Mestrado).

MORAES, T. G. A. de. O papel do Judiciário na proteção dos refugiados. **Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Volume Especial – Jan. 2014.**. – Porto Alegre: Faculdade de Direito/UFRGS, 2014, p. 164-181.

PONTE NETO, C. F. da. Reassentamento de Refugiados no Brasil. In: MILESI, R. (org.) **Refugiados: Realidade e Perspectivas**. São Paulo: Loyola/IMDG/CSEM, 2003. p. 155-71.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. Saraiva: São Paulo, 2006.

_____. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. Saraiva: São Paulo, 2007.

_____. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, N. de; ALMEIDA, G. A. (coords.) **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.27-64.

PITA, A. C. Direitos Humanos e Asilo. In: MILESE, R. (org.) **Refugiados: Realidade e Perspectivas**. São Paulo: Loyola/IMDG/CSEM, 2003, p. 85-98.

RAMOS, A. de C. **Curso de Direitos Humanos**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

- RESEK, F. **Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ROUSSEAU, J. J. (Trad. Rolando Roque da Silva). **Do contrato social**. VirtualBooks. Formato: e-book/rb, ed. eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 2002.
- ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SARMENTO, D. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- SOARES, G. **Direitos Humanos, Direitos dos Refugiados e Direito Humanitário**. Disponível em: <<http://www.leonildocorrea.adv.br/corso/guido1.htm>> Acesso em: 28 de mar. de 2017.
- TRINDADADE, A. A. C. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. 2ª Ed. Brasília: Ed: Universidade de Brasília, 2000.
- _____. *Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la conciencia Jurídica Universa*. In: TRINDADÉ, A. A. C. e SANTIAGO, J. R. de. **La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI**. 2. Ed. San José, C.R.: Impresora Gossestra Internacional, 2002, p. 21-81.
- TOURINHO FILHO, F. da C. **Processo Penal**, v. 3. Saraiva, 2014.

II - SEÇÕES DA REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA E ACESSO À JUSTIÇA

Public Defender's Office and Access to Justice

A LÓGICA FORMAL E A LÓGICA MATERIAL OU DIALÉTICA COMO PERSPECTIVAS EPISTEMOLÓGICAS JURÍDICAS APLICÁVEIS À DEFENSORIA PÚBLICA

*THE FORMAL LOGIC AND THE MATERIAL OR DIALECTICAL LOGIC AS JURIDICAL
EPISTEMOLOGICAL PERSPECTIVES APPLICABLE TO THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE*

Antonio Ezequiel Inácio Barbosa

*Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza
Defensor Público Federal, DPU/DF*

antonioezequiel@gmail.com

[...] Olhar no olho, tratar o materialmente despido de proteção como cidadão, levantar a sua autoestima, apresentar-lhe os direitos e a maneira de “tirá-los do papel”, dando voz a quem historicamente não a tem, é um dos meios de acesso à Justiça, incumbidos à Defensoria Pública; e, por consequência, há um papel transformador ainda subutilizado: se o Estado se preocupa com o necessitado por meio da Defensoria, este vai respeitá-lo [...]¹

RESUMO

O tema do presente trabalho é a utilização da lógica, nas suas concepções formal e material ou dialética, como perspectivas epistemológicas jurídicas no âmbito da Defensoria Pública. São tratadas, portanto, as concepções básicas dessas duas modalidades lógicas e suas possibilidades de aplicação no campo do estudo sobre o conhecimento jurídico. Nessa esteira, por meio do método de abordagem da investigação analítico-conceitual, fundamentado em pesquisa teórico-conceitual, é examinado em que medida o esforço metodológico para reconhecer as notas essenciais do Direito, bem como para a sua realização prática, envolve, o recurso à lógica como instrumento para atingir a coerência dos argumentos e a consistência das teorias. Não apenas a lógica das formas, cujo apego exclusivo ou excessivo pode resultar na redução do Direito tão somente a um sistema igualmente formal, artificialmente desvinculado de sua carga axiológica, mas, também, a lógica material ou dialética, possibilitadora da análise da adequação das teorias à realidade, de modo a abranger, além da norma, as dimensões do fato e do valor.

Palavras-chave: Epistemologia jurídica. Lógica formal. Lógica material ou dialética. Defensoria Pública.

¹ ROCHA, A. S. Defensoria Pública e transformação social. **Revista Pensar**, 2005, p. 1-5.

ABSTRACT

The theme of the present work is the use of logic, in its formal and material or dialectical conceptions, as juridical epistemological perspectives within the scope of the Public Defender's Office. Therefore, are treated the basic concepts of these two logical modalities and their possibilities of application in the field of study of legal knowledge. In this way, through the method of analytic-conceptual research approach, based on theoretical-conceptual research, it is examined to what extent the methodological effort to recognize the essential notes of the Law, as well as for its practical realization, involves the resource logic as an instrument to achieve the coherence of arguments and the consistency of theories. Not only the logic of forms, whose exclusive or excessive attachment can result in the reduction of law only to an equally formal system, artificially disconnected from its axiological charge, but also the material or dialectical logic, which enables the analysis of the adequacy of theories to reality, so as to encompass, beyond the norm, the dimensions of fact and value.

Keywords: Legal epistemology. Formal logic. Material or dialectical logic. Public Defender's Office.

Dara de submissão: 10/02/2018

Data de aceitação: 10/09/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. RELEVÂNCIA DA LÓGICA FORMAL E SUA INSUFICIÊNCIA COMO PERSPECTIVA EPISTEMOLÓGICA JURÍDICA. 1.1. O problema da correção dos argumentos. 2. NOTAS SOBRE A DIALÉTICA DA COMPLEMENTARIDADE. 3. APORTES EPISTEMOLÓGICOS DA LÓGICA MATERIAL OU DIALÉTICA. CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é a utilização da lógica, nas suas concepções formal e material ou dialética, como perspectivas epistemológicas jurídicas aplicáveis à Defensoria Pública. São abordadas, portanto, as concepções básicas dessas duas modalidades lógicas e suas possibilidades de aplicação nos campos do estudo sobre o conhecimento jurídico e do desempenho das funções dessa Instituição de Estado².

² A Constituição da República de 1988, em seu artigo 134, *caput*, estabelece que “A Defensoria Pú-

Há um certo dissenso conceitual sobre o significado, a abrangência e os propósitos da epistemologia. Não obstante, para o escopo acima apresentado, é suficiente a compreensão de que a epistemologia tem por objeto o conhecimento humano e destina-se a estudar “de maneira crítica os princípios, as hipóteses gerais, as conclusões das várias ciências para delas apreciar o valor e o alcance objetivo”³. Assim, em certo sentido, constitui teoria sobre teorias; cuida do estudo sobre o estudo e se caracteriza, em si mesma, como uma função metacientífica⁴.

Aplicada ao estudo do conhecimento do Direito, a epistemologia – adjetivada pelo qualificativo jurídica – “é estudo voltado não propriamente para o objeto ‘direito’, mas para a ciência que o estuda. Trata-se de uma teoria geral do saber jurídico”⁵. Cuida-se, pois, de um esforço metodológico para compreender o que é o Direito.

Como não poderia ser diferente, o Direito segue a regra segundo a qual “as coisas apresentam-se como essência (razão de ser) e como existência (modo de ser)”⁶. Por isso, a epistemologia jurídica envolve o empenho para reconhecer aquilo que constitui a essência do Direito, de modo a identificar as suas características substanciais e a distingui-las das propriedades que, acidentalmente incorporadas a ele, determinam os seus modos de existência.

Os modos de emprego da lógica na epistemologia jurídica, conforme se demonstrará adiante, acarreta consequências decisivas para a identificação da essência do Direito. E essa identificação não tem propósito meramente especulativo, mas determina implicações de ordem prática para o modo de produção, interpretação e aplicação do Direito para a resolução de problemas concretos.

Afigura-se evidente que o esforço metodológico empreendido para reconhecer as notas essenciais do Direito envolve, necessariamente, o recurso à lógica, indispensável para atingir a coerência dos argumentos e a consistência das teorias. Não obstante, o apego exclusivo ou excessivo à lógica formal pode resultar na redução do Direito tão somente a um sistema igualmente formal, artificialmente desvinculado de sua carga axiológica. Daí a relevância de se investigar em que medida a atenção à lógica material ou dialética, responsável pela análise da adequação das teorias à realidade, pode ser útil, juntamente com a lógica clássica, à compreensão e à prática do Direito no âmbito da Defensoria Pública.

Firme nesse propósito, o trabalho em tela foi desenvolvido mediante o instrumento me-

blica é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)”.

³ DUROZOI, G.; ROUSSEL, A. **Dicionário de filosofia**, 1993. p. 158.

⁴ GUILLÉN, G. V.. *Tratado de epistemología: fenomenología de la ciencia, la tecnología y la investigación social*. 2006. p. 233. [... se caracteriza, ensímisma, como una función metacientífica ...]. Tradução nossa.

⁵ COELHO, L. F. **Aulas de introdução ao direito**, 2004, p. 49.

⁶ VASCONCELOS, A.. **Teoria da norma jurídica**, 2016, p. 56.

metodológico da pesquisa bibliográfica, com consultas a livros e artigos científicos. No primeiro tópico, são apresentadas noções elementares acerca da lógica formal, com exemplos de compreensões do Direito que ela proporciona, e a explicitação de sua insuficiência para alcançar a carga deontológica inerente ao fenômeno jurídico. No segundo, é explicitada a compreensão adotada no presente trabalho acerca da dialética, alinhando-a com a noção de complementaridade, ou seja, com a possibilidade de superação de contrariedades, mas não com a pretensão de promover processos de identificação de contraditórios. No terceiro, são expostos contornos gerais acerca da lógica material ou dialética, com enfoque em contributos epistemológicos que essa modalidade lógica pode proporcionar à compreensão do Direito.

1. RELEVÂNCIA DA LÓGICA FORMAL E SUA INSUFICIÊNCIA COMO PERSPECTIVA EPISTEMOLÓGICA JURÍDICA

Em linhas gerais, “o estudo da lógica é o estudo dos métodos e princípios usados para distinguir o raciocínio correto do incorreto”⁷. De modo mais específico, a lógica formal (também chamada de lógica menor) pode ser compreendida como o exame abstrato do pensamento para verificar a validade ou invalidade dos argumentos utilizados, mediante a análise de suas proposições, independentemente do conteúdo tratado.

Assim, “a lógica formal estabelece as condições de coerência do pensamento consigo mesmo”⁸ e, como a própria nomenclatura indica, “trata das formas dos argumentos válidos, ou seja, dos modos legítimos de chegar a conclusões a partir de um conjunto de premissas”⁹.

Mas, o que é um argumento? De acordo com o **Dicionário de Filosofia** de José Ferrater Mora, argumento é o “raciocínio mediante o qual se tenta provar ou refutar uma tese, convencendo alguém da verdade ou falsidade desta última”¹⁰.

Os argumentos têm uma estrutura composta de proposições declarativas, dispostas de tal modo que uma delas decorra das outras, por meio de um processo de inferência. São chamadas de **premissas** as proposições apresentadas como provas ou razões para a aceitação de uma outra proposição, chamada de **conclusão**. A inferência é a relação que se estabelece entre as premissas e a conclusão. Confira-se o seguinte exemplo elementar de argumento:

$$\begin{array}{l} \text{Toda teoria é hipótese} \\ \text{Toda ciência é teoria} \\ \hline \therefore \text{Logo, toda ciência é hipótese} \end{array}$$

⁷ COPI, I. M. **Introdução à lógica**, 1978, p. 19.

⁸ JOLIVET, R. **Tratado de filosofia**: tomo I – lógica-cosmologia, 1969, p. 57.

⁹ MACHADO, N. J.; CUNHA, M. O. **Lógica e linguagem cotidiana**: verdade, coerência, comunicação, argumentação, 2008, p. 31.

¹⁰ MORA, J. F. **Dicionário de filosofia**. t. I., 2004, p. 177.

Nesse singelo modelo, em que o argumento tem a forma de um silogismo categórico de forma típica, as duas primeiras proposições são as premissas e a última delas é a conclusão. A proposição “toda teoria é hipótese” é a premissa maior (P), a proposição “toda ciência é teoria” é a premissa menor (p) e a proposição “toda ciência é hipótese” é a conclusão (c), derivada das premissas por meio de uma inferência dedutiva.

Não é tarefa da lógica formal perquirir sobre o acerto ou desacerto das premissas, pois “a verdade das asserções que comparecem em um argumento é fixada por especialistas nos assuntos de que trata o argumento”¹¹. Assim, a confirmação ou a refutação da assertiva segundo a qual “toda ciência é teoria” será de incumbência do epistemólogo e não do lógico. Ao estudioso da lógica formal caberá somente tratar das relações que se estabelecem entre as premissas e a conclusão postas nos argumentos.

Dessarte, a lógica formal é útil para verificar a **validade** dos argumentos, mediante a análise de sua estrutura. Essa verificação depende da compreensão, ao menos parcial, de significados integrantes de uma nomenclatura própria. Em se tratando de um silogismo categórico de forma típica, como ensina Irving Copi¹², tem-se que:

A conclusão de um silogismo categórico de forma típica é uma proposição categórica de forma típica que contém dois dos três termos do silogismo. O termo predicado da conclusão é denominado o termo **maior** do silogismo, e o termo sujeito da conclusão tem o nome de termo **menor** do silogismo. [...]

O terceiro termo do silogismo, o qual não aparece na conclusão, mas, em compensação, aparece em ambas as premissas, é chamado de termo médio. [...]

Os termos maior e menor de um silogismo de forma típica aparecem em premissas diferentes. A premissa que contém o termo maior é chamada a premissa maior e a que contém o termo menor recebe o nome de premissa menor. [...]

Podemos agora enunciar a característica definidora de um silogismo de forma típica. Consiste em que a premissa maior é formulada primeiro, a premissa menor em segundo lugar e, por último, a conclusão. Convém enfatizar que a premissa maior não é definida em função da posição que ocupa mas, outrossim, como a premissa que contém o termo maior (que, por definição, é o termo predicado da conclusão). Tampouco a premissa menor se define pela sua posição, mas sim como aquela que contém o termo menor (o qual é definido como o termo sujeito da conclusão).

No exemplo acima, o predicado da conclusão é a palavra “hipótese”, portanto, esse é o

¹¹ HEGENBERG, L. **Lógica** – o cálculo sentencial – cálculo dos predicados e cálculo com igualdade, 2012, p. 9.

¹² COPI, I. M. **Introdução à lógica**, 1978, p. 167-168.

termo **maior** do silogismo. Já o sujeito da conclusão é o vocábulo “ciência”, assim, esse é o termo **menor**. Já a palavra “teoria”, que aparece nas duas premissas e não consta da conclusão, é o termo **médio**. Vê-se, pois, que o argumento em questão apresenta, corretamente, uma estrutura possível de um silogismo categórico de forma típica.

De acordo com Copi, faz parte da convenção da lógica formal a abreviação do termo maior pela letra P, do termo menor pela letra S e do termo médio pela letra M. Bem assim, os argumentos silogísticos válidos podem ser representados por quatro diferentes figuras, que variam de acordo com a posição ocupada pelo seu termo médio – “o termo médio pode ser o termo sujeito da premissa maior e o termo predicado da premissa menor, ou pode ser o predicado em ambas as premissas, ou pode ser o sujeito de ambas, ou pode ser o predicado da maior e o sujeito da menor”¹³. Confira-se:

M – P	P – M	M – P	P – M
<u>S – M</u>	<u>S – M</u>	<u>M – S</u>	<u>M – S</u>
∴ S – P	∴ S – P	∴ S – P	∴ S – P
<i>Primeira Figura</i>	<i>Segunda Figura</i>	<i>Terceira Figura</i>	<i>Quarta Figura</i>

Fonte: COPI, 1978, p. 169.

Assim, prosseguindo na análise da validade do argumento exemplificativo em questão, tem-se que ele pode ser representado pela primeira das figuras válidas acima reproduzidas, do seguinte modo:

$$\begin{array}{r}
 M \text{ (teoria)} - P \text{ (hipótese)} \\
 \hline
 S \text{ (ciência)} - M \text{ (teoria)} \\
 \hline
 \therefore S \text{ (ciência)} - P \text{ (hipótese)}
 \end{array}$$

Essa representação do silogismo por meio de figuras é útil porque, como registra Copi, “a forma de um silogismo é, sob o ângulo da lógica, o seu mais importante aspecto. A validade ou invalidade de um silogismo depende exclusivamente da sua forma e é completamente independente do seu conteúdo ou tema específicos”¹⁴. E todo silogismo que possa ser retratado da forma acima colocada é um argumento formalmente válido. Portanto, o exemplo em questão constitui um argumento válido.

O exemplo utilizado, bastante simples, tem por fim apenas a exposição de um modo de checagem da validade de um argumento. Apresentado, pois, esse modo operacional, é útil a análise de um argumento um tanto mais sofisticado, construído a partir de um modo de compreender a essência do Direito. Esse argumento será extraído da afirmação feita por

¹³ COPI, I. M. **Introdução à lógica**, 1978, p. 169.

¹⁴ COPI, I. M. **Introdução à lógica**, 1978, p. 170.

Hans Kelsen¹⁵ no prefácio da segunda edição de seu livro **Teoria Pura do Direito**: “O problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica”.

Expressada na forma de um argumento silogístico categórico de forma típica, esse modo de compreender o Direito pode ser assim colocado:

$$\begin{array}{l} \text{Todo problema valorativo é exterior ao Direito} \\ \text{A justiça é um problema valorativo} \\ \hline \therefore \text{Logo, a justiça é exterior ao Direito} \end{array}$$

Nesse segundo exemplo, o termo maior (P) é a expressão “exterior ao Direito”, que é o predicado da conclusão. O termo menor (S), sujeito da conclusão, é a palavra “Justiça”. E o termo médio (M) é a expressão “problema valorativo”. Graficamente, tem-se o seguinte:

$$\begin{array}{l} \text{M (problema valorativo) - P (exterior ao Direito)} \\ \text{S (Justiça) - M (problema valorativo)} \\ \hline \therefore \text{S (Justiça) - P (exterior ao Direito)} \end{array}$$

É oportuno, ainda, o exame de uma outra concepção semelhante sobre o Direito. Cuida-se da afirmação feita por Herbert Hart, no posfácio de sua obra *O Conceito de Direito*, ao discorrer sobre a natureza de sua teoria jurídica: “o meu relato é descritivo, na medida em que é moralmente neutro e não tem propósitos de justificação”¹⁶. Na forma de um argumento silogístico, esse pensamento pode ser assim espelhado:

$$\begin{array}{l} \text{A concepção de Herbert Hart é descritiva e moralmente neutra} \\ \text{A concepção de Herbert Hart é uma teoria jurídica} \\ \hline \therefore \text{Logo, alguma teoria jurídica é descritiva e moralmente neutra} \end{array}$$

Nesse terceiro exemplo, a expressão “descritiva e moralmente neutra” é o predicado da conclusão e, portanto, o termo maior (P). O sujeito da conclusão é a expressão “teoria jurídica”, que é o termo menor (S). Já o termo médio (M) é a expressão “concepção de Herbert Hart”. A representação gráfica desse argumento, então, é dada pela seguinte figura:

$$\begin{array}{l} \text{M (concepção de Hebert Hart) - P (descritiva e moralmente neutra)} \\ \text{M (concepção de Hebert Hart) - S (teoria jurídica)} \\ \hline \therefore \text{S (teoria jurídica) - P (descritiva e moralmente neutra)} \end{array}$$

¹⁵ KELSEN, H. **Teoria pura do direito**, 1998, p. XVIII.

¹⁶ HART, H. L. A. **O conceito de direito**, 2007, p. 301.

Desse modo, tanto o argumento extraído do pensamento de Kelsen quanto o argumento construído a partir da compreensão de Hart, construídos mediante estruturas adequadas, são perfeitamente válidos sob o enquadramento da lógica formal.

Esse modo de compreender e praticar o Direito está diretamente ligado a um certo tipo de esforços empreendidos, a partir de dado momento histórico, para atribuir-lhe grau de cientificidade identificável, tanto quanto possível, com as ciências naturais. Sua origem remota está no bojo do processo de formação do Estado Moderno, em que se consolida o cerne do ideário iluminista: a interpretação do mundo e a fundamentação das ações humanas deslocam-se da esfera do divino para o campo da razão. E o modo de expressão da racionalidade – novo critério de certeza –, é o conhecimento científico, cujo método rigoroso, livre de influências subjetivas e centrada no objeto cognoscível, permitiria identificar a realidade, tal como ela se apresenta, e sobre ela agir.

Na empreitada destinada a alinhar o Direito a uma visão de mundo fundada na primazia da razão, característica da Modernidade, a lógica formal passou a desempenhar papel preponderante. E se, como registra Jair Soares Júnior, “o Direito, para ser concebido como ciência, deveria primar pela isenção completa do julgador, para que não se deixasse influenciar pelo objeto do julgamento, pelas condições pessoais das partes em litígio ou pelas circunstâncias sociais que porventura envolvessem o caso”¹⁷, a fórmula segura para se atingir esse mister era dada pela segurança dos silogismos clássicos: as induções e deduções.

E de fato, afigura-se inegável o valor da lógica formal como recurso epistemológico jurídico. Uma vez que as teorias jurídicas não podem ser submetidas a testes naturalísticos de causa e efeito, elas serão apresentadas, desenvolvidas e contestadas de modo fundamentalmente argumentativo. Assim, não é nada desprezível a utilidade de um instrumento que permite checar a validade dos argumentos utilizados para a construção do conhecimento e o exercício da prática jurídica, possibilitando o afastamento de falácias – aqui entendidas como “aqueles argumentos ou raciocínios que, embora incorretos, podem ser psicologicamente persuasivos”¹⁸ –, derivadas do erro ou do escamoteamento interesseiro ou ideológico.

Bem assim, parece bastante evidente a utilidade da lógica das formas para o exercício da prática jurídica forense. Na defesa penal, por exemplo, Caio Paiva assinala que as teses de mérito devem ser ordenadas em sequência diretamente proporcional aos benefícios que podem ensejar ao assistido. Assim, “se pode argumentar que o fato é atípico, essa tese deve preceder eventual alegação de prova insuficiente para a condenação. A narrativa das alegações finais da defesa deve sempre observar essa lógica”¹⁹. Em síntese, portanto, tem-se que o domínio dessa modalidade lógica é necessário, também, para possibilitar a eleição do encadeamento dos argumentos que seja mais proveitosa para a busca de solução para cada caso concreto em disputa.

¹⁷ SOARES JÚNIOR, J. **Segurança social e sustentabilidade**: crítica ao argumento econômico na aplicação dos direitos sociais, 2018. p. 62.

¹⁸ COPI, I. M. **Introdução à lógica**, 1978, p. 73.

¹⁹ PAIVA, C. C. **Prática penal para Defensoria Pública**, 2016, p. 268.

1.1. O problema da correção dos argumentos

Porém, mais do que checar se um argumento é válido, é necessário verificar se ele é, também, veraz. Afinal, como bem diferencia Cezar Mortari, para que seja preenchido o requisito da **validade** basta que se verifique a presença de “qualquer circunstância que torna suas premissas verdadeiras”; enquanto que, por outro lado, um argumento somente será **correto** “se for válido e, além disso, tiver premissas verdadeiras”²⁰. Daí porque, com relação aos exemplos apresentados mais acima, é de se indagar: podem ser considerados corretos os argumentos formulados a partir de Kelsen e de Hart? Será que o problema da Justiça é realmente exterior ao Direito? Será que pode subsistir uma teoria jurídica meramente descritiva e moralmente neutra?

A resposta para essas perguntas é a de que a lógica formal não se preocupa com isso. Para ser mais preciso, sob a abordagem da lógica das formas, essa pergunta sequer faz sentido. É que “verdade e falsidade podem ser predicados das proposições, nunca dos argumentos”²¹, além do que a veracidade ou falsidade das proposições é objeto de estudo dos ramos do conhecimento próprios do conteúdo ao qual se referem. Com relação aos argumentos, os atributos possíveis, do ponto de vista formal, são apenas a validade ou a invalidade.

É então a partir desse ponto que a lógica formal começa a manifestar sua insuficiência como recurso epistemológico para o Direito. É fora de dúvida que a validade dos argumentos é indispensável para a ciência e a prática jurídicas. Porém, como se trata de uma ciência normativa destinada a regular o **dever ser** da coexistência humana, em suas múltiplas interações, isso é pouco.

Especificamente no que diz respeito à Defensoria Pública, não se pode olvidar que a sua razão de existir é o ser humano em situação de vulnerabilidade, “cabendo-lhe, enquanto serviço público, adotar as providências jurídicas e políticas, extrajudiciais ou judiciais a conferir-lhe a dignidade necessária ao bem viver”²². Essa tão necessária e importante função é exposta ao risco de se apequenar quando a perspectiva epistemológica adotada é resumida aos critérios da lógica formal. Um dos principais modos de concretização desse risco é o condicionamento da prestação da assistência jurídica e mesmo a promoção dos direitos humanos de pessoas ou grupos vulneráveis ao cálculo da possibilidade de êxito na formulação de pretensões ao Poder Judiciário.

Afinal, exclusivamente de acordo com os ditames da lógica formal, é perfeitamente válido, por exemplo, o argumento de que uma determina pretensão individual ou coletiva não pode ser objeto da atuação da Defensoria Pública porque há precedentes que apontam para o insucesso de uma demanda jurisdicional. A solução formalmente lógica para casos assim, portanto, é a negativa da prestação da assistência jurídica, havendo

²⁰ MORTARI, C. A. **Introdução à lógica**, 2001, p. 19 e 21.

²¹ COPI, I. M. **Introdução à lógica**, 1978, p. 38.

²² ROCHA, A. S. da. **Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento**, 2013, p. 47.

inclusive fundamento legal expreso para tanto²³.

Evidentemente, em se tratando de situação corriqueira que reclama, necessariamente, a propositura de demanda jurisdicional, a análise da possibilidade de êxito, realizada com base no entendimento firmado pelos Tribunais – em especial pelas Cortes Superiores –, não pode ser excluída. Agir de modo diverso em um caso assim não ajudaria em nada a pessoa que busca a assistência da Defensoria Pública.

Porém, a atuação dessa Instituição defensoria não se resume à formulação de pleitos ao Poder Judiciário. A Constituição da República, em seu artigo 134, estabelece que incumbe à Defensoria Pública a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa em todos os graus, judicial e **extrajudicial**, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Bem assim, a Lei Complementar 80/1994, em seu artigo 4.º, inciso II, prevê que é função institucional da Defensoria Pública “promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos”.

Diante desse regramento constitucional e legal, a lógica das formas, conquanto válida para o prognóstico de sucesso em demandas jurisdicionais, não é o quanto basta para possibilitar à Defensoria Pública a negativa da assistência jurídica postulada em todo e qualquer caso. Para exemplificar, consideremos que a premissa segundo a qual todos são iguais perante a lei nem sempre é facilmente considerada nos esquemas argumentativos concretamente verificáveis na prática jurídica cotidiana. A complexidade e a diversidade das dinâmicas sociais brasileiras, por vezes, ensejam situações em que o caminho para a solução dos litígios e pacificação dos envolvidos não passa pelo processo jurisdicional.

Amélia Soares da Rocha, defensora pública no Estado do Ceará, aponta como exemplo uma esposa sofrida, mãe de dois filhos, que procura assistência jurídica em razão de brigas havidas em família. Se diante do caso, a Defensoria Pública obtém em juízo uma medida cautelar de separação de corpos, uma consequência comum desse tipo de atuação é a “saída traumática do cônjuge varão do lar ou, numa hipótese pior e infelizmente usual, aumento das agressões – algumas chegam a óbito – no interregno entre a ‘queixa’, a concessão da liminar e o seu cumprimento”²⁴. Restaria aí seguida a lógica clássica e proporcionado o acesso ao Poder Judiciário, mas não uma solução satisfatória para as pessoas envolvidas.

Em situações dessa natureza, em que a experiência mostra que o provimento jurisdicional tende a não ser a melhor resposta estatal, a Defensoria Pública é (ou deveria ser)

[...] capaz de, extrajudicialmente, solucionar a disputa entre as partes, encaminhando-as numa rede de cidadania a serviço psicológico

²³ De acordo com o artigo 44, inciso XX, o artigo 89, inciso XII, e o artigo 128, inciso XII, todos da Lei Complementar 80/1994, são prerrogativas dos membros da Defensoria Pública “deixar de patrocinar ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio, comunicando o fato ao Defensor Público-Geral, com as razões de seu proceder”.

²⁴ ROCHA, A. S. Defensoria Pública e transformação social. **Revista Pensar**, 2005, p. 1-5.

especializado, ou, simplesmente, facilitando o diálogo e, com isto, suprindo a ansiedade e evitando trauma de futuros cidadãos brasileiros (os dois filhos menores). Assim, em vez de engrossar as estatísticas policiais, esta família seria um agente multiplicador de uma nova perspectiva de vida digna. São muitos os exemplos da mesma natureza; e são estes que acabam por redundar em mudança de atitudes provocadoras da paz social.²⁵

Numa outra situação, no mês de janeiro de 2018, a Defensoria Pública da União foi procurada pela Associação dos Renais e Transplantados do Estado do Rio de Janeiro (Adreterj) para solicitar ajuda com vistas à regularização no fornecimento de um medicamento indispensável ao tratamento de hemodiálise de cerca de 11.000 (onze mil) pacientes daquela unidade da federação. Nesse caso, o problema foi resolvido mediante tratativas realizadas diretamente com autoridades vinculadas ao Poder Executivo, ao largo da lógica de invocação do Poder Judiciário, em especial, por meio da expedição de ofícios fundados no poder de requisição previsto na Lei Complementar 80/1994²⁶.

Em suma, naqueles casos que mais de perto dizem respeito a verdadeiros dramas humanos, as soluções possíveis abrangem, indistintamente, a dimensão axiológica, porquanto “são os valores que definem a própria condição humana, sendo o homem um ser de contradições que só podem se resolver dialeticamente. [...] Nessa esfera, nada pode a lógica das formas solucionar de modo satisfatório”²⁷.

Daí que o balizamento da decisão da Defensoria Pública sobre a possibilidade, ou não, da prestação de assistência jurídica, bem como sobre o modo como ela deve ser prestada, frequentemente deve ir além de um formal encadeamento lógico de premissas e conclusões. Em casos assim, para que se dê a atuação defensoria, é preciso um esforço para encontrar soluções práticas, mediante a promoção do acesso nem sempre ao Poder Judiciário (instituição), mas, à própria justiça (valor). O desafio é encontrar, num contexto de limitações humanas e materiais da Defensoria, respostas úteis ao cotidiano concreto das pessoas comuns, na dialeticidade que se vai fazendo possível em cada situação concreta. Daí a perspectiva epistemológica da lógica material ou dialética, a qual veremos a seguir.

2. NOTAS SOBRE A DIALÉTICA DA COMPLEMENTARIDADE

Impende, a esta altura, delimitar o significado atribuído à palavra dialética que importa ao presente trabalho. Isso é necessário porque se trata de um daqueles termos cujo sentido oscilou – e continua oscilando – de modo notável, variando de acordo com a época, o lugar, o contexto e o pensador a que se refere.

Essa falta de exatidão semântica é bem ilustrada pela seguinte citação de Raymond Ruyer

²⁵ ROCHA, A. S. Defensoria Pública e transformação social. **Revista Pensar**, 2005, p. 1-5.

²⁶ Processo de Assistência Jurídica (PAJ) n. 2018/016-00975 e Processo SEI n. 08175.000074/2018-93.

²⁷ VASCONCELOS, A. Notas dialéticas sobre direito e justiça. **Revista Pensar**, 2001, p. 33-46

feita por José Ferrater Mora em seu **Dicionário de Filosofia**²⁸:

[...] Raymond Ruyer observou que o termo ‘dialética’ não costuma (ou não costuma mais) designar nada muito preciso. Com efeito, muitas coisas diversas são – ou foram – denominadas “dialética”: incompatibilidade entre dois sistemas, oscilações na realidade etc. Denominaram-se “princípios dialéticos” quaisquer princípios: oposições, reações, negações de negações etc.

Em um contexto assim, tão propício a mal-entendidos, parece altamente recomendável que à utilização da palavra “dialética” siga-se a explicitação daquilo de que se está a falar, sem o que se torna um tanto difícil comunicar algo por meio deste vocábulo.

Pois bem, sem recorrer a digressões etimológicas, históricas e ideológicas que aqui não se afiguram indispensáveis, vai-se direto ao ponto para esclarecer que a dialética ora enfocada é a chamada dialética da complementaridade.

Tal como esclarece Miguel Reale, “o princípio de complementaridade é apresentado pelos matemáticos e físicos como sendo superador de ‘contradições aparentes’, visto não poder haver na realidade, tanto como no plano da lógica, conciliação de ‘contraditórios’”. Isso significa que a dialética da complementaridade não se presta à desconsideração do princípio da não contradição nem serve para promover a superação de fenômenos inconciliáveis num “processo de identidade”²⁹. Não se adota aqui, portanto, a lógica dialética nos moldes propostos pela concepção hegeliana.

À luz da complementaridade, a dialetização possível é a que se verifica entre coisas opostas, ou entre diferentes propriedades de uma mesma coisa, mas nunca entre a afirmação e a negação concomitante de uma mesma coisa ou de uma mesma propriedade da coisa.

É esse tipo de dialetização que se verifica na teoria tridimensional do Direito, em que “fato e valor atuam um sobre o outro, dessa tensão resultando a norma jurídica que supera a contrariedade”³⁰. É também o que ocorre na concepção de Arnaldo Vasconcelos no sentido de que “o Direito Natural, precisamente, antecipou-se no reconhecimento da dialeticidade intrínseca existente entre fato e valor, cujo sentido está expresso na afirmação de que o Direito é um dever-ser para ser justo”³¹. Colhe-se, pois, desses exemplos a oportunidade para enfatizar que a superação é de contrariedades e não de contradições e que os elementos tensionados não são dissolvidos em processo de síntese gerador de identificação, mas, mantêm a existência autônoma num contínuo fluxo de mútua implicação.

²⁸ MORA, J. F. **Dicionário de filosofia**, 2004, p. 718.

²⁹ REALE, M. **Experiência e cultura**, 2000, p 87 e 165.

³⁰ REALE, M. **Experiência e cultura**, 2000, p 189.

³¹ VASCONCELOS, A. **Direito, humanismo e democracia**, 2006, p. 51.

3. APORTES EPISTEMOLÓGICOS DA LÓGICA MATERIAL OU DIALÉTICA

Como foi dito na introdução, a epistemologia tem por objeto o conhecimento humano e envolve o estudo sobre o estudo, ou seja, trata-se de uma disciplina que abrange “os conceitos de conhecimento, evidência, razões para crer, justificação, probabilidade, o que se deve crer e quaisquer outros conceitos que só podem ser compreendidos por meio de um ou mais dos citados anteriormente”³². Também quando aplicada ao mundo jurídico, a epistemologia lida, necessariamente, com indagações tais como: de que modo é possível conhecer a realidade? Até que ponto esse conhecimento é possível? De que modo é possível estabelecer que uma determinada hipótese corresponde à verdade ou dela se aproxima?

Viu-se que a lógica formal, apesar de extremamente útil para aferir a validade abstrata dos argumentos utilizados no intuito de dar respostas a perguntas dessa natureza, não tem aptidão para, de maneira isolada, lidar com a investigação da verdade. É que, como afirma com propriedade Alaôr Caffé Alves “a verdade não é uma atividade puramente formal, mas sim de caráter empírico, que deve levar em conta o conteúdo indagado”³³. A lógica das formas afigura-se, pois, como instrumento indispensável para a apreensão de dados empíricos e sua tradução em signos mutuamente compartilhados, porém não tem aptidão para, por si mesma, verificar a correção dos argumentos e das teorias por eles engendradas.

No campo da epistemologia, a lógica que se propõe a verificar, tanto quanto possível, se as teorias apresentadas, mais do que válidas, podem ser consideradas verdadeiras é a lógica material ou dialética. Diz-se material porque não se reduz apenas ao exame da coerência das formas, mas trata também do conteúdo, da substância, da matéria examinada. Afirma-se dialética porque procura contemplar o dinamismo, as diferenças, os opostos, as “aparentes” contradições, a multiplicidade de perspectivas e possibilidades, tão próprias ao ser humano e às suas relações.

Curial, a propósito, a distinção apresentada por Henri Lefebvre³⁴:

A lógica formal, lógica da forma, é assim a lógica da abstração. Quando nosso pensamento, após essa redução provisória do conteúdo, retorna a ele para reaprendê-lo, então a lógica formal se revela insuficiente. É preciso substituí-la por uma lógica concreta, uma lógica do conteúdo, da qual a lógica formal é apenas um elemento, um esboço válido em seu plano formal, mas aproximativo e incompleto. Já que o conteúdo é feito da interação de elementos opostos, como o sujeito e o objeto, o exame de tais interações é chamado por definição de **dialética**; por conseguinte, a lógica concreta ou lógica do conteúdo será a **lógica dialética**.

Perceba-se, pois, que a admissão e valorização da lógica material ou dialética não significa o desprezo da lógica formal; cuida-se, isso sim, de ir além dela para considerar o conteúdo

³² FUMERTON, R. **Epistemologia**, 2014, edição digital.

³³ ALVES, A. C. **Lógica: pensamento formal e argumentação**, 2011, p. 139.

³⁴ LEFEBVRE, H. **Lógica formal / lógica dialética**, 1991, p. 83.

do de suas proposições na atividade de distinção do raciocínio correto do incorreto e de busca do horizonte da verdade. Vincula-se, portanto, a um paradigma epistemológico de complementaridade, firme no entendimento de que o conhecimento se nutre de concepções divergentes, sem as quais nenhum progresso aconteceria³⁵.

Diante dessa perspectiva oportunizada pela lógica material ou dialética, é chegada a hora de voltar a examinar a já mencionada afirmação de Kelsen de que “o problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica”³⁶.

Pois bem, sob o ângulo da lógica material ou dialética, é possível constatar que essa compreensão do Direito não encontra correspondência na realidade e, portanto, não pode ser considerada verdadeira. É que a exclusão da justiça, operada por essa teoria, decorre exatamente de ela ser entendida como um problema valorativo, o que significa dizer que a realidade jurídica não é integrada por valores. É de se ver, ademais, que a afirmação de uma teoria limitada à análise do Direito positivo excluiu, também, o fato da realidade jurídica. Sobrariam, então, apenas as normas positivadas, formal e abstratamente organizadas, “embalagem para qualquer produto”³⁷, como objeto de estudo do conhecimento jurídico.

Ocorre que o Direito não é uma estrutura puramente formal, desvinculada do que acontece concretamente na realidade. A sua composição é, também, necessariamente imbricada pelos valores do tempo e do lugar em que se manifesta o fenômeno jurídico, projetados sobre os fatos da vida cotidiana e por eles implicados. Daí o equívoco epistemológico da desconsideração do valor e do fato, em qualquer teoria jurídica. Nesse sentido, são curais as seguintes lições de Arnaldo Vasconcelos³⁸:

O fenômeno jurídico comporta um processo dialético, onde a norma não é mais do que a resultante da implicação-polaridade existente entre fato e valor. A medida do valor, que se atribui ao fato, transporta-se inteiramente para a norma.

A base da norma é o fato, sem dúvida, mas o fato axiologicamente dimensionado. Essa apreciação, que se dá quando do surgimento da norma, renova-se todas as vezes que ela é aplicada: os fatos e os valores originais são trazidos à compatibilização com os fatos e valores do momento presente. Esse processo evidencia o dinamismo do Direito e responde por sua vitalidade.

Todo preceito normativo decorre, pois, de avaliação e de opção, envolvendo julgamento de dupla ordem: a utilidade do fato para

³⁵ VASCONCELOS, A. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos, 2010, p. 143.

³⁶ KELSEN, H. **Teoria pura do direito**, 1998, p. XVIII.

³⁷ BARROSO, L. R. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do no Brasil, 2013, p. 120.

³⁸ VASCONCELOS, A. **Teoria da norma jurídica**, 2016, p. 21.

a manutenção e progresso da vida social e a necessidade de sua regulamentação jurídica, a fim de que harmoniosamente penetre no quadro do ordenamento jurídico. Só desse modo se preservarão os valores essenciais da ordem e da justiça, imprescindíveis à convivência que se pretende garantir e aperfeiçoar.

Mas, isso não é tudo. A desconsideração do **valor** da justiça, especificamente considerado, não passa pelo crivo da lógica material ou dialética porque retira do Direito o seu fundamento, que é dado pela **razão** de justiça. Com efeito, “só o entendimento do Direito como dever-ser para ser justo contempla e dignifica a condição do homem. Os exemplos históricos, antigos e recentes, mostram que, sob nenhum pretexto, a instância axiológica do Direito pode ser impunemente desprezada”³⁹.

De outro giro, convém voltar novamente a atenção para a afirmação de Herbert Hart no sentido de que seria o seu relato “descritivo, na medida em que é moralmente neutro e não tem propósitos de justificação”⁴⁰. A esse respeito, não se pode olvidar que a assertiva é lançada em uma obra que trata do conceito de Direito, por meio da qual o autor discorre sobre a sua teoria jurídica.

Sob o filtro da lógica material ou dialética, afigura-se impossível sustentar tanto um caráter meramente descritivo quanto uma feição neutra de qualquer teoria científica, notadamente de uma teoria de caráter normativo.

A uma, a simples descrição de um dado objeto não tem aptidão para se credenciar como uma teoria científica, uma vez que desta é legítimo esperar que seja prescritiva, ou seja, que tenha potencial criativo para interagir com a realidade posta, de modo a transformá-la. Ademais, a própria atribuição de sentido resultante da interação dialética entre o sujeito e o objeto estudado já carrega em si uma natureza instituinte. É de se perceber, portanto, que “todo conhecimento tem caráter constitutivo de seu objeto; ora, a ciência jurídica é conhecimento; logo, a ciência jurídica tem caráter construtivo do seu objeto”⁴¹.

A duas, afigura-se um tanta ingênua a crença de que a ciência, quer nas teorias que a compõem quer nos métodos que emprega, possa ser considerada imune às múltiplas disputas travadas no entorno social. Produto da concepção humana, para reger condutas e relações também humanas, uma teoria jurídica será sempre marcada pelas influências culturais de seu tempo e lugar, bem como, balizada pelos valores e escolhas de quem a elabora – é dizer: não está imune aos meandros da prática política real –. Daí a evidência de mais uma nota dialética: a teoria influencia a realidade, mas, também é influenciada por ela. Além disso, “a necessidade inafastável da mediação da teoria para escolha e estudo dos fatos, iluminando-os, afasta, desde o princípio, a neutralidade”⁴².

³⁹ VASCONCELOS, A. **Teoria da norma jurídica**. Florianópolis: Conceito, 2016, p. 113-114.

⁴⁰ HART, H. L. A. **O conceito de direito**, 2007, p. 301.

⁴¹ VASCONCELOS, A. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos, 2010, p. 209.

⁴² VASCONCELOS, A. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 210.

A utilização da lógica material ou dialética como recurso epistemológico, portanto, não significa apenas examinar uma série de proposições colocadas de acordo com uma estrutura pré-estabelecida. Para além disso, a atenção é centrada no grau de veracidade e correção do conteúdo afirmado nas teorias e nos argumentos delas extraídos, bem como nas consequências que pode produzir. Para a epistemologia jurídica, a lógica material ou dialética traduz-se em instrumento para combater a dogmatização positivista que propõe, com ares de pretensa científicidade, a identificação plena do Direito com a norma posta pelo poder estatal.

No que diz respeito ao desempenho das funções da Defensoria Pública, tem-se que o seu modo de compreender e praticar o Direito não deve ocorrer de modo divorciado da compreensão de que “a pobreza e a desigualdade não existem por acaso e combatê-las implica enfrentar forças objetivas e subjetivas”⁴³. O eventual desfoque do olhar pela venda do precedente, tão facilmente proporcionada pelas deduções e induções próprias da lógica clássica, deve ser evitado pelas lentes da lógica material ou dialética, que apontam para a ultrapassagem das barreiras das formas.

Não é raro que questões trazidas à Defensoria Pública não sejam propriamente jurídicas, mas, essencialmente políticas. Esse parece ser o caso, por exemplo, das cerca de 8,5 mil cartas manuscritas enviadas ao Núcleo de Categoria Especial da Defensoria Pública da União, recebidas entre os dias 4 de outubro de 2017 e 31 de janeiro de 2018, por pessoas que cumprem pena no sistema penitenciário do Estado de São Paulo, com o objetivo de reverter a postura restritiva que marcara a edição decreto presidencial de indulto editado no fim do ano de 2016⁴⁴. Efetivamente, a decisão discricionária do Presidente da República a respeito desse assunto não pertence ao âmbito jurisdicional, mas, às esferas de decisão política, que ainda são praticamente impermeáveis a uma atuação imediata por parte da Defensoria Pública. As providências adotadas nesse caso abrangeram o acionamento do Conselho Penitenciário do Estado respectivo, o fornecimento de resposta para cada carta recebida e o encaminhamento de cerca 2,3 mil dessas cartas à então Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal, com o propósito de dar-lhe conhecimento dos relatos e de que eles sejam considerados na política criminal adotada pela Suprema Corte⁴⁵.

Por outro lado, em situações outras, a própria estruturação da Defensoria Pública e sua efetividade parecem ser alvos das tais **forças objetivas e subjetivas**, como ocorreu por ocasião da aprovação da Emenda Constitucional 45/2004, que conferiu autonomia funcional e administrativa apenas às Defensorias Públicas dos Estados, deixando de lado a Defensoria Pública da União e a do Distrito Federal. “Essa incompreensível quebra de isonomia institucional, no entanto, não possuía o mínimo de fundamentação jurídica ou lógica”⁴⁶(ao menos sob o ponto de vista da lógica formal), mas somente veio a ser superada, depois de quase uma década, por meio da Emenda Constitucional 74/2013⁴⁷.

⁴³ ROCHA, A. S. da. **Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento**, 2013, p. 48.

⁴⁴ Decreto 8.940, de 22 de dezembro de 2016.

⁴⁵ CANÁRIO, P. Política Penal: presos explicam à Ministra Cármen Lúcia por que precisam do indulto natalino. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-09/presos-explicam-carmen-lucia-indulto-natalino>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

⁴⁶ ROGER, F. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2017, p. 82.

⁴⁷ Muito embora ainda esteja pendente de julgamento o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

A lógica formal, destinada a investigar a validade dos argumentos, constitui recurso indispensável para a epistemologia jurídica, uma vez que as teorias que compõem a ciência do Direito, não sujeitas à testabilidade causal, são formuladas, refutadas e aprimoradas de modo marcadamente argumentativo.

Não obstante, a busca de respostas adequadas e socialmente desejáveis no campo do conhecimento e da prática jurídica deve, necessariamente, envolver a dimensão axiológica, pois é no valor da justiça que repousa tanto o fundamento quanto a garantia de eficácia do Direito.

Daí que a sobrevalorização da lógica formal, no âmbito da epistemologia jurídica, descamba para o logicismo liberal-positivista, que propõe a redução do Direito a uma teoria eminentemente formal e com a pretensão de ser bastante em si mesma, condenada a tornar-se dogmática e anticientífica. A lógica material ou dialética, orientada por valores e inclinada para a compreensão da realidade jurídica em sua integralidade e dinamismo intrínseco, é um recurso epistemológico eficaz para evitar esse reducionismo.

No âmbito da Defensoria Pública, as previsões normativas que incentivam a atuação com vistas à resolução extrajudicial de conflitos, apontam para a necessidade de não jungir a atuação institucional aos limites da lógica das formas, de modo particular, da lógica dos precedentes. Tais normas, mais do que evitar o ajuizamento desnecessário de demandas, podem ser entendidas como um estímulo para que a Defensoria Pública possa tratar de questões que o Poder Judiciário não está preparado para resolver.

Lado outro, por vezes, mesmo o indeferimento do requerimento de assistência por ausência de viabilidade jurídica da pretensão (derivado do emprego da lógica formal), desde que realizado de modo fundamentado e devidamente esclarecido ao interessado, paradoxalmente, traduz-se na entrega de um tipo de assessoramento jurídico, embora não aquele inicialmente pretendido (e, portanto, de modo mais afeito à lógica material ou dialética). Dito de outro modo, o esclarecimento jurídico – leia-se: o fornecimento atomizado de um tipo de educação em direitos – acerca de uma situação é, em si mesmo, um modo de dar solução a uma expectativa do cidadão sobre o que pode ou não ser obtido por meio das instituições públicas que integram o sistema de justiça, ou seja, uma maneira de, para além da análise da norma, entregar ao cidadão um valor mediante a prática exercida pela Defensoria Pública.

dade 5.296/DF, proposta pela então Presidente da República contra a Emenda Constitucional 74/2013, cuja medida cautelar postulada foi indeferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na data de 18/05/2016.

REFERÊNCIAS

ALVES, A. C. **Lógica**: pensamento formal e argumentação. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BARROSO, L. R. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CANÁRIO, P. Política Penal: presos explicam à Ministra Cármen Lúcia por que precisam do indulto natalino. **Consultor Jurídico**. 9 de fevereiro de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-09/presos-explicam-carmen-lucia-indulto-natalino>>. Acesso em 09/02/2018.

COELHO, L. F. **Aulas de introdução ao direito**. Barueri: Manole, 2004.

COPI, I. M. **Introdução à lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

DUROZOI, G.; ROUSSEL, A. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Marina Appenzeller. Campinas: Papirus, 1993.

FUMERTON, R. **Epistemologia**. Tradução de Sofia Inês Albornoz. Petrópolis: Vozes, 2014, edição digital.

GUILLÉN, G. V. **Tratado de epistemología**: fenomenología de la ciencia, la tecnología y la investigación social. 2. ed. Bogotá: San Pablo, 2006.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

HEGENBERG, L. **Lógica – o cálculo sentencial – cálculo dos predicados e cálculo com igualdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

JOLIVET, R. **Tratado de filosofia**: tomo I – lógica-cosmologia. Tradução de Geraldo Pinheiro Machado. Rio de Janeiro: Agir, 1969.

LEFEBVRE, H. **Lógica formal / lógica dialética**. Tradução de Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, N. J.; CUNHA, M. O. **Lógica e linguagem cotidiana**: verdade, coerência, comunicação, argumentação. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

MORA, J. F. **Dicionário de filosofia**. t. I. Tradução de Maria Stela Gonçalves et al. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

- MORTARI, C. A. **Introdução à lógica**. São Paulo: UNESP, 2001.
- PAIVA, C. C. **Prática penal para Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- REALE, M. **Experiência e cultura**. Campinas: Bookseller, 2000.
- ROCHA, A. S. da. **Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento**. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. Defensoria Pública e transformação social. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 10, n. 10, p. 1-5, fev. 2005.
- ROGER, F. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 82.
- SOARES JÚNIOR, J. **Seguridade social e sustentabilidade: crítica ao argumento econômico na aplicação dos direitos sociais**. Curitiba: Alteridade, 2018.
- VASCONCELOS, A. **Teoria da norma jurídica**. Florianópolis: Conceito, 2016.
- _____. **Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. Notas dialéticas sobre direito e justiça. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 6, n. 6, p. 33-46, fev. 2001.

UMA LEITURA HABERMASIANA DO PAPEL DESEMPENHADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

*A HABERMASIAN VIEW OF ROLE PERFORMED BY PUBLIC DEFENDER FOR THE EFFECTIVENESS
OF DEMOCRATIC PRINCIPLE IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS*

Thiago Pires Oliveira

*Doutorando em Ciências -Mudança Social e Participação Política-,
Universidade de São Paulo (USP)
Advogado. Assessor da Defensoria Pública da União em Mogi das Cruzes/SP*

thiago.pires@dpu.def.br

RESUMO

O presente trabalho pretende estudar o papel da defensoria pública para a efetivação do princípio democrático no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, considerando o pensamento de Jürgen Habermas. Expõe-se o princípio democrático correlacionando-a com a soberania popular, bem como há uma reflexão sobre a teoria do discurso jurídico de Habermas. Em seguida, delinea-se a posição da defensoria pública no plano do direito interno e no sistema interamericano, inclusive mencionando a defensoria pública interamericana. Por fim, realiza-se um esforço de verificar a contribuição da defensoria no âmbito da relação de cooriginaridade entre os direitos humanos e a soberania popular.

Palavras-chave: Democracia. Defensoria Pública. Habermas. Sistema Interamericano.

ABSTRACT

The present article intends to study the role of the public defenders office to render the democratic principle in the Inter-American System of Human Rights effective, considering Jürgen Habermas's thought. The democratic principle is intertwined with the popular sovereignty, as well as there is reflection over the habermasian theory of legal discourse. Then, the position of the public defenders office is sketched not only in the Brazilian law, but also in the Inter-American system, including the inter-American public defender office. Finally, an effort has been made to verify the contribution of the public defenders office in the scope of the co-originality relation between human rights and popular sovereignty.

Keywords: Democracy. Public Defender. Habermas. Inter-American System.

Data de submissão: 10/12/2018

Data de aceitação: 16/07/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. CONCEITO DE PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E O PAPEL DESEMPENHADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A SUA EFETIVAÇÃO 2. CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DO DISCURSO JURÍDICO DE JÜRGEN HABERMAS PARA A ANÁLISE DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO 3. CONTEXTUALIZANDO A DEFENSORIA PÚBLICA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A RELAÇÃO DE COORIGINARIDADE ENTRE DIREITOS PROTEGIDOS PELO REFERIDO SISTEMA REGIONAL E A SOBERANIA POPULAR. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Os princípios são imediatamente finalísticos, pois estabelecem um determinado *télos*, o qual deve ser juridicamente relevante. Em relação ao princípio democrático, entende-se que o fim principiológico em questão estaria no alcance de formas mais avançadas de participação popular nos processos decisórios que transcendam à democracia indireta, a exemplo dos modelos “democracia participativa” e “democracia deliberativa”, por serem estes diferentes modelos, aqueles que possibilitam uma melhor representação das aspirações por uma ampliação da dimensão democrática no contexto social pós-moderno, superando projetos tradicionais atrelados à democracia representativa, os quais estariam esgotados¹.

A importância do princípio democrático contribui para “a legitimação do conteúdo das normas jurídicas” ao remeter “à própria vontade dos que são por elas governados”. Isto permite que sejam evitadas “controvérsias sobre a legitimação do direito que são incontornáveis quando se recorre a princípios suprapolíticos universais ou a valores políticos particulares”².

A democracia participativa é uma dimensão política caracterizada pelo exercício direto da soberania pelo povo através de instrumentos legislativos, administrativos e judiciais³. Contudo, merece menção o fato de que a evolução do princípio democrático não se esgota apenas na democracia participativa, mas engloba, ainda, democracia deliberativa, modelo que busca “determinar um conjunto amplo de procedimentos e condições para os cidadãos formarem juízos sobre questões políticas fundamentais, os quais tenham a seu favor a pretensão de legitimidade e de aceitabilidade racional”⁴.

Isto significa que a democracia deliberativa é um aprofundamento ainda maior da experiência democrática, posto que ela pretende não apenas assegurar uma “maior participação” dos indivíduos nas decisões, mas também ela propõe uma redefinição procedimental e de condições em que se dará essa participação. Assim, ganha destaque os “processos formais e informais de discussão e argumentação pública que antecedem o ato final da tomada de decisão”⁵, de modo que essa justificação racional permite o exercício das escolhas de interesse público de forma autônoma.

Logo, é possível haver participação e democracia participativa sem democracia deliberativa, mas a recíproca não seria viável, pois a deliberação pública implica, inexoravelmente, na

¹ SABSAY, D. A. *La problemática ambiental y del desarrollo sostenible en el marco de la democracia participativa*, *Revista de direito ambiental*, 2001, p. 43.

² SOUZA NETO, C. P. de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática, 2006, p. 7.

³ MOREIRA NETO, D. de F. **Direito da participação política**: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia, 1992, p. 159.

⁴ WERLE, D. L. Democracia deliberativa e os limites da razão pública. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. (orgs.). **Participação e deliberação**: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo, 2004, p. 137.

⁵ *Ibid.*, p. 137.

presença de elementos argumentativos no processo decisionístico dos cidadãos.

Esses modelos consolidam o princípio democrático não somente na condição de princípio fundamental do Estado de direito (*Hauptprinzip des Rechtsstaats*) conforme leciona Jürgen Habermas⁶, como também a vislumbra como uma expressão dos direitos fundamentais políticos (*Political Rights*) de acordo com Amartya Sen⁷.

1. CONCEITO DE PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E O PAPEL DESEMPENHADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A SUA EFETIVAÇÃO

O princípio democrático, também denominado de “princípio da participação popular”, ou “princípio da cooperação”, ou “princípio da participação comunitária”, ou “princípio da participação social”, “princípio da participação pública”, “princípio da participação democrática”, “princípio da transparência administrativa” ou simplesmente “princípio da participação”, possui diversos sentidos em face da vagueza e ambiguidade que são características da linguagem⁸.

Esta textura aberta da linguagem faz com que a interpretação jurídica possibilite ao aplicador do direito o afloramento de sua concepção de mundo, pois há muito que houve a superação do paradigma exegético segundo o qual o juiz seria a “boca que pronuncia as palavras da lei”⁹ conforme proverbial assertiva de Montesquieu.

Assim, a participação pode ser entendida de distintas formas a depender da pré-compreensão de quem a conceitua ou a aplica num processo hermenêutico. O conceito de participação popular tem sido objeto de estudo especialmente pelo Direito e pela Ciência Política, para os propósitos deste trabalho serão citados conceitos formulados por juristas.

Diogo Moreira Neto a conceitua a participação da seguinte forma: “Entendemos aqui, por participação política, a atuação formal e informalmente admitida, dos indivíduos e dos grupos sociais secundários, na ação juspolítica do Estado”¹⁰. Para esse autor, a natureza jurídica da participação popular seria a de “modo de exercício do poder”¹¹.

Para Sílvia Sette Whitaker Ferreira, a participação popular pode ser conceituada como: “o conjunto de atividades mediante as quais o cidadão influi tanto na escolha dos responsáveis

⁶ HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003. p. 213.

⁷ SEN, A. *Development as freedom*, 2000, p. 148.

⁸ ROSS, A. **Direito e justiça**, 2000, p. 164-165.

⁹ MONTESQUIEU, C. du S. de. **O Espírito das Leis**, 2000, p. 175.

¹⁰ MOREIRA NETO, D. de F. **Direito da participação política**: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia, 1992, p. 56.

¹¹ *Ibid.*, p. 57.

pelas decisões políticas, como no próprio processo que conduz às decisões políticas”¹². De acordo com essa mesma autora, haveria uma interligação entre a participação e a cidadania, a despeito de serem termos semanticamente distintos¹³.

Ambos os conceitos mencionados apresentam similitudes que os tornam válidos para um estudo jurídico, entretanto, neste trabalho, optou-se pelo conceito de Moreira Neto, pois ao não adotar uma fórmula descritiva, como foi o caso de Sílvia Sette Ferreira, o referido jurista apresenta um conceito que permite captar todas as nuances possíveis do fenômeno da participação aplicáveis a um determinado microsistema jurídico, *v.g.* o direito ambiental.

Em síntese, o princípio democrático pode ser entendido como a norma jurídica que viabiliza a participação formal e informal dos integrantes da sociedade na ação juspolítica do Estado¹⁴.

Entretanto deve ser esclarecido que o vocábulo “participação” denota diferentes concepções democráticas, pois a depender do teórico a participação pode se restringir somente ao direito de voto, ou a uma participação indireta, como ainda a uma participação mais ampla em decisões de áreas consideradas como de domínio da técnica, a exemplo do meio ambiente e do orçamento.

Ademais, o aperfeiçoamento da experiência democrática tem feito com que ganhe destaque a palavra “deliberação”, pois, de fato, na contemporaneidade, os modelos decisionísticos chegam a um determinado limite, fruto das tensões que se vislumbram na complexidade de uma sociedade em constante mutação e envolta em um pluralismo de interesses, valores e concepções morais crescente.

Nesse sentido, deve ser destacado o posicionamento de Leonardo Avritzer quando afirma que os arranjos deliberativos argumentativos “envolvem duas circularidades relacionadas não somente à oposição entre argumentação e decisão, mas relacionadas também a uma segunda tensão entre pluralismo cultural e experimentação administrativa”¹⁵, sendo que tais modelos canalizam novas formas de socialização da informação e de experimentação na esfera pública.

Visando delimitar de que modo se dá esses diferentes arranjos institucionais, adota-se o referencial habermasiano como linha de compreensão do princípio democrático, considerando a contribuição desse filósofo alemão para a idéia de uma democracia deliberativa na qual os próprios indivíduos exercem uma autonomia pública consistente na capacidade de serem, concomitantemente, coautores e destinatários das normas jurídicas produzidas, entre outros aspectos a serem expostos.

Nessa perspectiva, para que a presente abordagem não seja puramente teórica, afinal como

¹² FERREIRA, S. S. W. **Participação popular**: a cidadania ativa e a produção do direito, 1994, p. 1.

¹³ *Ibid.*, p. 1.

¹⁴ OLIVEIRA, T. P. **Conselho nacional do meio ambiente e democracia participativa**, 2016, p. 103.

¹⁵ AVRITZER, L. Teoria democrática e deliberação pública. **Lua nova**, 2000, p. 44-45.

afirma Norberto Bobbio, quando tratou da problemática da fundamentação dos direitos humanos, o cerne principal da questão contemporânea dos direitos humanos, ou seja, seu problema fundamental: “não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”¹⁶.

A Defensoria Pública é definida pelo art. 134 da Constituição Federal brasileira de 1988 como uma instituição permanente que desempenha função essencial à justiça, sendo, concomitantemente, manifestação e instrumento do regime democrático.

Essa definição é imprescindível para o exercício das atribuições conferidas no plano constitucional para a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Portanto, ao criar uma Defensoria Pública oficial, a Constituição Federal brasileira de 1988 possibilitou a institucionalização do direito fundamental à assistência jurídica gratuita para os vulneráveis socioeconomicamente, direito previsto no art. 5º, inc. LXXIV, do referido diploma constitucional.

Recordando a lição de Gomes Canotilho, segundo a qual: “os direitos fundamentais têm uma função democrática”¹⁷, infere-se que a própria Defensoria Pública na condição de instituição que tem como atribuição a promoção dos direitos humanos, logo, ela é em si mesma um dos alicerces do regime democrático de um país, o que se encontra expressamente previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A compreensão da Defensoria Pública à luz do princípio democrático, tal como concebido por Habermas, implica, primeiramente, em uma sucinta exposição sobre o pensamento do referido autor, para que seja retomada tala discussão aplicando-se à realidade da atuação institucional do órgão defensorial no sistema regional interamericano de direitos humanos.

2. CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS PARA A ANÁLISE DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

A expressão “discurso” é definida por Tércio Ferraz Júnior como uma “ação linguística dirigida a outrem, donde o seu caráter de discussão, em que alguém fala, alguém ouve e algo é dito”, e que “não se dirige apenas para outrem, mas apela ao seu entendimento, sendo considerada apenas aquela que pode ser entendida, isto é, ensinada e aprendida”¹⁸.

Importa ressaltar que, de acordo com Michel Miaille, todo discurso vai ter uma vocação hegemônica, ou seja, ele “tem vocação para «falar de tudo», para dar uma interpretação

¹⁶ BOBBIO, N. **A era dos direitos**, 1992, p. 24.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 1999. p. 284.

¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Direito, retórica e comunicação**, 1997, p. 57.

global da vida social”¹⁹. Em síntese, o discurso é uma técnica de poder que ao expor uma “interpretação global da vida social” irradia uma cosmovisão perante um grupo divulgando-a como uma panacéia. Daí percebe-se, nitidamente, seu caráter hegemônico.

Nesse contexto, o discurso jurídico, na condição de espécie do gênero “discurso”, busca servir de instrumento de redução da insegurança e instabilidade no âmbito das situações comunicativas sociais, visto que em virtude de seu caráter conflitivo, o discurso jurídico vai possibilitar a ocorrência de decisões que visarão findar os referidos litígios²⁰.

Todavia a vocação hegemônica do discurso não é a única perspectiva existente à essa ação linguística. Nesse sentido, destaca-se a abordagem de Jürgen Habermas que vislumbra no discurso uma oportunidade de construção do entendimento entre os indivíduos.

Contudo, é preciso esclarecer que a teoria do discurso de Habermas não é exclusivamente normativa ou, até mesmo jurídica, pois, como ensina Leonardo Avritzer: “A obra de Habermas pode ser entendida ou como uma obra de filosofia ou como uma obra de teoria social”²¹.

Portanto, toda leitura a ser feita neste trabalho é uma aplicação de formulações teóricas feitas no campo da filosofia e da própria teoria social que integram o pensamento habermasiano ao campo do direito que, na condição de ciência social aplicada, comporta tais aplicações. Logo, é preciso frisar que Habermas não produziu “ciência jurídica”, no sentido estrito da palavra, mas apenas teve o direito como objeto de uma de suas análises filosóficas ou sociológicas.

Jürgen Habermas (Düsseldorf, 1929-) é um dos pensadores alemães mais influentes da contemporaneidade, tendo relevantes obras nos domínios da filosofia, da sociologia, entre outras áreas do saber. Este autor estudou filosofia, história e psicologia nas Universidades de Göttingen (Alemanha), Zurique (Suíça) e Bonn (Alemanha). Nesta última universidade, Habermas obteve seu doutorado em filosofia quando defendeu no ano de 1954 a tese “O Absoluto e a História. Da ambiguidade no pensamento de Schelling” (*Das Absolute und die Geschichte. Von der Zwiespältigkeit in Schellings Denken*).

Entre 1956 a 1959, Habermas aprofundou seus estudos no Instituto de Pesquisa Social (*Institut für Sozialforschung*) em Frankfurt am Main (Alemanha) onde de se tornou assistente de pesquisa de Theodor Adorno e Max Horkheimer e pode desfrutar de um ambiente intelectual compartilhado com outros filósofos da Escola de Frankfurt como Herbert Marcuse e Erich Fromm.

Em 1961, sob a orientação de Wolfgang Abendroth, defendeu na Universidade de Marburgo (Alemanha) a tese de habilitação (*Habilitationsschrift*) “Mudança estrutural da esfera pública. Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa” (*Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen*

¹⁹ MIAILLE, M. **Uma introdução crítica ao Direito**, 1979, p. 30.

²⁰ FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Direito, retórica e comunicação**, 1997, p. 62.

²¹ AVRITZER, L. **A moralidade da democracia**: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática, 2000, p. 14.

Gesellschaft).

A partir do citado trabalho, Habermas se consolidou como um autor da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt, sendo que posteriormente ensinaria na Universidade de Frankfurt (Alemanha) até sua aposentadoria no ano de 1994. A referida obra permitiu a J. Habermas que delineasse temas que lhe acompanhariam em todo o seu trajeto intelectual: a teoria da democracia e o conceito de esfera pública (*öffentlichkeit*). Desde então, esse filósofo tem sido um prolífico autor, não parando de publicar obras em filosofia, teoria política, sociologia, antropologia filosófica, epistemologia, psicanálise e até bioética e religião.

Como uma importante aplicação ao direito, além das obras “Teoria da Ação Comunicativa”, “Verdade e Justificação”, “A constelação pós-nacional: ensaios políticos” e “Sobre a constituição da Europa: um ensaio”, Habermas trouxe importantes análises do fenômeno jurídico que passaram a ser aplicadas pelos estudiosos da teoria do direito com a publicação de “Facticidade e Validade. Contribuições para a Teoria do Discurso do Direito e do Estado Democrático de Direito” (*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*).

Nessa obra, Habermas estuda o direito sob a ótica da teoria do agir comunicativo, visto que tal teoria se ramificaria em diferentes universos discursivos e contextos argumentativos. Esse estudo pretende demonstrar que a teoria do agir comunicativo não seria “cega para a realidade das instituições”, tampouco “anárquica”, apesar de reconhecer que a liberdade comunicativa traz em seu âmago “certos germes anárquicos”²².

A edição publicada no Brasil da citada obra habermasiana se divide em dois volumes. O primeiro aborda o direito como um *medium* entre a facticidade e a validade; alguns conceitos de sociologia do direito, especialmente os trabalhos de Max Weber e Talcott Parsons; a análise da autonomia pública e da autonomia privada; a fundamentação dos direitos fundamentais pela teoria do discurso; os princípios do Estado de Direito; a problemática da indeterminação do direito e da racionalidade de jurisdição; além de discutir a jurisdição constitucional.

No segundo volume, Habermas trata do conceito normativo de política deliberativa, da regulamentação jurídica da circulação do poder em sociedades complexas sob a perspectiva sociológica, da abordagem unitária das teorias do direito e da sociedade sob a ótica procedimentalista do direito, além de expor três diferentes conceitos de patriotismo constitucional.

O ponto de partida para a compreensão da teoria habermasiana do discurso e sua aplicação ao discurso jurídico reside em outra teoria: a da ação comunicativa (*Theorie des kommunikativen Handelns*). Para a compreensão dessa teoria faz-se necessário expor alguns conceitos e distinções preliminares.

A primeira distinção a ser feita envolve os conceitos “ação estratégica” (*strategisches Handeln*) e “ação comunicativa” (*kommunikatives Handeln*). A ação estratégica se refere a um ato utilitarista executado por um agente que intervém na decisão de outrem visando

²² HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003. p. 10-11.

a realização dos seus próprios propósitos. Portanto, trata-se de um ato baseado em uma racionalidade ou razão instrumental²³.

Diferentemente é a ação comunicativa, expressão também traduzida como agir comunicativo, que é definida como um ato no qual “os agentes buscam se entender sobre uma situação de ação para, então, coordenar seus planos de ação e com eles suas ações em comum acordo”²⁴. Esse ato baseia-se em uma interação lingüística livre e consensual, ou seja, com uma livre expressão de informações pelo emissor da linguagem, sendo considerada como uma racionalidade ou razão comunicativa.

Tendo em vista que a teoria da ação comunicativa pretende explicar o fenômeno da integração social, como seria possível o estabelecimento de uma ordem social se o conceito de ação comunicativa remete a “um processo de discussão em que nada pode reivindicar validade inquestionável”? Afinal, o dissenso tende a gerar mais a fragmentação do que a coesão social. Luiz Repa explica que Habermas vai encontrar a solução para esse questionamento por meio das construções conceituais de mundo da vida e de sistema²⁵.

Portanto, a segunda distinção que deve ser apresentada envolve os conceitos de “mundo da vida” (*Lebenswelt*) e “sistema” (*System*). O mundo da vida constitui “o horizonte de processos de entendimento com que os implicados chegam a um acordo ou discutem sobre algo pertencente ao mundo objetivo, mundo social que compartilham, ou à realidade subjetiva de cada um”²⁶.

Dessa maneira, o mundo da vida seria caracterizado como um saber global intersubjetivamente compartilhado que propicia a constituição de espaço de comunicação envolvendo diversos autores, sendo formado, na perspectiva sociológica, por três componentes estruturais: cultura, as relações sociais e personalidade. Deve ser frisado que tal espaço deve estar pautado pela liberdade de manifestação das idéias e pela abertura para a formação do consenso.

Segundo Habermas, as sociedades modernas não são integradas somente por meio de valores, normas e processos de entendimento que caracterizam o *Lebenswelt*. O dinheiro e o poder estatal também funcionam como instrumentos de integração social ao formarem sistemas “que coordenam as ações de forma objetiva” prescindindo da consciência intencional ou comunicativa dos participantes envolvidos²⁷.

Dessa forma, pode ser constatado que, na perspectiva habermasiana, a palavra “sistema” se refere aos sistemas de ação nos quais se desenvolvem tarefas especializadas relativas à tradição cultural, à integração social e à educação²⁸. Este sistema formado principalmente

²³ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*, 1999, p. 122-123.

²⁴ Ibid., p. 124.

²⁵ REPA, L. S. Direito e teoria da ação comunicativa. In: NOBRE, M.; TERRA, R. (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas, 2008, p. 60-61.

²⁶ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*, 1999, p. 184.

²⁷ HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003, p. 61.

²⁸ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*, 1999, p. 208.

pelo dinheiro e o poder estatal tenta se apropriar do saber constituído pelo *Lebenswelt* promovendo, assim, a “colonização do mundo da vida”²⁹.

Para Repa, a colonização do mundo da vida seria um processo de monetarização e burocratização das relações sociais em geral que implica na adoção de uma racionalidade cognitivo-instrumental em detrimento de uma razão comunicativa, com a ação estratégica prevalecendo sobre a ação comunicativa³⁰.

Apresentados os quatro conceitos acima (“ação estratégica”, “ação comunicativa”, “mundo da vida”, “sistema”), passa-se à análise da teoria desse filósofo alemão. A teoria da ação comunicativa pode ser entendida como uma tentativa de fundamentação das ciências sociais por meio de uma teoria da linguagem³¹. Essa teoria gira em torno de três temas: a racionalidade comunicativa, o conceito de sociedade articulado em dois níveis (o “mundo da vida” e o “sistema”) e a concepção de modernidade³².

A racionalidade comunicativa é a “razão imanente ao uso da linguagem quando este uso se endereça ao entendimento”³³, ou seja, uma forma de argumentação racional voltada para a construção do consenso. Esta forma de racionalidade busca superar a razão cognitivo-instrumental, um desdobramento da razão prática.

Habermas, estudando Max Weber, constata que o direito passou por um processo de racionalização que implicou na concepção desse direito racional como “uma materialização de estruturas de consciência pós-tradicionais: o sistema jurídico é uma ordem da vida que obedece a formas de racionalidade prático-moral”³⁴.

Fruto desse processo de racionalização, o “direito moderno” possui três características: a positivação (na criação de suas normas); a legalidade (na aplicação de suas normas); e o formalismo (na organização das ações jurídicas). Essas três características estão vinculadas ao âmbito da ação estratégica³⁵.

Em contraposição ao paradigma do “direito moderno burguês”, orientado pela razão instrumental e que favorece a colonização do mundo da vida pelo sistema, Habermas propõe a adoção do paradigma comunicativo no processo de compreensão do direito. Dessa forma, o direito possibilitaria a integração social, ao servir como um *medium* entre o sistema e o mundo da vida, de acordo com a teoria da ação comunicativa.

Segundo Repa, a perspectiva habermasiana quanto aos impactos dessa proposta sofre uma nítida mudança entre a publicação de *Theorie des kommunikativen Handelns*, no início da

²⁹ Ibid., p. 502.

³⁰ REPA, L. S. Direito e teoria da ação comunicativa. In: NOBRE, M.; TERRA, R. (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas, 2008, p. 67.

³¹ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*, 1999, p. 9.

³² Ibid., p. 10.

³³ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*, 1999, p. 563.

³⁴ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*, 1999, p. 330.

³⁵ Ibid., p. 336-337.

década de 1980, e a publicação, no início da década de 1990, de *Faktizität und Geltung*³⁶.

Esta mudança consiste na idéia de que a primeira obra entendia o direito como uma instituição, portanto, influenciada pelas estruturas sistêmicas do dinheiro e do poder administrativo (estatal), sendo que o papel desempenhado pelos cidadãos em tal instituição era mínimo e não implicava em tomada efetiva de decisões.

Álvaro Souza Cruz também ressalta os aspectos que caracterizam essa primeira interpretação habermasiana do Direito ao entender que a teoria discursiva de Habermas surge, pois, com a pretensão desse autor alemão em ajustar definitivamente sua proposta à “filosofia da linguagem, de forma a enquadrar-se em uma linha de pensamento alternativa ao irracionalismo e suas objeções à razão como parâmetro para a civilização”³⁷.

Com a publicação da obra *Faktizität und Geltung*, Habermas passou a vislumbrar o direito como um instrumento de mediação em que os influxos do poder comunicativo atingem o centro do sistema político, ou seja, implicam em uma vinculação das decisões do poder administrativo³⁸.

Essa mudança retira o cidadão da condição de potencial vítima da colonização do mundo da vida e o eleva ao papel de coautor das normas jurídicas a que estará obrigado a obedecer. Todavia, isso somente é possível quando se analisa alguns aspectos da teoria discursiva do direito expostos por Habermas.

O papel ambivalente do cidadão que deixa de ser apenas um destinatário das normas jurídicas e passa a ser também um “coautor” é explicado por Habermas quando ele analisa os conceitos de autonomia pública e autonomia privada.

Na linha da teoria do discurso, Habermas interpreta o conceito de autonomia de uma forma que possibilita o reconhecimento de um “nexo interno entre direitos humanos e soberania do povo”³⁹, afinal, é a união desses dois elementos que permite a justificação do direito moderno, perspectiva que rompe com as concepções formuladas por Rousseau e Kant no século XVIII quanto a existência de uma concorrência entre direitos humanos e soberania popular⁴⁰.

A autonomia privada de um sujeito de direito seria entendida como “a liberdade negativa de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias recíprocas para uma posição de observação e de influência recíproca”⁴¹. Essa manifestação de liberdade conferida ao sujeito de direito estaria respaldada no princípio moral.

³⁶ REPA, L. S. Direito e teoria da ação comunicativa. In: NOBRE, M.; TERRA, R. (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas, 2008, p. 69.

³⁷ CRUZ, Á. R. de S. **Habermas e o direito brasileiro**, 2008, p. 132.

³⁸ REPA, L. S. Direito e teoria da ação comunicativa. In: NOBRE, M.; TERRA, R. (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas, 2008, p. 69.

³⁹ HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003, p. 155.

⁴⁰ Ibid., p. 128.

⁴¹ Ibid., p. 155.

Tendo em vista o entendimento habermasiano sobre a autonomia privada, cabe um esclarecimento sobre as obrigações “ilocucionárias”. De acordo com a teoria dos atos de fala, existiria o ato locucionário, ou seja, o simples ato de verbalizar uma frase, o ato ilocucionário, que consistiria na definição do ato executado por meio da fala, e o perlocucionário, que é o ato de provocar um efeito em outra pessoa através da frase expressada, influenciando os sentimentos ou pensamentos do destinatário da linguagem.

Portanto, sob a ótica de Habermas, a autonomia privada estimularia a ausência do cidadão na esfera pública discursiva, de modo que esse cidadão deixaria de participar nas decisões coletivas, por meio de uma fala que definisse seu propósito, e passaria à mera condição de expectador das decisões tomadas.

A autonomia privada é uma liberação dos deveres da liberdade comunicativa, ou seja, das obrigações que estão ligadas à condição que “só existe entre atores que desejam entender-se entre si sobre algo num enfoque performativo e que contam com tomadas de posição perante pretensões de validade reciprocamente levantadas”⁴².

O conceito de autonomia privada vai contrastar com o conceito de autonomia pública, o qual se refere à autonomia política dos cidadãos. A autonomia pública é uma dimensão de liberdade de autolegislação conferida ao indivíduo que se encontra amparada no princípio da democracia.

Analisando essa dicotomia entre autonomies constante no pensamento habermasiano, Álvaro Souza Cruz estabelece um paralelo entre tais “autonomies” com o pensamento liberal e o pensamento comunitarista⁴³.

Com base nessa relação, Souza Cruz identifica a autonomia privada e o mercado como equivalentes, de maneira que essa forma de autonomia “importa a prevalência de direitos negativos cerceadores da ação estatal”. Enquanto isso, a autonomia pública representaria a “autodeterminação democrática dos cidadãos” que sustentaria um “Estado que admite primariamente a existência de direitos positivos de participação política”⁴⁴.

A solução para esse contraste existente entre a autonomia privada e a autonomia pública se encontra no conceito habermasiano de esfera pública. Nessa conceituação, a esfera pública é definida “como a esfera da opinião pública que se contrapõe diretamente ao poder público”⁴⁵. Infere-se desse conceito que Habermas entende essa dimensão como um espaço discursivo propício para o surgimento da política deliberativa.

A esfera pública serviria como um mecanismo de depuração da política deliberativa ao permitir que o cidadão se sinta um autêntico “participante da construção do ordenamento jurídico”, desde que esse indivíduo esteja baseado em uma moralidade pós-convencional e

⁴² Ibid., p. 155-156.

⁴³ CRUZ, Á. R. de S. **Habermas e o direito brasileiro**, 2008, p. 174.

⁴⁴ Ibid., p. 174-175.

⁴⁵ HABERMAS, J. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa, 2003, p. 14-15.

tenha em vista uma universalidade normativa⁴⁶.

Deve ser ressaltado que a moralidade pós-convencional significa a capacidade de análise crítica da realidade sociocultural em que o indivíduo vive, enquanto que a universalidade normativa se refere à condição de estabelecimento de normas jurídicas que regulem condutas com base em paradigmas multiculturalistas e procedimentais.

Esses elementos demonstram que a teoria discursiva do direito elaborada por Jürgen Habermas concebe o princípio da democracia como um instrumento de legitimação do sistema jurídico. Para isso, Habermas identifica o princípio da democracia⁴⁷ com a idéia de uma soberania do povo, em que os cidadãos não seriam meros destinatários das normas jurídicas, mas também seus coautores⁴⁸, articulada em um plano comunicativo voltado para uma “aceitabilidade racional” fundada no consenso⁴⁹.

Deve ser ressaltado que na ótica habermasiana, o princípio da soberania popular ao ser interpretado pela teoria do discurso também implicaria na configuração de um estado de direito que estaria baseado nos seguintes elementos⁵⁰:

- a) ampla garantia legal do indivíduo por meio de um Judiciário independente;
- b) legalidade da administração;
- c) controle judicial e parlamentar da administração;
- d) separação entre Estado e sociedade, visando evitar que o Estado venha a cooptar a sociedade civil para os seus interesses, como ocorreu com o totalitarismo.

Esses elementos apontam para a mistificação que existiria na dicotomia entre representação e participação, afinal, como leciona David Duarte existe uma relação de complementariedade entre a democracia representativa e a democracia participativa, sendo que essa última pretende “compensar o déficit de democraticidade, nomeadamente oligárquica, que se reconhece no sistema representativo”⁵¹.

⁴⁶ CRUZ, Á. R. de S. **Habermas e o direito brasileiro**, 2008, p. 176.

⁴⁷ HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, 2003., p. 158.

⁴⁸ CRUZ, Á. R. de S. **Habermas e o direito brasileiro**, 2008, p. 173.

⁴⁹ HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, 2003., p. 213.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 212-213.

⁵¹ DUARTE, D. **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**, 1996, p. 112.

3. CONTEXTUALIZANDO A DEFENSORIA PÚBLICA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A RELAÇÃO DE COORIGINARIDADE ENTRE DIREITOS PROTEGIDOS PELO REFERIDO SISTEMA REGIONAL E A SOBERANIA POPULAR

A proteção internacional dos direitos humanos se desenvolve em dois planos estruturados sob a forma de sistemas: o plano do sistema global ou universal de direitos humanos, composto pelos tratados e por organismos internacionais com alcance em todo o planeta, e o plano dos sistemas regionais de proteção, que, na atualidade, encontra-se estruturado em três áreas geopolíticas: a européia, a africana e a interamericana⁵².

Conforme lição de Flavia Piovesan, a existência desses dois planos de sistemas de proteção dos direitos humanos, ou seja, o sistema global e os sistemas regionais, não implica em uma concorrência, mas em uma relação de complementariedade entre ambos⁵³.

O acolhimento inicial de um sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos, ocorrido a partir do término da segunda guerra mundial, deu-se, em um primeiro momento, de maneira imediata pelos países da América Latina. Tal postura se explicaria pelo fato das declarações de direitos do século XVIII terem desempenhado um importante papel nas independências desses países. Exemplos históricos desse imediatismo se observam na circunstância de a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem tenham sido assinadas em Bogotá (Colômbia) sete meses antes da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁴.

O sistema interamericano de direitos humanos é composto por quatro instrumentos principais, abarcando tratados e documentos de *soft law*: a Carta da OEA, também denominada de Carta de Bogotá (1948); a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); o Pacto de San José da Costa Rica (1969) e o Protocolo de San Salvador (1988)⁵⁵.

Além desses instrumentos internacionais de *hard and soft law*, o citado sistema regional compreende duas instituições principais voltadas para a efetivação dos direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criada em 1959, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada em 1969 pelo Pacto de San José da Costa Rica.

O Pacto de San José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, é um tratado internacional que enuncia vários direitos,

⁵² MAZZUOLI, V. de O. Curso de direito internacional público. **Revista dos Tribunais**, 2011, p. 880.

⁵³ PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 2013, *passim*.

⁵⁴ ACCIOLY, H.; SILVA, G. E. do N. e; CASELLA, P. B. **Manual de direito internacional público**. 2012, *passim*.

⁵⁵ MAZZUOLI, V. de O. Curso de direito internacional público. **Revista dos Tribunais**, 2011, p. 880-881. Nesse mesmo sentido, cf.: TAVARES, A. R. Processo internacional de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2012, *passim*.

principalmente os de natureza individual, e prevê diversas garantias processuais. Este tratado é um fundamental para contextualização da Defensoria Pública no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos.

Isso se observa pelo fato de que o art. 8º, alínea “e”, do Pacto de San José da Costa Rica de 1969 prevê a garantia judicial de que, durante o processo, toda a pessoa tem o direito à garantia mínima de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, de acordo com a legislação de cada país, caso o acusado não possa exercer a autodefesa, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido em lei.

A despeito do referido tratado não dispor sobre a Defensoria Pública como uma instituição do sistema de justiça, ele estabelece a fundamentação normativa de viés principiológico para o estabelecimento do órgão defensorial no contexto dos sistemas jurídicos de todos os países do continente americano, bem como do próprio sistema interamericano de direitos humanos.

De acordo com lição de Cappelletti e Garth, ao tratar das ondas renovatórias do acesso à justiça, existem três modelos de assistência judiciária que constituíram a primeira onda renovatória do acesso à justiça: modelo *judicare*, modelo do advogado remunerado pelos cofres públicos e os modelos combinados⁵⁶.

A Defensoria Pública brasileira é uma instituição governamental que, após as reformas constitucionais ocorridas em 2004 e 2013, tornou-se uma instituição autônoma, e congrega profissionais do direito altamente qualificados que são remunerados pelos cofres públicos com o intuito de oferecer uma assistência jurídica aos vulneráveis, atuando como um autêntico *custos vulnerabilis*.

Também não é contraproducente mencionar a missão institucional que o ordenamento jurídico brasileiro confere à Defensoria Pública de promover os direitos humanos, principalmente segundo o disposto na Lei Orgânica da Defensoria Pública com a alteração legislativa realizada em 2009 por meio de lei complementar⁵⁷.

No caso do sistema jurídico brasileiro, a implantação da primeira onda ainda enfrenta obstáculos que prejudicam o real acesso do cidadão à justiça, tal como concebido nos planos internacional, constitucional, doutrinário e jurisprudencial.

Nesse cenário, o fortalecimento da Defensoria Pública, por meio da garantia de alocações orçamentárias fundamentais para o funcionamento institucional, bem como da ampliação da cobertura de sua atuação para todas as unidades jurisdicionais, tal como preconizado pelo art. 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), representam medidas governamentais necessárias para a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça, na forma do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal brasileira de 1988.

Como foi observado acima, o estabelecimento da garantia judicial da assistência jurídica

⁵⁶ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**, 1988, p. 35-40.

⁵⁷ SÁ, W. L. de. Uma nova função da Defensoria Pública perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Revista da Defensoria Pública da União**, 2011, p. 88.

gratuita, por meio de um defensor, para aqueles que dela necessitarem não fica circunscrito ao âmbito do direito interno de certo país, mas integra um dos direitos previstos no *Pacto de San José* da Costa Rica de 1969, logo, estamos diante de uma obrigação internacional pertencente ao sistema interamericano de direitos humanos.

Quanto a tais compromissos internacionais, afirma André Ramos Tavares que a internacionalização dos direitos humanos representa uma realidade sem volta, pois em razão dela se tem obrigações internacionais vinculantes mesmo no âmbito do direito interno. Assim, o não cumprimento de uma obrigação internacional por um país implica em sua responsabilização pelos danos que porventura tenham sido causados⁵⁸.

O descumprimento de qualquer uma das garantias judiciais previstas no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, inclusive a garantia de acesso a um defensor, pode implicar na própria responsabilização de qualquer um dos atualmente 23 países que ratificaram o Pacto, o que busca conferir juridicidade a tais diplomas normativos⁵⁹.

Mas a garantia de acesso a um defensor não se limita ao âmbito da jurisdição interna dos Estados que ratificaram o *Pacto de San José* da Costa Rica. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos constitui um mecanismo coletivo ou institucional de responsabilização internacional do Estado-parte da OEA diante de violações aos direitos humanos, mas que possuem a vantagem de buscar evitar a parcialidade e seletividade típicas dos mecanismos unilaterais⁶⁰.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos constitui um mecanismo judiciário integrante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Recorda-se que os mecanismos judiciários são aqueles em que se verifica a existência ou não de uma lesão de direitos humanos a partir de um procedimento que deverá observar os princípios da ampla defesa, do contraditório e da imparcialidade dos julgadores imparciais⁶¹.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui competências consultiva e contenciosa. A competência contenciosa é efetuada por meio da prolação de sentenças definitivas e inapeláveis. A despeito dos indivíduos não poderem demandar diretamente perante a Corte, eles ou seus representantes possuem o direito de participarem (*locus standi in judicio*) de todos os procedimentos que se desenvolvam perante o citado tribunal internacional⁶².

⁵⁸ TAVARES, A. R. **Processo internacional de direitos humanos**, 2012, *passim*.

⁵⁹ Apenas a título de curiosidade, de acordo com dados relativos até 03 de julho de 2019, os Estados Unidos da América (EUA), durante o governo do Presidente Jimmy Carter (1977-1981), chegou a assinar o Pacto de San José da Costa Rica, no entanto, nunca o ratificou, em que pese o histórico de panamericanismo forjado sob o espírito da Doutrina *Monroe*. Canadá, Cuba, Belize, Guiana e diversos Estados do Caribe nunca nem assinaram, tampouco o ratificaram. Por fim, Venezuela e Trinidad e Tobago, após terem aderido ao mesmo, decidiram denunciá-lo em 2012 e 1998, respectivamente.

⁶⁰ TAVARES, A. R. **Processo internacional de direitos humanos**, 2012, *passim*.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² MAZZUOLI, V. de O. Curso de direito internacional público. **Revista dos Tribunais**, 2011, p. 890-891.

Considerando a existência de um contencioso interamericano, e da necessária observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, faz-se necessária a participação de uma instituição que possa desempenhar a própria garantia do direito de assistência jurídica no âmbito do citado mecanismo judicial e que não tenha condições de designar um advogado para atuar no referido procedimento.

É nesse cenário que em novembro de 2009, houve a edição de um novo regulamento procedimental para o mencionado tribunal internacional. Trata-se do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, diploma legal responsável por disciplinar sua organização, o seu procedimento contencioso e a forma de expedição de seus pareceres consultivos.

O citado Regulamento da citada Corte prevê a figura do defensor público interamericano, definido como aquela pessoa designada judicialmente para assumir a representação legal de uma suposta vítima que não tenha nomeado um defensor por si mesma.

O art. 37 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos também estabelece ainda que “Em casos de supostas vítimas sem representação legal devidamente credenciada, o Tribunal poderá designar um Defensor Interamericano de ofício que as represente durante a tramitação do caso”.

Analisando a interpretação do citado dispositivo regulamentar, ensina María Fernanda López Puleio:

Si bien el término “podrá” habilita una respuesta final de la Corte que considere las particularidades de cada caso –donde seguramente meritara la situación especial y de contexto de las presuntas víctimas, sus posibilidades de autodefensa y los derechos que se encuentran en juego– surge evidente que el establecimiento de esta figura persigue potenciar el derecho de defensa técnica de quienes llegan a esta instancia, como una elemental exigencia de igualdad y paridad entre contradictores, efectivizando el acceso a la justicia en un sentido amplio. Además, hay que considerar que eso suele ocurrir luego de un largo proceso ante la Comisión, trámite en el que probablemente no se contó con la asistencia y representación de un abogado⁶³.

A mesma autora argentina afirma que “la fórmula omnicompreensiva del artículo 37 del reglamento de la Corte IDH expande la intervención del defensor interamericano más allá de los casos de pobreza”⁶⁴.

Esse posicionamento demonstra que a fórmula concebida pelo Regulamento da Corte Interamericana de 2009 busca evitar que a falta de defesa implique em uma vulnerabilidade processual para qualquer indivíduo integrante da esfera pública transnacional.

⁶³ PULEIO, M. F. L. *La puesta en escena del defensor público interamericano. Anuario de derechos humanos*, 2013, p. 128.

⁶⁴ Ibid.

O primeiro caso perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em que houve a atuação do defensor público interamericano foi o caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, julgado e sentenciado em 2012, no qual foram designados como defensores interamericanos María Fernanda López Puleio (Argentina) e Andrés Mariño López (Uruguai)⁶⁵.

Diante do referido caso, relata a jurista argentina López Puleio que o próprio tribunal internacional, quando da designação dos defensores citados, tratou de esclarecer às vítimas, cujo processo se arrastara por quase dez anos sem assistência de um advogado, que a aceitação dos defensores interamericanos por eles “*no era obligatoria, por lo que podían abstenerse de nombrar a un abogado y en cambio ejercer su propia representación*”⁶⁶.

Após a celebração de vários acordos de entendimento, no ano de 2013, foi adotado o Regulamento Unificado para a atuação da Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF)⁶⁷ ante a Comissão e a Corte de Direitos Humanos, um instrumento de *soft law* que contribuiu para a institucionalização da figura do defensor público interamericano, ao prever a sua designação, o seu mandato, a forma de sua atuação, dentre outras normas.

Em 2016, foram adotados os Princípios e Diretrizes para a Defensoria Pública nas Américas, outro instrumento internacional de *soft law* que pretende reafirmar a assistência jurídica como uma garantia para o exercício deste direito e dever a ser provido pelo Estado. Esse documento também traça parâmetros normativos a serem observados pelos órgãos defensoriais dos países pertencentes ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Também merece ser frisado ainda as cinco Resoluções adotadas pela Assembléia-Geral da OEA que versam sobre a Defensoria Pública: Resolução AG/RES nº 2656 (XLI-0/11) - “Garantias para o acesso à justiça. O papel dos defensores públicos oficiais”; Resolução AG/RES nº 2714 (XLII-O/12) - “Defensoria pública oficial como garantia do acesso à justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade”; Resolução AG/RES nº 2801 (XLIII-O/13) - “Rumo à autonomia da Defensoria Pública Oficial como garantia de acesso à justiça”, Resolução AG/RES nº 2821 (XLIV-O/14) “Rumo à autonomia e fortalecimento da Defensoria Pública Oficial como garantia de acesso à justiça”, e a Resolução AG/RES nº 2887 (XLVI-O/16) “Promoção e Proteção dos Direitos Humanos” - ponto IX. “Rumo à Defensoria Pública oficial autônoma como salvaguarda da integridade e liberdade pessoal”.

A Defensoria Pública autônoma representaria uma espécie de “garantia da garantia” que busca resguardar a ampla garantia legal do indivíduo por meio de um Judiciário independente, o qual constitui um dos elementos do estado de direito.

A equiprimordialidade, também denominada de cooriginaridade (*gleichursprünglich*), é concebida por Jürgen Habermas como uma relação de simultaneidade que existe entre

⁶⁵ Ibid., p. 129.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ A AIDEF é uma organização não-governamental internacional criada em 2003, após a II Conferência Interamericana de Defensorias Públicas ocorrida no Rio de Janeiro. Participam dela defensorias públicas e associações de defensores públicos de diversos países do continente americano.

alguns elementos basilares do fenômeno jurídico.

Isso pode ser observado quando Habermas afirma a existência de uma gênese lógica de direitos que entrelaça o código do direito, composto pelo princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral, com o princípio da democracia⁶⁸.

Assim, o princípio do discurso ao direito a liberdade subjetivas de ação em geral, entendido por Habermas na categoria de “direitos clássicos de liberdade”, refere-se à dimensão dos direitos humanos, principalmente no tocante aos direitos civis. Entre estes e a idéia de soberania popular, esta compreendida como expressão da participação democrática, haveria uma equiprimordialidade⁶⁹.

Com o uso dessa expressão “cooriginaridade” pouco usual na linguagem cotidiana, Habermas pretende apresentar uma proposta conciliatória que possa reduzir as tensões verificadas pelo mesmo na problemática do conflito entre os interesses individuais (direitos de liberdade ou autonomia privada) e coletivos (a decisão democrática da maioria ou autonomia pública) para chegar à conclusão de que entre os direitos individuais de liberdade e a soberania popular existem relações de complementaridade, ou seja, uma interdependência fruto da conexão interna entre os dois fenômenos jurídicos⁷⁰.

Identificando os direitos humanos com o constitucionalismo e a soberania popular com a democracia, o cientista político dinamarquês Lasse Thomassen afirma que a tese habermasiana da cooriginaridade entre o constitucionalismo e a democracia reside no fato de que ambas se comprometem e se permitem mutuamente. Consequentemente, não haveria constitucionalismo propriamente dito sem democracia, e vice-versa⁷¹.

A reciprocidade trazida pelo conceito habermasiano de cooriginaridade é fundamental para a compreensão do papel da Defensoria Pública no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pois, considerando a complementaridade entre os direitos humanos e a soberania popular, observa-se que os defensores públicos são diretamente responsáveis pela assistência jurídica aos vulneráveis, ao concretizarem o direito fundamental ao acesso à justiça.

Por outro lado, a própria Defensoria Pública cumpre importante papel no fortalecimento da democracia política, social e econômica na América, devendo atuar na busca dos objetivos fundamentais de igualdade substancial, erradicação da pobreza, combate a todas as formas de discriminação e melhor distribuição de renda, tal como exposto na Carta de Punta del Leste (Uruguai) de 2005.

Este papel desempenhado pela Defensoria Pública é importantíssimo, pois ao se recordar o questionamento de Habermas à maneira como a globalização afeta a legitimidade democrática do estado nacional, obtém-se a seguinte resposta:

⁶⁸ HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003. p. 158.

⁶⁹ HABERMAS, J. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política, 2002, p. 292.

⁷⁰ HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003. p. 163-165.

⁷¹ THOMASSEN, L. *Habermas: a guide for the perplexed*, 2010, p. 123.

Die demokratische Ordnung ist nicht von Haus aus auf eine mentale Verwurzelung in der »Nation« als einer vorpolitischen Schicksalsgemeinschaft angewiesen. Es ist die Stärke des demokratischen Verfassungsstaats, Lücken der sozialen Integration durch die politische Partizipation seiner Bürger schbessen zu können⁷².

Ou seja, a ordem democrática prescinde de um enraizamento mental na “nação” como uma comunidade de destino pré-política. Isto permitiria ir além do estado nacional, de modo que as sociedades políticas caminhassem em direção à uma democracia transnacional.

Do mesmo modo, o estado constitucional democrático demonstra sua força quando tapa as brechas da integração social utilizando como marcador político o critério da participação política dos seus cidadãos, elemento este que fica esvaziado no contexto das constelações pós-nacionais, nas quais o déficit democrático tende a ser considerável.

No caso do sistema regional interamericano, a despeito de inexistirem mecanismos básicos de participação popular ou de promoção da deliberação pública intrínsecos ao sistema, a presença de instrumentos normativos e de instâncias intergovernamentais voltados para a promoção dos direitos humanos e da democracia, ainda que nos estreitos limites das constelações nacionais, o pensamento habermasiano aplicado à atuação da Defensoria Pública no continente americano constitui um elemento teórico importante para a consolidação dessa atuação institucional e o amadurecimento das instituições políticas.

Diante desses dois papéis encarnados pela instituição defensorial, a cooriginaridade habermasiana entre direitos humanos e democracia constitui um paradigma teleológico para a atuação da Defensoria Pública nos contextos interamericano e interno.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fruto dessa concepção democrática baseada na política deliberativa e na soberania do povo contribuiria para o estabelecimento de uma racionalidade comunicativa no plano jurídico que promoveria a emancipação do ser humano por meio de uma cidadania ativa.

Além da teoria do discurso jurídico, estudada de forma breve e interligada com concepções-chave do pensamento democrático habermasiano, outras idéias como a concepção procedimental de justiça, a questão da racionalidade jurisdicional, a teoria consensual da verdade e a democracia deliberativa demonstram as amplas dimensões do arcabouço jusfilosófico de Jürgen Habermas.

A Defensoria Pública autônoma representaria uma espécie de “garantia da garantia” que busca resguardar a ampla garantia legal do indivíduo por meio de um Judiciário independente, o qual constitui um dos elementos do estado de direito.

O fortalecimento da Defensoria Pública, por meio da garantia de alocações orçamentárias

⁷² HABERMAS, J. *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1998, p. 117.

fundamentais para o funcionamento institucional, bem como da ampliação da cobertura de sua atuação para todas as unidades jurisdicionais, representam medidas governamentais necessárias para a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça.

A cooriginaridade habermasiana entre direitos humanos e democracia constitui um paradigma teleológico para a atuação da Defensoria Pública nos contextos interamericano e interno, de maneira que o órgão defensorial jamais poderia atuar na dimensão dos direitos humanos sem desconsiderar a dimensão da democracia, e vice-versa.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H.; SILVA, G. E. do N. e; CASELLA, P. B. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, *passim*.

AVRITZER, L. **A moralidade da democracia**: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2000, p. 14.

_____. **Teoria democrática e deliberação pública**. Lua nova, São Paulo, n. 50, 2000, p. 44-45.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 284.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988, p. 35-40.

CRUZ, Á. R. de S. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 132-176.

DUARTE, D. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996, p. 112.

FERRAZ JUNIOR., T. S. **Direito, retórica e comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57-62.

FERREIRA, S. S. W. **Participação popular**: a cidadania ativa e a produção do direito. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1994, p. 1.

HABERMAS, J. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad.: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 292.

_____. **Die postnationale Konstellation: Politische Essays**. Frankfurt am Main:

Suhrkamp Verlag, 1998, p. 117.

_____. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2. ed. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 10-213.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública:** investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Trad.: Flávia R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 14-15.

_____. *Teoría de la acción comunicativa.* Trad.: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, v. I, p. 9-563.

MAZZUOLI, V. de O. **Curso de direito internacional público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 880-891.

MIAILLE, M. **Uma introdução crítica ao Direito.** Trad.: Ana Prata. Lisboa: Moraes Editores, 1979, p. 30.

MONTESQUIEU, C. du S. de. **O Espírito das Leis.** 1. ed. 2. tir. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175.

MOREIRA NETO, D. de F. **Direito da participação política:** fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 56-159.

OLIVEIRA, T. P. **Conselho nacional do meio ambiente e democracia participativa.** Curitiba: Prismas, 2016, p. 103.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, passim.

PULEIO, M. F. L. *La puesta en escena del defensor público interamericano.* Anuario de derechos humanos, n. 9, 2013, p. 128.

REPA, L. S. Direito e teoria da ação comunicativa. In: NOBRE, M.; TERRA, R. (Org.). **Direito e democracia:** um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 60-69.

ROSS, A. **Direito e justiça.** Trad.: Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2000, p. 164-165.

SÁ, W. L. de. Uma nova função da Defensoria Pública perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, v. 4, 2011, p. 88.

SABSAY, D. A. *La problemática ambiental y del desarrollo sostenible en el marco de la democracia participativa.* **Revista de direito ambiental**, São Paulo, nº. 22, ano 6, abr.-jun. 2001, p. 43.

SEN, A. *Development as freedom.* New York: Alfred A. Knopf, 2000, p. 148.

SOUZA NETO, C. P. de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.** Rio Janeiro: Renovar, 2006, p. 7.

TAVARES, A. R. **Processo internacional de direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, passim.

THOMASSEN, L. *Habermas: a guide for the perplexed.* London: Continuum, 2010, p. 123.

WERLE, D. L. Democracia deliberativa e os limites da razão pública. *In:* COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. (orgs.). **Participação e deliberação:** teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 137.

DEFENSORIA PÚBLICA: HISTÓRICO, AFIRMAÇÃO E NOVAS PERSPECTIVAS

PUBLIC DEFENDER'S OFFICE: HISTORY, AFFIRMATION AND NEW PERSPECTIVES

Victor Hugo Siqueira de Assis

*Mestrando em Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico -
Universidade Federal do Ceará
Defensor Público Estadual, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Maranhão*

vhsa85@gmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar o estado da arte da assistência jurídica integral e gratuita no Brasil, a partir da análise do papel da Defensoria Pública na efetivação dos direitos fundamentais dos mais necessitados. Para tanto, primeiramente, será debatido o conceito de acesso à justiça, quais os principais obstáculos à sua realização, além de algumas soluções práticas inseridas nas “ondas renovatórias” propostas inicialmente por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Posteriormente, discutir-se-á a evolução histórica dos instrumentos jurídicos garantidores do acesso à justiça gratuito no âmbito brasileiro, culminando com a constitucionalização do atual modelo, que prevê a Defensoria Pública como a instituição responsável pela sua concretização. Em seguida, será abordada a forma como a Defensoria Pública se consolidou como instituição autônoma, com funções institucionais de vanguarda, finalizando com uma reflexão acerca de como sua revolução normativa e prática tem aberto novas perspectivas de atuação.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Assistência Jurídica Gratuita no Brasil. Defensoria Pública.

ABSTRACT

This paper has the purpose to present the state of the art of integral and free legal aid in Brazil, based on the analysis of the Public Defender's Office role in the realization of the fundamental rights of the needy. To this end, first, the concept of access to justice will be delimited, as well as the main obstacles to its implementation and some practical solutions inserted in the "renewal waves" initially proposed by Mauro Cappelletti and Bryant Garth. Subsequently, will be discussed the historical evolution of the legal instruments guaranteeing free access to justice in Brazil, culminating with the constitutionalization of the legal aid service subsidized by the State, which provides the Public Defender's Office as the institution responsible for its implementation. Next, the manner in which the Public Defender's Office has consolidated itself as an autonomous institution with avant-garde institutional functions will be discussed, ending with a reflection on how its normative and practical revolution has opened new perspectives for the institution.

Keywords: Access to Justice. Free Legal Aid in Brazil. Public Defender's Office.

Data de submissão: 17/12/2018

Data de aceitação: 25/06/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. ACESSO À JUSTIÇA 2. HISTÓRICO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA NO BRASIL 2.1 Da evolução dos instrumentos jurídicos garantidores do acesso à justiça gratuito no âmbito brasileiro 2.2 A constitucionalização do modelo de assistência jurídica estatal gratuita e a previsão da Defensoria Pública como instituição responsável pela sua efetivação 3. A DEFENSORIA PÚBLICA E O MODELO PÚBLICO BRASILEIRO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA 3.1 A Defensoria Pública como instituição estatal autônoma 3.2 Funções institucionais da Defensoria Pública: um renovado perfil a partir do seu reconhecimento como expressão e instrumento do regime democrático 3.3 Defensoria Pública e o acesso à justiça no Código de Processo Civil de 2015 3.4 Uma nova Defensoria Pública se edifica. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro. Nesse sentido, essa metáfora funciona tanto como garantia contra a restrição ou violação de direitos fundamentais quanto como meio de assegurar a fruição desses direitos. Por esse motivo, ao Estado incumbe proporcionar mecanismos efetivos de promoção e proteção capazes de tutelar o seu exercício. Foi nessa perspectiva que o acesso à justiça restou consagrado como direito fundamental (artigo 5º, XXXV, da CRFB/1988).

Tendo em vista que o acesso efetivo à justiça enfrenta obstáculos de todas as ordens, o texto constitucional trouxe em seu bojo alguns mecanismos capazes de enfrentar essas barreiras. Uma das inovações se deu através da criação de um modelo público de assistência jurídica integral e gratuita destinado àqueles em situação de vulnerabilidade, tendo sido indicada a Defensoria Pública como a instituição responsável pela concretização do direito fundamental de acesso à justiça dessas populações.

A partir de sua alocação constitucional, a Defensoria Pública assumiu um papel de destaque no cenário jurídico-político nacional, estabelecendo-se como vetor de inclusão social e exercício da cidadania. Contudo, em que pese sua evolução institucional, os obstáculos a serem vencidos ainda são numerosos. É por esse motivo que o presente artigo busca, sem pretensões de esgotar a temática, delimitar o estado da arte da assistência jurídica integral e gratuita no Brasil, analisando o papel da Defensoria Pública na efetivação dos direitos fundamentais dos mais necessitados.

Para tanto, o trabalho se estrutura em cinco seções, já incluído o presente tópico. Na segunda seção, será apresentado o conceito de acesso à justiça, os principais obstáculos à sua efetivação e algumas soluções práticas inseridas nas “ondas renovatórias” propostas inicialmente por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Posteriormente, na seção três, discutir-se-á a evolução histórica dos instrumentos jurídicos garantidores do acesso à justiça gratuito no âmbito brasileiro, a constitucionalização do modelo de assistência jurídica estatal gratuita e a previsão da Defensoria Pública como a instituição responsável pela sua concretização. Por sua vez, na quarta seção, será abordada a forma como a Defensoria Pública se consolidou como instituição autônoma, com funções institucionais de vanguarda e como essa revolução normativa e prática tem aberto novas vertentes de atuação.

Encerrando a presente análise, as considerações finais trazem uma reflexão acerca do perfil defensorial construído ao longo das últimas décadas, de tendência menos processual e mais preventiva. Nesse sentido, expõe-se a necessidade da priorização da tutela coletiva e do incentivo a atuações resolutivas, superando-se o modelo individualista e demandista tradicionalmente adotado pelo sistema de justiça brasileiro.

1. ACESSO À JUSTIÇA

A expressão “acesso à justiça” traz consigo uma polissemia típica dos institutos que não devem ser definidos de forma simplória. Com efeito, até a primeira metade do século XX, seu sentido se restringia basicamente à possibilidade de simples acesso às instituições jurídicas governamentais. Já no período posterior à Segunda Grande Guerra, seu eixo passou a se concentrar nos benefícios da assistência judiciária e na busca por uma igualdade formal entre os litigantes. Apenas no fim da década de 1970, a expressão adquiriu um conceito mais abrangente, englobando a possibilidade de se acionar diversas instituições, governamentais ou não, de forma judicial ou extrajudicial, a fim de ver seus direitos assegurados. Essa concepção de justiça multilateral foi sedimentada com o surgimento do Projeto Florença, liderado por Mauro Cappelletti ao longo da década de 1970, que culminou com a publicação de seus resultados entre 1978 e 1979.¹

O Projeto Florença tinha como meta primordial a elaboração de um diagnóstico acerca dos principais obstáculos enfrentados pelos usuários dos serviços jurídicos na busca pela efetiva realização dos seus direitos. A partir desses resultados, seus esforços foram direcionados para reunir as experiências empreendidas em diversos locais do globo a fim de suplantar ou mitigar os efeitos danosos causados pelas barreiras anteriormente detectadas.

Dessa forma, verifica-se que as duas fases de desenvolvimento do projeto (identificação dos obstáculos e proposição de soluções efetivas) se coadunam com o conteúdo fundamental do acesso à justiça, qual seja a busca por um sistema que seja acessível de forma igualitária a todos e que os resultados por ele produzidos sejam socialmente justos.² De fato, a titularidade de um direito se torna inócua a partir do momento em que não existem ferramentas adequadas que garantam sua efetiva fruição.

O exame atento das dificuldades relacionadas ao acesso à justiça fez com que o relatório final do projeto concluísse que os principais entraves à sua efetivação estariam ligados a: I) altos custos inerentes ao sistema judicial; II) dificuldade dos cidadãos em reconhecer que possuem determinados direitos e em que momento os mesmos acabam violados, além da falta de disposição psicológica para buscar sua reparação através de uma demanda judicial. Aqui, o problema é acentuado quando se verifica a existência de camadas da população que apresentam maior grau de vulnerabilidade social ou nos casos em que os conflitos envolvem litigantes habituais contra eventuais; III) problemas relacionados aos direitos difusos e sua capacidade de gerar uma maior efetividade social na resolução dos problemas da coletividade.³

Com o objetivo de superar os obstáculos identificados na primeira fase do Projeto Florença, os pesquisadores estabeleceram três soluções básicas, utilizando a metáfora das ondas **renovatórias** para enumerá-las.

¹ GALANTER, M. Access to justice in a world of expanding social capability, **Fordham Urban Law Journal**, 2010, p. 115-128.

² CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**, 1988, p. 8.

³ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**, 1988, p. 15-29.

A **primeira onda** se refere aos esforços empreendidos a fim de proporcionar de forma adequada assistência jurídica aos pobres. A necessidade de criação de um sistema que garantisse aos hipossuficientes uma efetiva proteção judicial levou ao desenvolvimento de diversos modelos de prestação de assistência jurídica, sendo esses os mais destacados: I) modelo **pro bono**; II) modelo **judicare**; III) *salaried staff model*; IV) sistema híbrido; e V) modelo socialista.

Deve-se destacar que o Brasil adota como modelo oficial o *salaried staff*. Contudo, subsidiariamente e de forma excepcional, tem-se a possibilidade de aplicação do sistema *judicare*.

Nesses termos, tem-se que, no *salaried staff model*, os advogados são contratados pelo poder público em regime de dedicação exclusiva e remunerados pelo erário com o objetivo de prestar assistência jurídica gratuita aos mais necessitados, seja através de um organismo estatal específico ou por entidades não estatais subsidiadas.⁴ No Brasil, o encargo de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados cabe à Defensoria Pública, instituição autônoma e formada por profissionais ocupantes de cargos públicos efetivos.

O sistema *judicare*, por sua vez, concebe a assistência jurídica gratuita como um direito do cidadão hipossuficiente, sendo bastante para sua fruição que se enquadre no perfil definido pela legislação. Nesse ponto, a atividade será desempenhada por advogados particulares pagos pelo Estado e escolhidos pela parte com base em uma lista de profissionais previamente habilitados.⁵ Importa destacar que o modelo *judicare* ainda é aplicado no Brasil, mesmo que de forma subsidiária e atípica, nos casos em que a Defensoria Pública não se encontra instalada em determinada localidade ou atue com estrutura deficitária. Nessas situações, há nomeação de advogados dativos para o exercício do múnus da assistência jurídica em favor dos hipossuficientes, com o posterior pagamento das verbas honorárias pelo Estado.

No que concerne à **segunda onda** renovatória, seus esforços são direcionados à busca pela resolução de problemas relacionados à representação de interesses difusos, que transcendem a esfera individual e impactam diretamente a coletividade. Tendo em vista que a complexificação das relações sociais repercute diretamente na forma pela qual os conflitos são resolvidos, tem-se verificado um significativo abandono da visão individualista do processo judicial e um incremento de mecanismos coletivos de pacificação social.

Por outro lado, a **terceira onda**, representativa de um novo enfoque do acesso à justiça, aprofunda reformas já empreendidas e amplia o leque de opções viáveis para que o acesso se torne, de fato, efetivo. Para isso, verifica-se uma preocupação em estimular fórmulas que simplifiquem os procedimentos judiciais, modifiquem as estruturas dos tribunais, invistam em meios alternativos de acesso à justiça ou composição de litígios não restritas ao ordenamento processual, a exemplo da mediação, conciliação informal e a arbitragem,

⁴ ALVES, C. F. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça**. 2005. 606 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 69-70.

⁵ CAPPELLETTI, M; GARTH, B. **Acesso à Justiça**, 1988, p. 35-39.

além do importante papel de prevenção de disputas.⁶

Sem dúvidas, o Projeto Florença foi um marco na evolução do acesso à justiça. Não à toa, continua estimulando agendas de pesquisa e gerando diversos desdobramentos práticos efetivos. Contudo, outras vertentes de atuação foram sendo desenvolvidas e adaptadas à medida que novos desafios são apresentados pela contemporaneidade.

É nesse contexto que Kim Economides propõe uma **quarta onda** do movimento de acesso à justiça: o acesso dos operadores do direito. Expondo uma dimensão ética e política da administração da justiça, identificam-se desafios relacionados à responsabilidade profissional e ao ensino jurídico, transferindo a análise do acesso do ponto de vista do cidadão usuário do aparato judicial para os operadores do direito e sua relação com o sistema de justiça. Com efeito, não seria de grande valia o acesso da população aos tribunais ou a instituições similares caso os operadores do direito se mostrassem completamente despreparados para, de fato, “fazer justiça”.⁷ Apesar dessa construção teórica ser bastante útil às discussões relativas ao funcionamento do sistema de justiça e aos métodos de ensino da ciência do Direito, seu escopo acaba se distanciando da ideia inicial do movimento de acesso à justiça.

Buscando devolver o foco do acesso à justiça à possibilidade de participação dos cidadãos, Diogo Esteves e Franklyn Roger desenvolvem pesquisa direcionada à expansão das formas de acesso no contexto da internacionalização da proteção dos direitos humanos, no que denominam de **quinta onda** renovatória. O reconhecimento por parte dos tribunais internacionais da capacidade do indivíduo de exigir a proteção de sua condição humana, inclusive contra o próprio Estado, tem possibilitado a criação de um espaço de proteção multinível, abrindo caminho para uma nova via de acesso à justiça.⁸

Apesar do viés vanguardista e inclusivo, o acesso ao plano internacional tem sido dificultado por diversos fatores, que vão desde o não reconhecimento dos organismos internacionais por parte de alguns Estados à dificuldade de efetivação de decisões internacionais. Todavia, apesar da existência de vários obstáculos, essa nova faceta do acesso à justiça tem um ambiente propício para se desenvolver, haja vista o fortalecimento dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, o incremento do diálogo destes com instituições domésticas e a busca por espaços heterárquicos de governança, onde a efetiva preservação de direitos se revela como propósito fundamental.

O desenvolvimento do conceito de acesso à justiça evidencia que muito tem sido feito, ainda que nem sempre com o sucesso desejado. Em um país como o Brasil, marcado por desigualdades de ordem socioeconômica severas, onde direitos fundamentais são negados sistematicamente, mecanismos de inclusão tendem a se tornar mero simbolismo. Diante disso, o direito de acesso à justiça deve ser tido como o direito básico, aquele que asse-

⁶ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**, 1988, p. 67-71.

⁷ ECONOMIDES, K. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia *versus* metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves. *et al.* (Orgs). **Cidadania, justiça e violência**, 1999, p. 61-76.

⁸ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**, 2018, p. 46-47.

gura os demais direitos.⁹ É por esse motivo que se faz importante a análise evolutiva dos instrumentos garantidores do acesso à justiça gratuito no Brasil, em especial a criação da Defensoria Pública, instituição que traz consigo elementos de cada onda renovatória, e cujo papel como instrumento de transformação social se consolida no cenário político-jurídico nacional.

2. HISTÓRICO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA NO BRASIL

Incurções históricas sobre as origens de determinado instituto são tidas, não de forma completamente equivocada, como lugar-comum em trabalhos acadêmicos. Mostra-se recorrente, por exemplo, a utilização de capítulos históricos completamente dissociados do tema tratado, apenas com o intuito de demonstrar uma suposta interdisciplinaridade.¹⁰

Ciente desse equívoco e evitando incidir no anacronismo ínsito às comparações evolutivas, tem-se que o presente tópico se revela necessário pelo fato de que o tratamento jurídico atual acerca da assistência jurídica gratuita no Brasil é fruto de um contexto de lutas, onde avanços e retrocessos históricos moldaram o presente estado de coisas e nos permite vislumbrar novas diretrizes na efetivação desse direito. Esclarecido esse ponto, importa delimitar, ainda, o espaço político-geográfico em que o Direito brasileiro se desenvolveu.

Com o advento da expansão ultramarina portuguesa no século XV, além da dominação territorial empreendida contra os povos conquistados, verifica-se a busca de imposição da ordem jurídica europeia nessas localidades. Nesses termos, a historiografia tradicional esboça um panorama onde o direito colonial brasileiro seria formado, basicamente, por um processo unilateral de estipulação pela metrópole de sua cultura jurídica como modelo a ser respeitado em suas possessões. Interessa notar que essa disposição por buscar um direito colonial brasileiro em leis régias, parte da percepção de que houve uma precoce centralização do poder em Portugal, o que se mostra mais um objeto historiográfico do que propriamente uma realidade histórica.

Sem adentrar no mérito do que se revelaria como um direito colonial brasileiro¹¹, esse artigo utilizará como ponto de partida a análise das Ordenações do Reino de Portugal, em

⁹ SADEK, M. T. A. Defensoria Pública: a conquista da cidadania. *In*: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**, 2014, p. 19-32.

¹⁰ Tratando sobre o tema: “OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. *In*: OLIVEIRA, Luciano (Org.). **Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. 2004, p. 137-167, .”

¹¹ Para uma melhor compreensão da polêmica em torno dessa definição, indica-se a leitura das obras “HESPANHA, António Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, Milão, n. 35, Tomo I, p. 59-81, 2006.”; “FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda Baptista; GOUVÊA, Maria de Fátima Silva (Orgs.). **O Antigo Regime nos trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001” e “SOUZA, L. de M. e. **O sol e a sombra: política e administração na América portuguesa do século XVIII**, 2006”.

especial as Ordenações Filipinas, tendo em vista ser este o primeiro instrumento legislativo a tratar de uma incipiente gratuidade judiciária para o Brasil.

2.1 Da evolução dos instrumentos jurídicos garantidores do acesso à justiça gratuito no âmbito brasileiro

O ordenamento jurídico português moderno se estruturou por meio da reunião de leis e costumes vigentes no período. A codificação foi iniciada no século XV com as Ordenações Afonsinas (1446), que, por terem sido substituídas pelas Ordenações Manuelinas no século XVI (1514, 1521), tiveram pouca aplicabilidade no Brasil colonial. É por essa razão que, apesar das Ordenações Afonsinas preverem a figura do **procurador dos nossos feitos**¹², cargo com competência ampla que incluía a atuação em juízo em favor de viúvas, órfãos e pessoas miseráveis, sua incidência no Brasil foi praticamente inexistente.

Posteriormente, as Ordenações Manuelinas retirariam as atribuições relacionadas à hipossuficiência da figura do procurador dos nossos feitos, em que pese a permanência do cargo na estrutura judiciária estatal. Por sua vez, resultado não apenas de uma atualização das compilações anteriores, mas de uma profunda reforma no sistema judicial português, foram publicadas no século XVII as Ordenações Filipinas (1603), o mais importante código de leis do Reino, cuja vigência se deu até 1867 em Portugal e 1916 no Brasil.¹³

De inspiração fortemente religiosa e vinculada mais à virtude teologal da caridade do que ao reconhecimento de um direito propriamente dito, a assistência judiciária gratuita foi tratada de forma difusa pelas Ordenações Filipinas e em algumas leis esparsas. De forma assistemática, a legislação régia previa uma série de situações nas quais presos pobres, órfãos, viúvas, menores, cativos, loucos, entre outros poderiam ser beneficiados com isenção de custas processuais, nomeação de

¹² Ordenações Afonsinas, Livro I, Título VIII, Parágrafo 2. “E veja, e procure bem todos os feitos da Justiça, e das Viúvas, e dos Orfoões, e miseravees peffoas que aa Noffa Corte vierem, fem levando delles dinheiro, nem outra coufa de folairo, fem vogando, nem procurando outros nenhuus feitos, que a Nos nom perteeçam fem Noffo especial Mandado, como dito he.”

¹³ SCHWARTZ, S. B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**, 2011, p. 58-61.

curador sem prestação de honorários ou dispensa do pagamento de selos cartorários.¹⁴

Apesar da eliminação de pequenas barreiras ao acesso dos mais necessitados, a praxe mostrava que ainda se dependia em grande parte do patrocínio gratuito das causas cíveis ou criminais por advogados privados, que o faziam imbuídos de um dever moral da profissão. Diante desse cenário, em 1870, ao ocupar a presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), José Tomás Nabuco de Araújo não apenas indicou essa distorção como apresentou medidas concretas a fim de garantir o acesso efetivo dos pobres à Justiça. Nesse sentido, sugeriu que a IAB criasse um conselho para prestar assistência judiciária aos miseráveis, seja através de consultas ou encarregando algum dos seus membros do patrocínio das causas cíveis ou criminais, o que de fato aconteceu.¹⁵

¹⁴ Seguem alguns exemplos: Ordenações Filipinas, Livro I, Título XXIV, Parágrafo 43. “E quanto ao pagamento dos feitos dos presos pobres, que na Casa da Supplicação per nova aução se tratarem, ou per appellação, ou agravo a ella vierem, se depois de finalmente serem desembargados, os ditos presos, ou outrem por elles não tirarem suas sentenças até dous mezes, contados do dia da publicação, por dizerem, que são tão pobres, que não tem per onde pagar o salario aos Scrivães: mandamos ao Chanceller da Casa, que fazendo elles certo de sua pobreza, mande contar os feitos; e tudo o que se achar per conta, que os ditos presos devem aos Scrivães de seu salario, e ao Procurador dos pobres (se por elles procurou), lhes mande pagar ametade de seus salarios do dinheiro da Chancellaria da dita Casa. E per seus mandados fará o Recebedor da Chancellaria os pagamentos perante o Scrivão della, para lhe serem levados em conta, e para a outra ametade lhes ficará seu direito resguardado para a haverem dos ditos pobres, depois que tiverem per onde pagar.”

Ordenações Filipinas, Livro III, Título XXII, Parágrafo 2. “E a pessoa, que poser qualquer das ditas suspeições, não será relevada de depositar a caução, salvo sendo tão pobre, que a não tenha, para o que lhe não será admittido juramento, mas somente o poderá provar per testemunhas; e aos pobres, que notoriamente constar que não tem possibilidade para depositar a caução, nas causas, que penderem nas Casas da Supplicação e do Porto, poderá moderar a caução pelo Regedor, ou Governador, como lhes parecer justo.”

Ordenações Filipinas, Livro III, Título LXXXIV, Parágrafo 10. “E sendo o agravante tão pobre, que jure que não tem bens moveis, nem de raiz, nem por onde pague o agravo, e dizendo na audiencia huma vez o *Pater noster* pola alma delRey Dom Diniz, ser-lhe-ha havido, como que pagasse os novecentos reis, com tanto que tire de tudo certidão dentro no tempo, em que havia de pagar o agravo.”

Lei de 18 de Setembro de 1828, criando o Supremo Tribunal de Justiça, Artigo 41. “O Secretario escreverá em todos os processos e diligencias do Tribunal; vencendo unicamente o ordenado de dous contos de réis. Os emolumentos, que deveria receber, serão recolhidos ao Cofre do Tribunal.” Interessa notar que foi editado o Decreto n. 98, de 30 de outubro de 1835, explicando esse artigo da seguinte forma: “(...) Art. 3º. Ficão isentos de emolumentos as revistas interpostas pelos presos pobres.”

Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841, reformando o Código do Processo Criminal, Artigo 99. “Sendo o réu tão pobre que não possa pagar as custas, perceberá o Escrivão a metade dellas do cofre da Camara Municipal da cabeça do Termo, guardado o seu direito contra o réo quanto á outra metade.”

Decreto n. 4339, de 20 de março 1869, regulamentando a arrecadação do imposto substitutivo da Dizima de Chancellaria. “Artigo 5º. Gozão de isenção da Dizima: (...) 6º. As pessoas miseraveis, isto he, dignas de favor, como orphãos, menores, pobres, loucos, viúvas e semelhantes.”

¹⁵ ALVES, Cl. F. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça**. 2005. 606 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 275-276.

Entretanto, apesar de louváveis, as ações do Instituto não foram suficientes para assegurar o amplo e integral acesso dos menos favorecidos à Justiça. A necessidade de atuação do Poder Legislativo na criação de um modelo de assistência judiciária se tornava cada vez mais premente, em especial com as notícias acerca de sua implementação em diversos países europeus nesse período.

Vale ressaltar que, de forma concomitante aos esforços da IAB, há relatos de que, ainda no período imperial, houve no Rio de Janeiro uma primeira experiência oficial do que poderia ser considerado o embrião de uma assistência judiciária brasileira estruturada. Através da Câmara Municipal da Corte, foi criado o cargo de **advogado dos pobres**, pago pelos cofres públicos e com atribuição de defender os réus desprovidos de recursos financeiros nos feitos criminais. Todavia, apesar do caráter avançado da experiência, o cargo foi extinto em 1884.¹⁶

Interessa notar que a experiência acerca da criação de um cargo específico para prestar assistência judiciária aos mais pobres não era uma novidade no continente. Na verdade, o Brasil se mostrou extremamente atrasado nesse quesito. Tratando da América Hispânica, em particular da Real Audiência da Cidade de Santiago do Chile, Carolina González indica que já no século XVIII havia sido criado o cargo de **abogado/procurador de pobres**, o qual era provido através de indicação pelos governadores locais. De fato, existiam advogados remunerados pela Coroa que eram encarregados da defesa dos mais pobres em juízo, inclusive no que concerne aos escravos. Curiosamente, o estudo documental revela que, já naquela época, uma das principais reclamações acerca desses serviços era o acúmulo indiscriminado de demandas e a falta de estrutura para prestação de uma atividade adequada.¹⁷

Após a proclamação da República, o primeiro movimento em direção a uma regulamentação legislativa estruturada sobre assistência judiciária se deu com a edição do Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, o qual organizava a justiça do Distrito Federal e indicava para a defesa dos pobres a figura dos *curadores geraes*, além da criação de uma comissão responsável pelo patrocínio gratuito das respectivas causas.¹⁸ Todavia, decorridos quase sete anos da sua edição, nada de concreto havia sido implementado.

Somente com o Decreto nº 2.457, de 08 de fevereiro de 1897, que organizava a Assistência Judiciária no Distrito Federal, é que finalmente foi estabelecida a primeira atividade efetiva de natureza pública voltada ao auxílio jurídico dos mais necessitados. Seus aspectos vanguardistas incluíam a designação de um órgão específico responsável pelo

¹⁶ MESSITTE, P. Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, 1967, p. 131-132.

¹⁷ GONZÁLEZ, C. El abogado y el procurador de pobres: la representación de esclavos y esclavas a fines de la Colonia y principios de la República. **SudHistoria**, 2012, p. 88-92.

¹⁸ Decreto n. 1.030, de 14 de novembro de 1890. "(...) Art. 175. Os curadores geraes se encarregarão da defesa dos presos pobres, á requisição do presidente do Jury ou da camara criminal. Art. 176. O Ministro da Justiça é autorizado a organizar uma comissão de patrocínio gratuito dos pobres no crime e cível, ouvindo o Instituto da Ordem dos Advogados, e dando os regimentos necesarios."

patrocíniodas ações, uma ampla definição do conceito de “pobre”, além de contornos acerca dos beneficiários e das isenções englobadas pela gratuidade de justiça.¹⁹ Esse modelo passou a ser utilizado como paradigma, espalhando-se por diversos estados da federação.

Porém, a mudança mais contundente nesse cenário se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1934, a qual elevou pela primeira vez na história a assistência judiciária gratuita ao *status* constitucional. Em capítulo dedicado aos direitos fundamentais, o dispositivo determinava que a União e os Estados garantissem, através de órgãos especiais, a assistência judiciária aos necessitados, além de assegurar o direito à gratuidade de justiça.²⁰

Com o golpe do Estado Novo, a progressista Carta de 1934 foi substituída pela outorgada Constituição Federal de 1937, de conotação autoritária, não se fazendo menção à assistência judiciária em seu texto. Não obstante, o legislador infraconstitucional regulamentou o instituto nos Códigos de Processo Civil de 1939²¹ e de Processo Penal de 1941²², ainda que de forma extremamente deficitária.

Com a redemocratização do país, foi promulgada a Constituição Federal de 1946, momento em que a assistência judiciária retoma seu assento constitucional, mesmo que de forma tímida.²³ Nesse ponto, Diogo Esteves e Franklyn Roger criticam o fato da Carta de 1946 não ter especificado o modo pelo qual seria efetivado o direito à assistência judiciária.

¹⁹ Decreto nº 2.457, de 08 de fevereiro de 1897. “Art. 1º. É instituída no Districto Federal a Assistencia Judiciaria, para o patrocínio gratuito dos pobres que forem litigantes no civil ou no crime, como autores ou réos, ou em qualquer outra qualidade. Art. 2º. Considera-se pobre, para os fins desta instituição, toda pessoa que, tendo direitos a fazer valer em Juízo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniarios indispensaveis para as necessidades ordinarias da propria manutenção ou da familia. (...) Art. 4º. A Assistencia Judiciaria aos pobres consistirá na prestação de todos os serviços necesarios para a defesa de seus direitos em Juízo, independentemente de sellos, taxa judiciaria, custas e despesas de qualquer natureza, inclusive a caução judicatum solvi. Art. 5º. A Assistencia Judiciaria será exercida por uma commissão central e varias commissões seccionaes.”

²⁰ Constituição Federal de 1934. “Art 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.”

²¹ Código de Processo Civil de 1939. “Art. 68. A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuizo do sustento próprio ou da família, gozará do benefício de gratuidade, que compreenderá as seguintes isenções: I - das taxas judiciárias e dos selos; II - dos emolumentos e custas devidos aos juizes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; III - das despesas com as publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; IV - das indenizações devidas a testemunhas; V - dos honorários de advogado e perito. Parágrafo único. O advogado será escolhido pela parte; si esta não o fizer, será indicado pela assistência judiciária e, na falta desta, nomeado pelo juiz.”

²² Código de Processo Penal de 1941. “Art. 32. Nos crimes de ação privada, o juiz, a requerimento da parte que comprovar a sua pobreza, nomeará advogado para promover a ação penal. (...) Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação. Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.”

²³ Constituição Federal de 1946. “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §35. O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.”

ria, nem ter designado órgão estatal específico para a consecução desse fim, o que gerou uma desordenada proliferação de modelos de atendimento jurídico aos necessitados pelo país.²⁴

Diante da imprescindibilidade de regulamentação uniforme em todo o território nacional do direito à assistência judiciária aos necessitados, foi editada a Lei nº 1.060/1950, organizando o procedimento necessário à fruição desse direito e atribuindo ao poder público o dever de implementar e gerir o serviço jurídico-assistencial. Subsidiariamente, caso a atividade estatal na localidade não fosse estruturada, previa-se atuação da Ordem dos Advogados do Brasil, seja de forma institucional ou de advogados particulares por conta própria. Contemplava-se, assim, um sistema misto de assistência judiciária.²⁵

O panorama do acesso à justiça no país se tornaria mais obscuro alguns anos depois. Em mais um momento de retrocesso autoritário em nossa história, o Golpe de 1964 implementaria uma ditadura civil-militar no país, revogando-se a democrática Constituição Federal de 1946 ao promulgar a Carta Política de 1967, fruto de uma Assembleia Constituinte de fachada, que serviu para evitar a pura outorga de uma nova Constituição.²⁶ O recente texto constitucional previa a assistência judiciária como norma não autoaplicável, além de não fazer qualquer referência ao modelo institucional que deveria ser adotado.²⁷

Por sua vez, a Constituição Federal de 1969, que seria outorgada pela Junta Militar na vigência do Ato Institucional nº 5, sob a forma de Emenda Constitucional nº 1, manteria a mesma previsão inscrita na Carta de 1967 (artigo 153, §32). Entretanto, apesar do período de exceção vigente no país, vários estados passaram a organizar por conta própria serviços oficiais de assistência judiciária, o que seria de vital importância para o amadurecimento das ideias que repercutiriam de forma decisiva na futura Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988.

²⁴ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**, 2018, p. 57.

²⁵ Lei nº 1.060/1950. “Art. 1º Os poderes públicos federal e estadual concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei; Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho. Parágrafo único. Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. (...) Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas. §1º. Deferido o pedido, o juiz determinará que o serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, onde houver, indique, no prazo de dois dias úteis o advogado que patrocinará a causa do necessitado. §2º. Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais. §3º. Nos municípios em que não existirem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, o próprio juiz fará a nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado. §4º. Será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo.”

²⁶ SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, 2016, p. 145-148.

²⁷ Constituição Federal de 1967. “Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §32. Será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei.”

2.2 A constitucionalização do modelo de assistência jurídica estatal gratuita e a previsão da Defensoria Pública como instituição responsável pela sua efetivação

A Constituição Federal de 1988 representa o ápice do processo de transição de um regime autoritário rumo à democracia. O modelo jurídico-político adotado pela Carta reflete um Estado Social e Democrático de Direito, marcado pelo intenso compromisso com os direitos fundamentais e com a busca por uma sociedade mais inclusiva e plural, tendo a dignidade da pessoa humana como princípio basilar de todo o ordenamento jurídico.

Estabelecendo uma posição de vanguarda, a Constituição Federal de 1988 não apenas previu a assistência judiciária gratuita aos necessitados, como empreendeu verdadeira revolução no tema do acesso à justiça dos grupos vulneráveis²⁸. Encartada no capítulo referente aos direitos fundamentais, a garantia de assistência jurídica integral e gratuita aos que não possuem recursos²⁹ expande a dimensão do serviço prestado, integrando além da assistência legal para propositura de ações, o acompanhamento processual e a dispensa do pagamento de taxas, a orientação jurídica extrajudicial, com a instauração e monitoramento de processos administrativos, atos notariais diversos, atividades de consultoria, entre outros.³⁰ Diante desse novo paradigma, a assistência passa a ser integral (antes, durante e depois do processo judicial ou, até mesmo, independentemente dele).³¹

Por outro lado, o texto constitucional determinou que o modelo a ser adotado para a prestação desse serviço público essencial seria o *salaried staff*, já vigente de forma bem estruturada no estado do Rio de Janeiro. Previa-se, assim, que o desenvolvimento desse papel caberia a uma instituição própria, essencial à função jurisdicional do Estado: a Defensoria Pública.³²

Nesse contexto, o acesso à justiça dos indivíduos e grupos sociais vulneráveis se mostra como instrumento de tutela e promoção dos direitos humanos. Através da nova roupagem constitucional em que a Defensoria Pública se insere, tem-se que a instituição possui um papel fundamental na consecução do projeto político-normativo de 1988, consolidando-se como porta de entrada para a inclusão social e o exercício da cidadania.³³

²⁸ Para um aprofundamento do teor dos debates travados na Assembleia Nacional Constituinte acerca do modelo de assistência jurídica a ser adotado, conferir: “ROCHA, Jorge Bheron; CALDAS, Mariana Urano de Carvalho. A autonomia integral da Defensoria Pública sob a ótica do novo constitucionalismo. In: ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casas; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro (Orgs.). **Autonomia e Defensoria Pública: aspectos constitucionais, históricos e processuais**. Salvador: JusPodivm, p. 25-55, 2017.”

²⁹ Constituição Federal de 1988. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

³⁰ MOREIRA, J. C. B. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, 1992, p. 205-208.

³¹ LIMA, F. R. V. de. **Defensoria Pública**, 2014, p. 23.

³² Constituição Federal de 1988. “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.” (redação original)

³³ FENSTERSEIFER, T. **Defensoria Pública na Constituição Federal**, 2017, p. 168-169.

Para isso, a Defensoria Pública possui um regime constitucional em constante evolução, além de leis infraconstitucionais, que lhe garantem autonomia administrativa, financeira, princípios institucionais próprios, direitos, prerrogativas, os quais funcionam como instrumentos relevantes para que os vulneráveis possam usufruir de um serviço público ágil, eficaz, bem estruturado e capaz de assegurar a integralidade dos seus direitos.

3. A DEFENSORIA PÚBLICA E O MODELO PÚBLICO BRASILEIRO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA

A Constituição Federal de 1988, consagrando a assistência jurídica gratuita aos vulneráveis como direito fundamental, erigiu um modelo público para prestação desse serviço essencial. Com a determinação de que essa função seria exercida pela Defensoria Pública, o constituinte tratou de delinear um regime jurídico específico à instituição.

Prevista no capítulo inerente às “Funções Essenciais à Justiça”, a Defensoria Pública foi talhada como uma quarta função política, independente da legislativa, executiva e jurisdicional, no que Diogo de Figueiredo Moreira Neto denomina de **função de provedoria de justiça**.³⁴ Tendo sua estrutura oriunda diretamente da Constituição, a Defensoria Pública não se vincula a nenhum dos poderes constituídos, qualificando-se como uma **instituição extrapoder**, elementar ao Estado Democrático de Direito contemporâneo.³⁵

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 delineou as balizas para a conformação e posicionamento da instituição no cenário político-jurídico nacional. Entretanto, no que tange a sua estruturação, previa, em seu artigo 134, §único (redação original), que lei complementar organizaria a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios, além de que prescreveria normas gerais para sua organização nos estados.

Cumprindo o mandamento constitucional, foi editada a Lei Complementar nº 80/1994, de caráter nacional, onde se definiram princípios e funções institucionais, garantias e prerrogativas dos seus membros, deveres funcionais e proibições, além de linhas gerais de sua estrutura organizacional. Com esse novo impulso, a Defensoria Pública sedimentava ainda mais sua importância na luta pelo acesso à justiça no país.

3.1 A Defensoria Pública como instituição estatal autônoma

Exercer a defesa intransigente dos direitos fundamentais dos mais necessitados exige ferramentas que assegurem a liberdade de atuação da Defensoria Pública. Isso se mostra ainda mais relevante quando se verifica que uma parte considerável dos litígios acompanhados pela instituição envolve grupos econômicos, violações de direitos perpetradas pelo pró-

³⁴ MOREIRA NETO, D. de F. A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, 1995, p. 22.

³⁵ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**, 2018, p. 69.

prio poder público ou interesses políticos diversos. Apenas uma instituição autônoma, livre de amarras em relação aos poderes constituídos do Estado, é capaz de enfrentar esses desafios.

A Constituição Federal de 1988 não deixou explícito em seu texto que a Defensoria Pública gozaria de autonomia. Essa suposta omissão foi utilizada como pretexto para dificultar a implantação e desenvolvimento da instituição pelo país. Nesse contexto, pode-se observar que, durante muito tempo, a maioria das Defensorias Públicas foram tratadas como Secretarias de Estado ou vinculadas a estas, com subordinação última ao chefe do Poder Executivo.

Apesar da autonomia ser facilmente observada a partir de uma análise sistemática do texto constitucional, especialmente em atenção à localização topográfica da instituição, apartada dos demais poderes estatais³⁶, foi apenas com a Emenda Constitucional nº 45/2004 que a Defensoria Pública de fato oficializou sua autonomia funcional, administrativa e financeira.³⁷ Vale ressaltar que, nesse primeiro momento, apenas as Defensorias Públicas dos Estados tiveram assegurada sua autonomia. A Defensoria Pública do Distrito Federal e a Defensoria Pública da União restaram expressamente reconhecidas como autônomas apenas com a edição, respectivamente, das Emendas Constitucionais nº 69/2012 e nº 74/2013.³⁸

Através da autonomia funcional, a Defensoria Pública assegura independência na execução de suas atribuições institucionais, protegendo-se de interferências externas e garantindo uma atuação balizada nos preceitos constitucionais e na sua legislação de regência. No que concerne à autonomia administrativa, tem-se que a Defensoria Pública consolida sua posição de **instituição extrapoder**, ao fortalecer sua capacidade de conduzir de forma plena a gestão dos seus interesses, com liberdade para administrar seu orçamento e escolher suas prioridades, submetendo-se unicamente ao seu regime jurídico-administrativo. Na esfera financeira, sua autonomia confere a iniciativa de sua proposta orçamentária, respeitados os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, onde terá a prerrogativa de definir os recursos necessários para a consecução dos seus objetivos institucionais.

Ainda nesse cenário, cumpre destacar a relevância da edição da Lei Complementar nº 132/2009 (responsável por alterar diversos dispositivos da Lei Complementar nº 80/94),

³⁶ ALVES, C. F. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça**. 2005. 606 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 350-354.

³⁷ Constituição Federal de 1988. “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (...) §2º. As Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, §2º.”

³⁸ Constituição Federal de 1988. “Art. 134. (...) §3º. Aplica-se o disposto no §2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.”

que, além de reforçar a autonomia prevista no texto constitucional³⁹, estabeleceu novas funções, competências e deveres à Defensoria Pública, modernizando sua organização normativa e fornecendo uma agenda de atuação mais ampla e condizente com seu papel essencial.

3.2 Funções institucionais da Defensoria Pública: um renovado perfil a partir do seu reconhecimento como expressão e instrumento do regime democrático

Juntamente com a evolução normativa afeta à função defensorial, foi observada uma mudança de perspectiva acerca do papel da Defensoria Pública no cenário jurídico-político nacional. Essa nova visão pode ser identificada dentro da própria instituição, na relação desta com os demais atores do sistema de justiça e dos outros poderes ou, ainda, na sua interação com a população.

Essa transformação ficou mais evidente a partir de dois marcos normativos: a Lei nº 11.448/2007, que, ao alterar o artigo 5º da Lei nº 7.347/1985, reconheceu expressamente a ampla legitimidade da Defensoria Pública para propor ações civis públicas, previsão que seria posteriormente confirmada pelos tribunais superiores (em especial pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3.943/DF); e a Lei Complementar nº 132/2009, que praticamente refundou a Defensoria Pública no país. A instituição deixava finalmente para trás um perfil meramente individualista para adotar o solidarismo jurídico.⁴⁰

Afirmando seu caráter vanguardista, a Lei Complementar nº 132/2009 já inicia, em seu artigo 1º, com a substancial alteração da definição legal de Defensoria Pública.⁴¹ O texto, que seria posteriormente replicado pela Emenda Constitucional nº 80/2014 (alterando o artigo 134 da Constituição Federal), conceitua a instituição como permanente, sendo expressão e instrumento do regime democrático, além de responsável pela promoção dos direitos humanos, seja no âmbito individual ou coletivo.

³⁹ Lei Complementar nº 80/1994. “Art. 97-A. À Defensoria Pública do Estado é assegurada autonomia funcional, administrativa e iniciativa para elaboração de sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, cabendo-lhe, especialmente: I - abrir concurso público e prover os cargos de suas Carreiras e dos serviços auxiliares; II - organizar os serviços auxiliares; III - praticar atos próprios de gestão; IV - compor os seus órgãos de administração superior e de atuação; V - elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos; VI - praticar atos e decidir sobre situação funcional e administrativa do pessoal, ativo e inativo da Carreira, e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios; VII - exercer outras competências decorrentes de sua autonomia. Art. 97-B. A Defensoria Pública do Estado elaborará sua proposta orçamentária atendendo aos seus princípios, às diretrizes e aos limites definidos na lei de diretrizes orçamentárias, encaminhando-a ao Chefe do Poder Executivo para consolidação e encaminhamento ao Poder Legislativo.”

⁴⁰ SOUSA, J. A. G. de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da instituição? **Revista Forense (Impresso)**, 2010, p. 184.

⁴¹ Lei Complementar nº 132/2009. “Art. 1º. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.”

Qualificar a Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático é reconhecer que sua atuação é tanto representativa da busca por um acesso à justiça efetivo e democrático quanto meio adequado para sua sedimentação. Nesses termos, Pedro González indica que essa nova caracterização da Defensoria Pública advém do seu desempenho e consolidação como manifestação do avanço social e da realização dos princípios democráticos basilares, quais sejam: a primazia da vontade popular, a manutenção da liberdade e a igualdade de direitos.⁴²

Aprofundando essa lógica, a Lei Complementar nº 132/2009 deu nova feição ao artigo 4º da Lei Complementar nº 80/1994, aperfeiçoando as atribuições institucionais com um aspecto menos individualista e demandista, ao trazer novas funções com caráter mais inclusivo, resolutivo, educativo e solidário.⁴³ Destacam-se, nesse contexto, a busca prioritária pela solução extrajudicial dos conflitos, a educação em direitos, o acesso aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, a consolidação da legitimidade para as ações coletivas, a participação em conselhos de direitos e a possibilidade de convocação de audiências públicas.

Esse ampliado catálogo de incumbências serve para dar concretude aos novos objetivos (art. 3º-A, LC nº 80/1994) endereçados à Defensoria Pública, assegurando à instituição mecanismos para a promoção dos direitos humanos dos grupos vulneráveis, com a conseqüente redução das desigualdades sociais.⁴⁴ Ao romper com o caráter tradicionalmente individualista de agir, as novas funções atribuídas à Defensoria Pública conferem à instituição “(...) o

⁴² GONZÁLEZ, P. A definição constitucional da Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático: para além de sua função simbólica. In: ALVES, C. F.; GONZÁLEZ, P. (Orgs.). **Defensoria Pública no Século XXI: Novos horizontes e desafios**, 2017, p. 40.

⁴³ Lei Complementar nº 80/1994. “Art. 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: I - prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; II - promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; III - promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; (...) V - exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; VI - representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; VII - promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; VIII - exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; (...) X - promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; XI - exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (...) XVII - atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; XX - participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos; (...) XXII - convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.”

⁴⁴ SEPÚLVEDA, A.; ALVES, C. F. Inovações legislativas para o aprimoramento da Defensoria Pública no Brasil: independência, accountability e redução das desigualdades sociais. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, 2013, p. 143.

papel de uma grande agência nacional de promoção da cidadania e dos direitos humanos.”⁴⁵

A nova feição da Defensoria Pública seria ainda intensificada pela edição da Emenda Constitucional nº 80/2014, a qual, primeiramente, reestruturou as seções referentes ao Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça) do Título IV da Constituição Federal. Antes presente na Seção III (da Advocacia e da Defensoria Pública), a instituição passou a ter uma seção própria (Seção IV – Da Defensoria Pública). Essa realocação topográfica deixa bem claro que advocacia e Defensoria Pública podem até trabalhar juntas, mas possuem funções e razões de existir completamente distintas, corroborando, inclusive, os argumentos favoráveis à desvinculação dos defensores públicos dos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Por outro lado, foi replicado o texto do artigo 1º da Lei Complementar nº 80/1994 (com a redação dada em 2009) no artigo 134 da Constituição Federal⁴⁶, constitucionalizando o moderno regime instituído pela Lei Complementar nº 132/2009. Nesses termos, ao estabelecer o caráter permanente da instituição, o constituinte reformador elevou a Defensoria Pública à posição de cláusula pétrea, não podendo a instituição ser alvo de limitações que esvaziem seu conteúdo ou sua possibilidade de atuação. Essa conclusão se mostra congruente ao se conjugar o fato da Constituição Federal considerar a assistência jurídica aos que comprovarem insuficiência de recursos como direito fundamental e ao mesmo tempo reconhecer a Defensoria Pública como instituição permanente e detentora do monopólio da assistência jurídica estatal gratuita aos necessitados (artigos 5º, LXXIV e 134).

Ademais, a inclusão do §4º ao artigo 134 da Constituição Federal⁴⁷, o qual permite a aplicação à Defensoria Pública de dispositivos constantes do regime constitucional afeto à magistratura, criou possibilidades interessantes no âmbito defensorial. Diante desse novo padrão normativo, um aspecto que teve impacto importante e imediato foi o reconhecimento de que a Defensoria Pública possui iniciativa legislativa para o encaminhamento de propostas de interesse institucional. Essa previsão reforça sua autonomia e permite uma atuação livre de amarras e intromissões externas de toda ordem.

Por fim, o artigo 2º da Emenda Constitucional nº 80/2014 acrescentou o artigo 98 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, impondo o dever ao Estado de, em oito anos, alocar defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais do país. Importa destacar que a norma indica que devem ser levados em consideração quando da instalação de novos núcleos os índices de exclusão social e adensamento populacional, preferindo-se

⁴⁵ SOUSA, J. A. G. de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da instituição? **Revista Forense (Impresso)**, 2010, p. 185.

⁴⁶ Constituição Federal de 1988. “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

⁴⁷ Constituição Federal de 1988. “Art. 134. (...) §4º. São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.”

as áreas que possuam números mais alarmantes.

Apesar de aparentemente reduzir a função da Defensoria Pública a um papel meramente demandista e vinculado à unidade jurisdicional, já que leva em consideração mais os aspectos quantitativos do que propriamente a realidade social da região e as demandas específicas dos atores sociais locais, a norma é salutar e demonstra o reconhecimento da necessidade de expansão da instituição. Contudo, embora essa previsão constitucional implique em um mandamento ao seu destinatário, para que essa capilarização da Defensoria Pública seja efetivada, é necessária uma cobrança institucional e social, já que sua consecução exige investimentos importantes e o compromisso das esferas de poder em não deixar que a norma se torne mais um caso de constitucionalização simbólica, em sua vertente de legislação-álibi.⁴⁸

3.3 Defensoria Pública e o acesso à justiça no Código de Processo Civil de 2015

A redação original do Código de Processo Civil de 1973 não continha previsão alguma acerca da Defensoria Pública. Tendo em vista que a instituição não possuía assento constitucional e que apenas alguns estados da federação a haviam instituído, não se poderia esperar um tratamento diferente. Contudo, após a constitucionalização da Defensoria Pública em 1988 e sua sedimentação através da constante evolução de sua normativa institucional, soava incongruente que o CPC/1973 trouxesse apenas quatro dispositivos tratando da instituição (artigos 585, II; 690-A, III; 982, §1º e 1.124-A, §2º). Ademais, nenhum deles atentava para a atuação judicial da Defensoria Pública, nem especificava as atividades de seus membros, versando apenas acerca de situações pontuais, como, por exemplo, o reconhecimento de acordo firmado no âmbito da instituição como título executivo extrajudicial.

Corrigindo essa distorção e reconhecendo a importância que a Defensoria Pública ocupa no cenário jurídico nacional, o Código de Processo Civil de 2015 traz em seu bojo um título específico tratando da instituição (Livro III, Título VII, artigos 185 a 187⁴⁹), separando-a da advocacia. Além disso, previu sua atuação de forma esparsa ao longo do Código e assegurou sua presença no que concerne a novos institutos processuais. Trazer a Defensoria Pública para o principal diploma processual nacional significa maior difusão sobre o papel que a instituição desempenha no sistema de justiça, gerando maior segurança tanto na sua atuação como no relacionamento com os demais sujeitos processuais.

Nesse sentido, o artigo 185 do CPC/2015 reproduz parcialmente o artigo 134 da CRFB/1988, versando que cabe à Defensoria Pública a orientação jurídica, a promoção

⁴⁸ NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**, 2011, p. 36-41.

⁴⁹ Código de Processo Civil de 2015: “Art. 185. A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita. Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais. §1º. O prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público, nos termos do artigo 183, §1º. §2º. A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada. (...)”

dos direitos humanos e a defesa dos direitos fundamentais individuais e coletivos dos necessitados. O conceito de orientação jurídica deve ser entendido como a atuação judicial e extrajudicial relacionada não apenas à consultoria e postulação, mas também à educação em direitos, conciliação, mediação, participação em conselhos, dentre outras funções institucionais.⁵⁰ Por outro lado, deve-se entender que o termo “necessitado” se relaciona com o hipossuficiente de forma geral, seja de viés econômico, jurídico ou organizacional.⁵¹

O artigo 186 do CPC/2015 dispõe sobre as prerrogativas do prazo em dobro e da intimação pessoal, que também já eram tratadas em diplomas específicos. Contudo, a importante inovação delineada nesse artigo é a possibilidade da Defensoria Pública requerer ao juízo a intimação pessoal da parte assistida sempre que a prática de determinado ato depender de providência ou informação que apenas ela possa realizar ou prestar. Nesse contexto, mostra-se oportuna a observação de Cleber Francisco Alves e Pedro González quando indicam que o juízo não possui discricionariedade no cumprimento da requisição feita pela Defensoria Pública. O tempo verbal (futuro do presente) adotado pelo legislador denota uma obrigação a ser cumprida diante da provocação indicada no texto da norma, não uma liberalidade.⁵² Trata-se de instrumento que leva em conta as peculiaridades da atuação defensorial, com sua estrutura ainda deficitária, funcionando como meio de concretização de uma igualdade material.

Em que pese a existência de diversos outros dispositivos importantes que tratam da Defensoria Pública no Código de Processo Civil de 2015, pelo escopo do presente trabalho, entende-se como relevante encerrar o presente tópico com a discussão acerca da atuação da instituição na área coletiva. Vale destacar que o trabalho na seara coletiva não se resume a propositura de ações coletivas. Como alerta Jorge Bheron Rocha, o CPC/2015 é profícuo na previsão de instrumentos inovadores de atuação coletiva *lato sensu* que preveem a participação da Defensoria Pública, tais como o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 139, X), o incidente de assunção de competência (artigo 947, §1º), a atuação como *amicus curiae* (artigo 138), além da intimação da instituição na ações possessórias sempre que no pólo passivo se encontrar um grande número de pessoas em situação de vulnerabilidade (artigo 554, §1º).⁵³

Obviamente, o Código de Processo Civil de 2015, por si só, não conseguirá resolver todas as celeumas que envolvem a atividade defensorial. Entretanto, o espaço dado à instituição, respeitando seu regime jurídico constitucional e sua legislação de regência, além da

⁵⁰ ROCHA, J. B. Breves notas sobre Defensoria Pública e acesso à justiça no Novo Código de Processo Civil. In: CAÚLA, Bleine Queiroz; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; LEITÃO, Rômulo Guilherme (Orgs.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**, 2018, p. 295.

⁵¹ ALVES, C. F.; GONZÁLEZ, P. A Defensoria Pública no novo Código de Processo Civil brasileiro: breves considerações. In: ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro (Orgs.). **Defensoria Pública no Século XXI: Novos horizontes e desafios**, 2017, p. 165.

⁵² ALVES, C. F.; GONZÁLEZ, P. A Defensoria Pública no novo Código de Processo Civil brasileiro: breves considerações. In: ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro (Orgs.). **Defensoria Pública no Século XXI: Novos horizontes e desafios**, 2017, p. 168.

⁵³ ROCHA, J. B. Breves notas sobre Defensoria Pública e acesso à justiça no Novo Código de Processo Civil. In: CAÚLA, Bleine Queiroz; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; LEITÃO, Rômulo Guilherme (Orgs.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**, 2018, p. 298.

previsão de sua participação em diversos novos instrumentos processuais, especialmente os coletivos, faz com que a Defensoria Pública saia fortalecida na busca pela sua função primordial, que é a concretização dos direitos fundamentais da população vulnerável.

3.4 Defensoria Pública e o desenvolvimento de novas vertentes de atuação

A sedimentação desse novo perfil de Defensoria Pública no cenário jurídico-social brasileiro tem erigido uma instituição democrática e de atribuições plurais. Esse caráter multifacetado acaba atraindo diversas demandas que a sociedade entende como prementes e que o modelo tradicional de acesso à justiça não suporta de forma adequada. Essa expansão material e estrutural de reivindicações é fruto da vocação defensorial de prestar assistência jurídica **integral** aos necessitados, entendidos como aqueles em situação de vulnerabilidade em sentido amplo. Dessa forma, mostra-se relevante analisar algumas dessas vertentes de atuação inovadoras, ponderando a relevância do seu exercício e a capacidade da instituição em prestar esse serviço de forma ágil, eficiente e, acima de tudo, humanizada.

Uma das novas funções institucionais mais interessantes trazidas pela Lei Complementar nº 132/2009 foi a promoção da **educação em direitos** (artigo 3º, III, LC 80/1994). Reconhecendo que o papel da Defensoria Pública vai muito além da simples postulação e orientação jurídica, a norma em apreço determina que a instituição atue na difusão e conscientização acerca de temas relacionados aos direitos humanos e cidadania. Deve-se atentar para o fato de que educação em direitos não se confunde com orientação jurídica. Com efeito, a educação em direitos objetiva conscientizar a população mais carente de seus direitos básicos, a fim de que sejam capazes por si mesmos de identificar quando estes forem violados e de que forma devem proceder na busca pela resolução do problema. Esse auxílio no empoderamento da população cristaliza o papel do defensor público como verdadeiro catalizador de mudanças sociais.

Outra importante faceta de atuação é a **representação aos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos** (artigo 3º, VI, LC 80/1994). Sendo a Defensoria Pública instituição responsável pela defesa dos direitos humanos dos necessitados em todos os níveis, não se mostrava coerente que sua atuação não abrangesse a seara internacional, *locus* privilegiado para discussões dessa natureza. Especialmente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a discussão acerca do papel da Defensoria Pública se mostra bastante avançada, com o reconhecimento pela Organização dos Estados Americanos, através de diversas resoluções⁵⁴, do papel fundamental da instituição na promoção e proteção do direito de acesso à justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade. Foi nesse contexto que se deu a criação da figura do **Defensor Público Interamericano**, que possui atuação subsidiária à dos membros das Defensorias Públicas nacionais, representando as vítimas perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos e junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Esse trabalho conjunto no âmbito internacional propicia a criação de um amplo espaço de governança de direitos humanos, sendo a Defensoria Pública parte destacada desse sistema.

⁵⁴

Resoluções nº 2656/2011, 2714/2012, 2801/2013, 2821/2014 e 2887/2016.

Existem ainda diversas possibilidades de atuação que vêm sendo desenvolvidas pela doutrina institucional, tais como: o exercício da função de *ombudsman* na defesa dos direitos humanos⁵⁵; a intervenção defensorial na qualidade de *custus vulnerabilis*⁵⁶; a possibilidade da instituição firmar Termos de Ajustamento de Conduta e presidir Inquéritos Cíveis⁵⁷; a legitimação para a propositura de Mandado de Segurança Coletivo, Ação de Improbidade Administrativa e Mandado de Injunção Coletivo⁵⁸; a expansão do atendimento para áreas como a Justiça Desportiva⁵⁹ e a Justiça Eclesiástica⁶⁰, entre outras.

Entretanto, é preciso ter cautela com a expansão indiscriminada e muitas vezes açodada de atribuições. Quanto mais a Defensoria Pública se arvora de encargos, mais lacunas podem surgir em razão da quantidade reduzida de investimentos em sua estrutura, fazendo com que a qualidade dos seus serviços seja prejudicada. Obviamente, não se trata de afastar o caráter universal da prestação de assistência jurídica pela instituição, mas raciocinar de forma estratégica para que os recursos escassos possam ser melhor empregados. Ressalte-se, essa postura de autocontenção não significa abandonar a busca por uma prestação jurídica mais completa e expansiva ou taxar determinados interesses como menos relevantes, mas traçar agendas de atuação factíveis e voltadas menos a interesses corporativistas e mais a uma prestação eficiente e adequada aos vulneráveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de redemocratização brasileiro trouxe consigo a semente da luta por um país menos desigual. Fruto dessa ideia, a Constituição Federal de 1988 erigiu um programa normativo que situa o respeito aos direitos fundamentais como pedra basilar do nosso modelo político-jurídico de sociedade. Nesse cenário, o acesso à justiça se destaca como o direito garantidor de outros direitos, verdadeiro escudo na proteção de direitos fundamentais.

⁵⁵ Ver: “Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **La figura del Ombudsman: guía de acompañamiento a los pueblos indígenas como usuarios**. San José, Costa Rica: IIDH, 2006”; “SARMENTO, Daniel. **Parecer**: Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União. Rio de Janeiro, 2015, p. 16-19.”

⁵⁶ Por todos: “MAIA, Maurílio Casas. O Estado-Defensor como *custos vulnerabilis*: entre o REsp. 1.192.577 e a EC 80/2014. **Seleções Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 417, p. 35-39, 31 jul./2014.”

⁵⁷ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**, 2018, p. 436-438.

⁵⁸ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**, 2018, p. 440-446.

⁵⁹ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**, 2018, p. 533-534.

⁶⁰ SILVA, F. R. A. Assistência jurídica da Defensoria Pública perante os órgãos eclesiais da Santa Sé. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, 2016, p. 11-29.

Com efeito, nos trinta anos de Constituição Federal de 1988, houve um significativo aumento na concretização de direitos, resultado da ampliação dos mecanismos de acesso à justiça. Nesse cenário, o papel da Defensoria Pública tem se mostrado decisivo. O fortalecimento da instituição tem afastado a visão deturpada de que prestaria um serviço assistencialista, consolidando uma assistência jurídica verdadeiramente integral, não engessada pelas amarras processuais.

O perfil defensorial construído ao longo das últimas décadas tem edificado uma instituição feita para o povo, que prioriza a educação em direitos, a prevenção de conflitos, a promoção dos direitos humanos, o empoderamento das comunidades, num ambiente marcado pelo respeito e diálogo, não se abrindo mão, obviamente, da defesa intransigente dos direitos fundamentais dos grupos vulneráveis em caso de necessidade.

Nesse sentido, a instituição deve priorizar a atuação coletiva, de perfil solidário, afastando-se do modelo individualista e demandista, enraizado no sistema de justiça brasileiro. Isso não significa o abandono da defesa de direitos individuais, mas uma atuação estratégica visando a tutelar o maior número possível de pessoas em situação de vulnerabilidade. É preciso acompanhar a evolução das demandas sociais para continuar oferecendo um serviço público de qualidade. Para isso, é necessária uma Defensoria Pública forte, estruturada, autônoma, livre de amarras políticas e orçamentárias, para que possa desempenhar seu papel transformador de forma efetiva.

Contudo, deve-se fugir de algumas armadilhas. Com o incremento de poderes e funções, muitas vezes vem o encastelamento, um distanciamento típico de quem ascende e esquece a quem de fato serve e deve satisfação. É preciso ter cuidado para que equiparações não se transformem em mera soberba, que prerrogativas não se convertam em privilégios e que o neologismo “defensorar”, tão em voga nos últimos tempos, não se torne uma mera forma enviesada e vazia de autopromoção pessoal e institucional. A Defensoria Pública não tem esse direito.

REFERÊNCIAS

ALVES, C. F. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça**. 2005. 606 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

_____; GONZÁLEZ, P. A Defensoria Pública no novo Código de Processo Civil brasileiro: breves considerações. *In*: ALVES, C. F.; GONZÁLEZ, P. (Orgs.). **Defensoria Pública no Século XXI: Novos horizontes e desafios**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 163-169, 2017.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie North-

fleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

ECONOMIDES, K. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia? *In*: PANDOLFI, Dulce Chaves. *et al.* (Orgs). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76.

ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FENSTERSEIFER, T. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FRAGOSO, J.; BICALHO, M. F. B; GOUVÊA, M. de F. S (Orgs.). **O Antigo Regime nos trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

GALANTER, M. Access to justice in a world of expanding social capability, **Fordham Urban Law Journal**, v. 37, n. 1, p. 115-128, 2010.

GONZÁLEZ, C. El abogado y el procurador de pobres: la representación de esclavos y esclavas a fines de la Colonia y principios de la República. **SudHistoria**, Chile, n. 5, p. 81-98, jul./dez. 2012.

GONZÁLEZ, P. A definição constitucional da Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático: para além de sua função simbólica. *In*: ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro (Orgs.). **Defensoria Pública no Século XXI: Novos horizontes e desafios**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 5-40, 2017.

HESPANHA, A. M. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, Milão, n. 35, Tomo I, p. 59-81, 2006.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **La figura del Ombudsman**: guía de acompañamiento a los pueblos indígenas como usuarios. San José, Costa Rica: IIDH, 2006.

LIMA, F. R. V. de. **Defensoria Pública**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MAIA, M. C. O Estado-Defensor como *custos vulnerabilis*: entre o REsp. 1.192.577 e a EC 80/2014. **Seleções Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 417, p. 35-39, jul. 2014.

MESSITTE, P. Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 7, p. 126-150, out. 1967.

MOREIRA, J. C. B. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, ano VI, n. 3, p. 197-211, jan./jun. 1992.

MOREIRA NETO, D. de F. A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça.

Revista de Direito da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, ano VI, n. 7, p. 15-41, 1995.

NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, L. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano (Org.). **Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, p. 137-167, 2004.

ROCHA, J. B.; CALDAS, M. U. de C. A autonomia integral da Defensoria Pública sob a ótica do novo constitucionalismo. In: ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurílio Casas; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro (Orgs.). **Autonomia e Defensoria Pública: aspectos constitucionais, históricos e processuais**. Salvador: JusPodivm, p. 25-55, 2017.

_____. Breves notas sobre Defensoria Pública e acesso à justiça no Novo Código de Processo Civil. In: CAÚLA, Bleine Queiroz; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; LEITÃO, Rômulo Guilherme (Orgs.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 10, p. 291-302, 2018.

SADEK, M. T. A. Defensoria Pública: a conquista da cidadania. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública, volume 1**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 19-32, 2014.

SARMENTO, D. **Parecer: Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União**. Rio de Janeiro, 2015.

SILVA, F. R. A. Assistência jurídica da Defensoria Pública perante os órgãos eclesiásticos da Santa Sé. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, ano 7, v. 15, p. 11-29, mai./ago. 2016.

SCHWARTZ, S. B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEPÚLVEDA, A.; ALVES, C. F. Inovações legislativas para o aprimoramento da Defensoria Pública no Brasil: independência, accountability e redução das desigualdades sociais. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p. 133-156, dez. 2013.

SOUSA, J. A. G. de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da instituição? **Revista Forense (Impresso)**, Rio de Janeiro, v. 408, p. 165-216, 2010.

SOUZA, L. de M. e. **O sol e a sombra: política e administração na América portuguesa do século XVIII**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO PROCESSO PENAL EM PROL DO ACUSADO NÃO HIPOSSUFICIENTE E A JUSTA RETRIBUIÇÃO PELO SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO

THE PERFORMANCE OF THE PUBLIC DEFENDER IN CRIMINAL PROCEDURE IN FAVOR OF THE NON-HYPOSSUFICIENT DEFENDANT AND THE FAIR RETURN BY THE PUBLIC SERVICE PROVIDED

Guillermo Rojas de Cerqueira César

*Defensor Público Federal
Mestrando em Teoria do Direito e do Estado no Centro Universitário de Marília
(UNIVEM)*

guillermo.rojas@dpu.def.br

RESUMO

A atuação da Defensoria Pública em prol do acusado não hipossuficiente no processo penal suscita várias dúvidas em relação a possibilidade de cobrança do serviço público prestado. A tese aqui desenvolvida revela que a previsão contida no atual código de processo penal não contempla de forma adequada a nova roupagem constitucional em que a Defensoria está erigida. Não faz sentido desenvolver atividades atípicas da instituição sem a possibilidade de previsão específica e cobrança pela justa retribuição do serviço público prestado. O constituinte reformador possibilitou a emancipação da instituição, cabendo a seus gestores a iniciativa e adequação legislativa à nova realidade vivida.

Palavras-Chave: Defensoria Pública. Defesa Criminal. Hipossuficiência. Retribuição. Honorários.

ABSTRACT

The performance of the Public Defender's Office in favor of the the non-hypossufficient defendant in criminal proceedings raises several doubts regarding the possibility of charging for the public service rendered. The thesis developed here reveals that the prediction contained in the current criminal procedure code does not adequately contemplate the new constitutional guise in which the Public Defense is set up. It does not make sense to develop atypical activities of the institution without the possibility of specific prediction of their just retribution. The reforming constituent made possible the emancipation of the institution, and its managers had the initiative of legislative adaptation to the new reality lived.

Keywords: Public Defender. Criminal Defense. Hypossufficient. Retribution. Honoraria.

Data de submissão: 09/03/2018

Data de aceitação: 12/07/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO PROCESSO PENAL 2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL: ADVOGADO DATIVO X DEFENSOR PÚBLICO 3. RETRIBUIÇÃO DO NÃO HIPOSSUFICIENTE PELO SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO: QUEM DEVE COBRAR DO RÉU? 4. PROPOSTAS DE SUPERACÃO DO MODELO ATUAL. CONCLUSÕES.

INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública encontra lugar de relevo no contexto da Processualística do Direito Penal sendo este o *locus* por excelência do papel de resistência que desempenha dentre o rol de suas funções outorgadas pela Constituição Federal.

Certo é que com a edição das Emendas Constitucionais 74/2013 e 80/2014 pelo menos no “papel” a Defensoria Pública expandiu-se de forma a merecer, ainda que em tese, o mesmo tratamento outorgado às demais funções essenciais à justiça.

Em que pese o conteúdo formal do texto constitucional incumbir a Defensoria Pública da defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados na forma do inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” a temática continua a despertar intensas discussões quando se trata da realização da defesa no âmbito do processo penal.

Isso porque, explica-se, o direito de defesa criminal é um direito irrenunciável e independente da condição financeira do acusado o Estado deve proporcionar ao cidadão meios aptos a garantia do contraditório e da ampla defesa, direitos fundamentais.

Em contraponto, nas demais searas do direito, como o direito civil e previdenciário, por exemplo, a não condição de hipossuficiência econômica afasta a Defensoria Pública do campo de atuação, ensejando o indeferimento da assistência jurídica gratuita àqueles que não comprovarem insuficiência de recursos (econômicos/financeiros em grande parte dos casos).

Assim, exsurge o seguinte questionamento: A Defensoria Pública deve defender todas as pessoas no processo penal, ainda que tenham condições de suportar o pagamento de advogados privados?

1. A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO PROCESSO PENAL.

Para responder a esse questionamento necessário se faz um maior aprofundamento sobre o tema.

A atuação na defesa criminal de réu que não contratou advogado, a depender de sua condição econômica pode ser classificada como função atípica da Defensoria Pública, muito bem conceituada por Roger Franklin Alves Silva e Diogo Esteves como sendo:

todas aquelas que não se relacionarem com a deficitária condição econômica do sujeito, sendo desempenhadas pela Defensoria Pública independentemente da verificação de hipossuficiência do des-

tinatário. Nesses casos, o fator econômico é irrelevante para que a Defensoria Pública possa exercer regularmente suas funções, bastando apenas que a hipótese legal de intervenção institucional esteja configurada.¹

Merece relevo também a classificação cunhada por José Augusto Garcia de Sousa² em que propõe a divisão das funções institucionais da Defensoria Pública alicerçando – se em funções tradicionais (ou “tendencialmente individualistas”) e funções não tradicionais (ou “tendencialmente solidaristas”), abarcando as atribuições que objetivam a proteção de valores relevantes do ordenamento jurídico, nesse segundo conceito, como a atuação de defesa do réu sem advogado na seara criminal e atuação da curadoria especial na esfera cível.

No mesmo sentido, de que a atuação no Processo Penal aos acusados que não contratam advogados para sua defesa, mesmo não sendo hipossuficientes financeiros, incumbiria a Defensoria Pública:

A nomeação ex officio pelo juiz do defensor público para atuar em uma determinada causa só pode se dar na hipótese de omissão/silêncio do réu. Tão importante e indisponível é a defesa técnica que pode ser exercida mesmo contra a vontade do réu, ou mesmo na sua ausência. Dessa forma, se o réu não constituir advogado, mesmo tendo recursos para tanto, a atuação do defensor público é obrigatória, já que a defesa técnica é indisponível no processo penal. Percebe-se, com facilidade, que no processo penal a atuação do defensor público não está vinculada à condição financeira de seu assistido³.

Assim, temos em primeira análise que constitui função institucional da Defensoria Pública atuar na defesa de réus no Processo Penal, independentemente de sua condição financeira, encontrando tal mister guardada na Lei Orgânica de regência da Defensoria Pública, notadamente no Art.4º da Lei Complementar 80/94.

¹ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União), 2014, p.329.

² SOUSA, J. A. G. de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar n. 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição? In: SOUSA, J. A. G. de (org). **Uma nova Defensoria Pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/90**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 24.

³ CASARA, R. R. R; MELCHIOR, A. P. Teoria do Processo Penal Brasileiro, **Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.426.

2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL: ADVOGADO DATIVO X DEFENSOR PÚBLICO

Além da previsão na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública que dispõe sobre a atuação da instituição em favor do réu do processo penal que não tenha condições de contratar advogado ou que não o faça, mesmo tendo condições, a previsão também está amparada no texto literal do Código de Processo Penal, elencando o artigo 263 a seguinte diretiva:

Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Parágrafo único: O acusado que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.

Contudo, a regra em comento deve ser analisada de forma consentânea ao momento histórico de sua promulgação, eis que, fora elaborada quando do advento do Código Processual em 1941, época em que, salvo em alguns poucos estados da Federação, a Defensoria Pública sequer existia.

Ao que parece, com a evolução Constitucional e com a afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos a regra estampada acima somente poderá ser aplicada naquelas comarcas ou subseções judiciárias onde não houver Defensoria Pública instalada ou, mesmo instalada, não contar com número suficiente de defensores públicos.

Assim, “tendo sido citado pessoalmente o réu, e, nada obstante, não apresentado defesa, deve o juiz designar um defensor, dativo, onde não houver defensoria pública e for pobre o acusado, para a apresentação da resposta escrita”⁴.

A afirmação dos processualistas merece reparo apenas no tocante ao termo pobre, haja vista que mesmo àqueles que possuam condições financeiras, em caso de não contratação de advogado após a citação, será designado preferencialmente defensor público para atuação e apresentação de resposta escrita.

Inclusive, sustenta-se que a previsão atual do Código de Processo Penal enquadrar-se-ia em mais uma hipótese de norma “ainda” constitucional a exemplo daquela disposta no artigo 68 do mesmo diploma, trilhando o caminho para o reconhecimento de inconstitucionalidade quando da implantação e estruturação da Defensoria Pública em todas as comarcas e subseções judiciárias do país, que aliás, deve ser completada em 08 (oito) anos,

⁴ FISCHER, D.; PACELLI, E. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**, 2014, p. 540.

a teor do disposto no art. 98 do ADCT, acrescido pela EC 80/2014⁵.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de analisar a questão relativa ao Ministério Público, que em nosso sentir se aplica ao caso, analogicamente à relação advogado dativo x Defensoria Pública:

Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. 2. **No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328. (STF RE 147776/SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 19/05/1998 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 19-06-1998 PP-00009 EMÉNT VOL-01915-01 PP-00136 Parte(s) RECTE.: ESTADO DE SÃO PAULO RECDO.: GERALDA CARDOSO DE PAULA)**

Assim, podemos sustentar a seguinte conclusão: no contexto da Constituição de 1988 e nos termos do art. 98 do ADCT, a atribuição anteriormente conferida ao advogado dativo pelo art. 263 do Código de Processo Penal deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência de atribuições.

⁵ Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. § 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo. § 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

3. RETRIBUIÇÃO DO NÃO HIPOSSUFICIENTE PELO SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO: QUEM DEVE COBRAR DO RÉU?

Caminhando na reflexão e superada a atuação da atividade defensoria por advogados dativos questiona-se a possibilidade de cobrança pelo serviço prestado ao acusado em processo criminal que não seja hipossuficiente econômico.

A resposta tende a ser afirmativa, até porque a atuação em favor de réus que possuam condições financeiras híidas constitui atividade atípica da instituição Defensoria Pública e a alocação de recursos humanos e materiais na defesa criminal de quem pode pagar pelo serviço pressupõe, em certa medida, menor tempo para a realização das atividades típicas.

Segundo Guilherme de Souza Nucci:

Dispõe a Constituição Federal que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5.º, LXXIV), significando que o encargo não é geral, mas específico. Réus pobres têm o direito fundamental de obter defesa técnica gratuita nos processos criminais, mas aqueles que, favorecidos economicamente, não desejando contratar advogado, por razões variadas, obrigarem o juiz a nomear um defensor dativo ou mesmo um membro da Defensoria Pública, devem ser responsabilizados pelos honorários do profissional. Pode o Estado antecipar o pagamento do dativo, mas o ressarcimento há de ser exigido diretamente do acusado, em ação à parte. Quanto aos defensores públicos, do mesmo modo, estão eles obrigados a atuar em defesa daquele que não quer ser defendido, pois o direito é indisponível, mas o Estado cobrará os honorários devidos, igualmente.⁶

Ocorre, contudo, que a forma como se tem enfrentado a questão não parece ser consentânea ao arcabouço jurídico em que se sustenta a Defensoria Pública.

No âmbito da Defensoria Pública da União, o Conselho Superior regulamentou a temática por meio da Resolução nº 85/2014, normativa editada em 11 de fevereiro de 2014, portanto, anterior a promulgação da EC nº 80 de 04 de junho de 2014:

Art. 7º Nos processos criminais, se restar constatado que a pessoa natural ou jurídica não é necessitada econômica, deverá o Defensor Público Federal provocar o juízo criminal para o arbitramento de honorários, os quais passam a constituir fonte de receita do Fundo de Aparelhamento e Capacitação Profissional da Defensoria Pública da União.

⁶ NUCCI, G. de S. **Código de processo penal comentado**, 2014, págs. 624-625.

A crítica lançada refere-se ao fato de que a solução encontrada repete a fórmula utilizada pelo legislador em 1941. Ora, se a defesa técnica é realizada por uma instituição autônoma administrativa e orçamentariamente e com iniciativa de lei e se o defendido possui condições financeiras de arcar com o serviço prestado, nada mais natural e lógico que a própria instituição Defensoria Pública preveja qual o valor entenda correto pelo serviço prestado e cobre do assistido o valor devido.

Deixar o arbitramento de tão importante atividade nas mãos do Poder Judiciário levará, obrigatoriamente, que a instituição seja comparada, pelo menos nesse quesito, ao superado advogado dativo.

Ademais, esta fórmula de superação está prevista no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009):

Art. 59. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

§ 1º Com o fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo penal, caberá à Defensoria Pública o patrocínio da defesa do acusado que, por qualquer motivo, não tenha constituído advogado, independentemente de sua situação econômica, ressalvado o direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

§ 2º O acusado que possuir condição econômica e não constituir advogado arcará com os honorários decorrentes da defesa técnica, cujos valores serão revertidos à Defensoria Pública, nos termos da lei.

Nota-se, que no projeto do novo Código, já não existe a previsão do advogado dativo, relegando a atividade de defesa técnica criminal exclusivamente à Defensoria Pública, pressupondo-se, com isso, a implantação definitiva da instituição a teor do disposto no art. 98 do ADCT.

Assim, a solução que se propõe, inclusive a ser estampada no Inciso XXI do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994 é no sentido de que compete a própria Defensoria Pública estabelecer os valores que serão devidos por sua atuação no âmbito da defesa criminal de assistidos que não sejam hipossuficientes.

Com a estipulação do valor e a cobrança do montante, estar-se-ia fortalecendo a um só tempo a atuação da instituição para aqueles a quem se destina e deixando de uma vez por todas de ser “soldado de reserva” junto ao poder judiciário.

A autonomia de uma instituição se faz também pela possibilidade de pactuar o valor de sua força de trabalho e cobrar pelo serviço público prestado daqueles que não sejam hipossuficientes econômicos.

Mais uma vez estamos com Franklin Roger e Diogo Esteves para quem:

os órgãos de atuação e gestão interna da Defensoria Pública, por não possuírem existência autônoma ou vontade própria, não possuem capacidade processual para promover a execução dos honorários sucumbenciais devidos à Instituição. Com base na expressa redação do art. 4º, XXI da LC nº 80/1994, acreditamos que a legitimidade ativa para a execução dos honorários sucumbenciais deve ser outorgada, de maneira exclusiva, à própria Defensoria Pública, como instituição una e indivisível (art. 3º da LC nº 80/1994)⁷.

4. PROPOSTAS DE SUPERAÇÃO DO MODELO ATUAL

Superada a controvérsia e lançada a crítica relativa a adoção de modelo ultrapassado de retribuição ao serviço público prestado importa estabelecer parâmetros de compatibilização da lei ao novo modelo de Defensoria erigido através das recentes Emendas Constitucionais que deram nova roupagem à Defensoria Pública.

Entende-se que a cobrança pelo serviço prestado deve ter previsão legal, afastando no primeiro momento a possibilidade de os Conselhos Superiores das Defensorias regulamentarem a matéria através de resolução.

Isso porque, de acordo com Manuel Maria Diez, prestação “é uma atividade pessoal que um sujeito deve efetuar em benefício de outro sujeito a quem se proporciona uma utilidade concreta e em virtude de uma relação jurídica de natureza obrigatória entre as duas partes⁸.”

Esse tipo de prestação, que o exercício da defesa criminal revela, só pode ser tido em razão da utilização, efetiva, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte, caracterizado, portanto, como a figura tributária de taxa⁹.

Somente após a previsão expressa em Lei Complementar poderia se cogitar a aplicação da regra do art. 10, I, e art. 102 da Lei Complementar nº 80/94 pois não se trataria em um primeiro momento de exercício do poder normativo no âmbito da Defensoria Pública da

⁷ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. De acordo com a EC nº 74/2013 (Defensoria Pública da União), 2014, p.397.

⁸ DIEZ, M. M. **Manual de Derecho Administrativo**, 1980.

⁹ Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas. Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se: I - utilizados pelo contribuinte: a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título; b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento; II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas; III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

União e nem atividade consultiva, normativa e decisória a serem previstas na lei estadual.

Trata-se efetivamente de obrigação imposta ao particular de valer-se do serviço público de defesa com amparo no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Aliás, esse caminho parece ter sido trilhado no supramencionado artigo 59 do projeto do novo código de processo penal eis que em seu segundo parágrafo dispõe expressamente que “o acusado que possuir condição econômica e não constituir advogado arcará com os honorários decorrentes da defesa técnica, cujos valores serão revertidos à Defensoria Pública, **nos termos da lei**” PLS 156/2009.

Assim, importa esclarecer de quem é a iniciativa de lei para prever a retribuição da função atípica prestada. Tal iniciativa deve ser analisada à partir da promulgação da Emenda Constitucional 80 de 2014.

Convém destacar, contudo, como bem esclarece o Defensor Público Federal Caio Paiva:

que na redação original da PEC 247/2013 (Proposta que foi convertida na EC 80/14) se determinava somente a aplicação do artigo 93 da CF à Defensoria Pública, de modo que a instituição teria apenas a iniciativa de lei sobre o seu estatuto jurídico, tal como o STF tem a iniciativa de lei a respeito do Estatuto da magistratura. Foi apenas com a apresentação (e aprovação) de parecer redigido pela Comissão Especial constituída para analisar a PEC 243/2014 que um substituto se sobrepôs à proposta original, determinando, portanto, que também fosse aplicado à Defensoria Pública o artigo 96, II, já que, conforme anotou o relator, “as modificações propostas [pelo projeto original], ainda que signifiquem notável avanço, não garantem à Defensoria Pública a iniciativa de lei naquilo que concerne diretamente à sua organização e funcionamento, como a criação e a extinção de seus cargos e dos serviços auxiliares¹⁰.”

Resta evidente que a retribuição pelo serviço prestado, a ser destinado ao Fundo de Aparentamento da instituição, concerne diretamente à organização e funcionamento da Defensoria Pública.

É pois, nesse contexto, que deve partir a leitura do artigo 93 “*caput*” da Constituição Federal, referenciado pelo art. 134 §4º, muito bem explicado pelo Professor Daniel Sarmento para quem “a iniciativa legislativa para tratar de temas afetos à organização da Defensoria Pública é um requisito indispensável para assegurar a autonomia da instituição.¹¹”

Prossegue o autor sustentando que:

¹⁰ PAIVA, C. **A Defensoria Pública e a hipossuficiência jurídica no processo penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-24/caio-paiva-defensoria-publica-hipossuficiencia-juridica>>. Acesso em: 30 jun 2017.

¹¹ SARMENTO, D. **Parecer**: Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União, 2015, p. 41. Disponível em: <http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf>. Acesso em: 10 jul de 2017.

É verdade que o art. 61, § 1º, inciso II, “d”, da Constituição, estabeleceu que são de iniciativa privativa do Presidente da República os projetos de lei relativos à “organização (...) da Defensoria Pública da União”. Porém, tal dispositivo foi, nesta parte, tacitamente derogado pela EC nº 80/2014, que acrescentou ao texto magno o art. 134, § 4º, determinando que se aplica à Defensoria, “no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição”. É que o art. 93, caput, da Constituição, atribuiu ao STF o poder de iniciativa de lei sobre o Estatuto da Magistratura. A aplicação deste preceito em relação à Defensoria implica o reconhecimento da iniciativa do Defensor Público-Geral Federal para leis que tratem da organização da DPU. Com efeito, ao atribuir a iniciativa do Estatuto da Magistratura ao STF, o claro propósito do constituinte foi reforçar a sua autonomia. Do mesmo modo, o espírito da EC nº 80/2014, e a diretriz que se infere de todo o sistema constitucional, na sua atual configuração, é o robustecimento da autonomia da Defensoria Pública, para que ela possa desempenhar eficientemente a sua missão constitucional, em prol dos direitos humanos dos necessitados. Não há qualquer singularidade da magistratura diante da Defensoria nesta matéria, que justifique a não aplicação do art. 93, caput, à última. Entendo que essa iniciativa é privativa do Defensor Público-Geral Federal, e não concorrente com a do Presidente da República, na mesma linha do que ocorre com o STF em relação ao Estatuto da Magistratura.

A EC nº 80/2014 é superveniente ao art. 61, § 1º, II, “d”, que já estava contido no texto originário da Carta. Aqui, é possível afirmar a revogação tácita da norma originária, em razão da sua incompatibilidade com a emenda constitucional posterior. Esta solução, ademais, prestigia mais a teleologia da Constituição, de fortalecer a autonomia da Defensoria, do que aquela que resultaria do reconhecimento da iniciativa concorrente do Presidente da República para leis sobre a organização da DPU, já que o exercício dessa suposta faculdade pelo Chefe do Executivo Federal poderia ameaçar a independência da instituição. Sem embargo, ainda que não se concorde com a tese mais ampla, da revogação tácita do art. 61, § 1º, II, “d”, da Constituição, não há como se objetar, no mínimo, ao reconhecimento do poder de iniciativa concorrente do Defensor Público-Geral Federal na matéria. A extensão do art. 93, caput, à Defensoria Pública também importa no reconhecimento do poder de iniciativa do Defensor Público-Geral Federal para a lei complementar que estabelece normas gerais para as defensorias públicas dos Estados e Distrito Federal. Trata-se da lei complementar referida no art. 134, § 1º, da Constituição, que preceitua: “§ 1º. Lei Complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para a sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.” Muito embora o Defensor Público-Geral Federal não seja o chefe nacional

da Defensoria Pública – cabendo-lhe apenas o comando da DPU –, a Constituição é clara ao aludir à existência de uma única lei complementar de âmbito nacional, que, simultaneamente, deve tratar da Defensoria Pública da União e estabelecer normas gerais para as defensorias dos Estados e do Distrito Federal. Discreparia a mais não poder o sistema constitucional atribuir aos defensores-gerais dos Estados o poder de iniciativa no âmbito do processo legislativo federal, que se desenvolve no Congresso Nacional. Em nenhum caso a Constituição Federal atribui a autoridades estaduais a prerrogativa de deflagrar o processo legislativo federal ordinário ou complementar¹²

Observe-se que o reconhecimento da iniciativa privativa ao Defensor Público Geral Federal na matéria é favorável aos interesses institucionais das próprias defensorias estaduais e distrital, considerando-se a alternativa de atribuí-la ao Presidente da República, que resultaria da aplicação do art. 61, § 1º, II, “d”, CF – que, como visto, foi tacitamente derogado pela EC nº 80/2014. Afinal, o Defensor Público-Geral Federal não só detém maior expertise no assunto em questão – organização de defensorias públicas –, como também possui maior afinidade institucional em relação aos valores da Defensoria Pública do que o Chefe do Poder Executivo Federal. Assim, a solução que melhor corresponde ao texto e espírito da Constituição é a que atribui a iniciativa privativa de todas as matérias que devem ser contempladas na lei complementar referida no art. 134, § 1º, ao Defensor Público-Geral Federal – inclusive dos preceitos que consagram normas gerais para a organização das defensorias nos Estados e Distrito Federal.¹³

Da análise mencionada pelo professor fluminense, podemos sustentar que a iniciativa de lei para prever a remuneração pelo serviço público prestado na defesa de réus não hipossuficientes é privativa, ou no mínimo concorrente, do Defensor Público Geral Federal, em razão da nova roupagem Constitucional erigida pelo advento da EC 80/2004.

Assim, caberá ao dirigente máximo da Defensoria Pública Federal a iniciativa para estabelecer as características de cobrança do tributo que gerará a contraprestação necessária ao serviço público prestado, nos termos do novo § 4º do art. 134 da Constituição, no qual remete a aplicação dos arts. 93 e 96 também à Defensoria Pública.

CONCLUSÕES

A regra estampada no art. 263 do Código de Processo Penal somente tem validade quando a defesa técnica for executada por Advogado dativo nomeado pelo juízo.

¹² Em matéria de emendas à Constituição, existe a iniciativa de “mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa dos seus membros” (art. 60, inciso III, CF).

¹³ Ibid. p.41-43.

Defende-se a inconstitucionalidade progressiva da regra estampada no Código Processual, completando seu ciclo de validade com a materialização da norma contida no art. 98 do ADCT.

Nas comarcas e subseções judiciárias onde a Defensoria Pública estiver instalada competirá exclusivamente a ela o exercício da defesa criminal do réu que deixar de contratar advogado, mesmo não sendo hipossuficiente.

A atuação da Defensoria Pública nesses casos deverá ser justamente remunerada através de previsão específica na Lei Orgânica da instituição (Lei Complementar).

O projeto de lei relacionado ao novo Código de Processo Penal parece corroborar a tese aqui lançada eis que remete aos “termos da lei” a cobrança dos honorários decorrentes da defesa técnica exercida.

É do Defensor Público Geral Federal a competência exclusiva/concorrente para a iniciativa de lei que preveja a hipótese de cobrança dos honorários decorrentes da defesa técnica exercida aos acusados que possuírem condição econômica e não constituírem advogado.

À partir da alteração da Lei Complementar 80/94, com inclusão da hipótese de cobrança dos honorários decorrente da defesa técnica exercida aos acusados que possuírem condição econômica e não constituírem advogado, cada Conselho Superior poderá decidir qual a contraprestação financeira adequada a remunerar a atuação do órgão de execução da Defensoria, através de tabela pré-fixada, por meio de resolução.

Sugere-se a seguinte redação ao novo Art.4º, inciso XXI, da Lei Complementar 80/94 – executar e receber os honorários decorrentes da defesa técnica realizada em prol do acusado que possuir condição econômica e não constituir advogado, bem como as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores;

Os valores revertidos a título de honorários deverão continuar a integrar o Fundo de Aparelhamento da Instituição, não tendo, sua percepção, caráter pessoal e sim institucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009.

_____. Resolução nº 85 de 11 de fevereiro de 2014 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União.

CASARA, R. R R; MELCHIOR, A. P. **Teoria do Processo Penal Brasileiro** – Vol.1, Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DIEZ, M. M. **Manual de Derecho Administrativo**, tomo II. 1ª ed. Buenos Aires: Plus Ultra, 1980.

ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União). Rio de Janeiro GEN Editorial, 2014.

FISCHER, D.; PACELLI, E. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, G. de S. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro, Forense, 2014.

PAIVA, C. **A Defensoria Pública e a hipossuficiência jurídica no processo penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-24/caio-paiva-defensoria-publica-hipossuficiencia-juridica>>. Acesso em: 30 jun 2017.

SARMENTO, D. **Parecer**: Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União. Disponível em: <http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf>. Acesso em: 10 jul 2017.

SOUSA, J. A. G. de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar n. 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição? *In*: SOUSA, J. A. G. de (org). **Uma nova Defensoria Pública pede passagem**: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/09. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

A EFETIVIDADE DAS NORMAS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UM ENFOQUE NOS LITÍGIOS COLETIVOS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL STANDARDS IN THE FIELD OF PUBLIC CIVIL ACTION: A FOCUS ON COLLECTIVE LITIGATION IN THE LIGHT OF THE NEW CODE OF BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

Vanessa Mascarenhas de Araújo

*Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Especialista em Política e Estratégia pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL)*

jus.vma@gmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo geral demonstrar a importância da efetividade das normas fundamentais – força normativa dos princípios - previstas na Parte Geral do Novo Código de Processo Civil brasileiro – CPC/2015 – na medida em que haja a adequação às especificidades do procedimento da ação civil pública, notadamente, no que tange à representatividade adequada. Mediante pesquisa bibliográfica, o trabalho se desenvolve nos seguintes tópicos: ação civil pública como procedimento especial, breve histórico, objeto tutelado, litígios coletivos; as normas fundamentais do CPC/2015; os litígios coletivos e a efetividade das normas dos direitos fundamentais. Adota-se, aqui, o entendimento de que a ação civil pública é um procedimento especial em decorrência não tão somente em razão do objeto tutelado - os direitos coletivos *latu sensu*, mas também em decorrência dos litígios coletivos que são apresentados ao Estado-juiz. Não obstante a tais peculiaridades encontradas neste procedimento especial, os envolvidos neste, em destaque, a Defensoria Pública na promoção dos direitos dos necessitados, devem observar e aplicar o diploma processual civil pátrio, sobretudo, no que diz respeito às normas fundamentais.

Palavras-chave: Ação Civil Pública. Litígios Coletivos. Normas fundamentais. Força normativa dos princípios. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The objective of this monographic work is to demonstrate the importance of the effectiveness of the fundamental norms - normative force of the principles - foreseen in the General Part of the new Brazilian Civil Procedure Code - CPC / 2015 - insofar as there is the adequacy to the specificities of the public civil action, especially with regard to adequate representation. Through a bibliographical review, the work is developed in the following topics: public civil action as special procedure, historical brief, protected object, collective litigation; the fundamental rules of the new civil procedure code; collective litigation and the effectiveness of fundamental rights norms. It is hereby adopted the understanding that the public civil action is a special procedure due not only to the collective rights *latu sensu* that has as object of tutelage, but also as a result of the collective litigation that is presented to the State-judge; however, that such an argument can not be sustained to the point of removing the discipline of the collective proceeding by the civil procedure code.

Keywords: Public Civil Action. Collective litigation. Fundamental rules. Normative force of principles. New Code of Civil Procedure.

Data de submissão: 27/02/2018

Data de aceitação: 21/07/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. PROCEDIMENTO ESPECIAL E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA: A ESSÊNCIA DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS 1.1. Breve histórico da ACP no âmbito do direito processual brasileiro. Fundamento no ordenamento jurídico pátrio 1.2. A ACP como procedimento especial: objeto tutelado, litígios coletivos e suas especificidades 2. AS NORMAS FUNDAMENTAIS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 2.1. A natureza jurídica das normas fundamentais 2.2. A teoria da força normativa dos princípios e o Novo Código de Processo Civil 3. OS LITÍGIOS COLETIVOS E A EFETIVIDADE DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL. CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

Ao ter como enfoque deste trabalho monográfico os litígios coletivos em um cenário processual no qual se pretende verificar a efetividade das normas fundamentais estabelecidas no novo diploma processual civil brasileiro – Código de Processo Civil de 2015, couberos, primeiramente, remeter aos estudos da ação civil pública – instrumento jurídico processual que se entende por procedimento especial em decorrência da necessidade de adequação do processo à tutela dos direitos transindividuais – os direitos coletivos *latu sensu*. Em verdade, deve-se ir além da adequação às categorizações destes novos direitos: faz-se necessário adequar os atos e os institutos processuais inerentes à ação civil pública às peculiaridades dos litígios coletivos.

O diploma processual civil brasileiro de 1973 atendia à solução de conflitos de cunho, essencialmente, individual. Com o advento do novo código processual em 2015, não significa afirmar, no entanto, que houve uma disciplina detalhada e específica no que diz respeito aos processos coletivos, ou, então, que trate, em um capítulo específico, do procedimento da ação civil pública. Na verdade, o Código de Processo Civil é aplicado subsidiariamente ao microsistema do processo coletivo; mas, com a inclusão da Parte Geral, especificamente no tocante à inclusão das normas fundamentais do processo civil, pode-se afirmar que tais normas, indubitavelmente, devem ser observadas e concretizadas tanto nas relações jurídicas processuais individuais, quanto nas relações jurídicas processuais coletivas.

O legislador, ao prevê no artigo 8º, por exemplo, que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, impõe o dever ao Estado-juiz de efetivar a dignidade humana, por conseguinte, os direitos fundamentais, em qualquer cenário processual, seja este composto pela estrutura individual, seja ele composto pela estrutura coletiva. Mas, se tais estruturas são diversas, demandaria o litígio coletivo de uma tutela jurisdicional específica, compatibilizando com o que estabelecem as normas fundamentais elencadas no novo código de processo civil brasileiro?

Dessa forma, mediante revisão bibliográfica, o presente artigo tem como objetivo geral demonstrar a necessidade de adequação no que diz respeito à aplicação das normas fundamentais do processo civil às especificidades da ação civil pública, notadamente, no que se refere à representatividade adequada, de modo a alcançar a efetividade dos direitos fundamentais que estão sendo violados ou na eminência de serem, o que acaba por resultar no estopim do litígio coletivo.

Para o desenvolvimento de tal propósito, o trabalho está dividido em quatro tópicos. O primeiro versa sobre a ação civil pública como procedimento especial, onde se enfatiza a essência do referido procedimento e, posteriormente, apresenta-se um breve histórico da ação civil pública no âmbito do direito processual brasileiro, objeto tutelado, litígios transindividuais e suas especificidades; o segundo busca, de cunho geral, tratar da disciplina

das normas fundamentais estabelecidas no Código de Processo Civil 2015, apresentando os respectivos dispositivos, a sua natureza jurídica e a relação com a Teoria Normativa dos Princípios.

No terceiro tópico, trata-se da adequação de tais normas fundamentais ao procedimento da ação civil pública para a eficácia da resolução do litígio coletivo, de modo a ressaltar a importância das instituições públicas, com destaque para a Defensoria Pública da União, na atividade desta adequação; e, por fim, a conclusão, no sentido de afirmar a necessidade da aplicação das normas fundamentais adaptadas às peculiaridades da ação civil pública de modo a garantir a efetividade dos direitos fundamentais envolvidos no litígio coletivo.

1. PROCEDIMENTO ESPECIAL E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA: A ESSÊNCIA DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

No âmbito da ciência dogmática do direito processual civil brasileiro, bem como no âmbito epistemológico característico da Teoria Geral do Processo, ao ter como objeto de estudo os procedimentos especiais - com o escopo de apontar o seu conceito, e, por conseguinte, as suas peculiaridades-, cabe destacar, primeiramente, qual critério doutrinário foi considerado neste artigo para fins de determinar se um procedimento é, ou não, especial. Antes, sobretudo, cabe-nos conceituar procedimento.

Na doutrina processual civil tradicional, tem-se como procedimento a forma pela qual o processo reveste-se, estando associado a um conjunto de atos jurídicos processuais; a forma pela qual as partes atuam no processo; aquele que se desenvolve sem o contraditório; aquele constituído por sequências de atos, envolvendo os requisitos de admissibilidade e os princípios processuais.¹ Tem-se o procedimento como a exteriorização do processo².

Nas lições de Antonio Carlos Marcato, processo e procedimento mostram-se inconfundíveis, sendo aquele o instrumento através do qual se opera a jurisdição, enquanto que este representa o meio extrínseco de instauração, desenvolvimento e extinção do processo.³

Na doutrina processual civil hodierna, ao lado do entendimento tradicional apontado, destaca-se o conceito de procedimento similar ao conceito de processo, o que se faz neces-

¹ Tais entendimentos explanados acerca do conceito de procedimento são adotados, a exemplo, por DINAMARCO, Cândido Rangel (**A instrumentalidade do processo**, vol. 1, 3ª ed., rev. e atual, São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 126-137); ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. (Manual de Direito Processual Civil. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v, p. 110, 140 e 546.; FAZZALARI, Elio. (Instituzioni di Diritto Processuale. 8ª ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 82 e 83).

² Destacam o caráter finalístico do processo, enquanto entende-se por procedimento a sua exteriorização: MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. Saraiva: São Paulo: 1974, 1 v, p. 8; ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 110, 140 e 546; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 87-90; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidade do processo e da sentença. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27.

³ MARCATO, A. C. **Procedimentos especiais**, 1994, p. 209.

sário remontar ao peculiar entendimento de Paula Sarno Braga: “É a tutela jurisdicional visada [...] que pode ser obtida por meio de procedimentos (e, pois, processos, sinônimos que são) diversos, a depender das peculiaridades e necessidades que existam em torno do direito material a ser tutelado.”⁴ Em verdade, o processo é composto por atos procedimentais, que, necessariamente, hão de se concretizar para o desenvolvimento do exercício do poder jurisdicional; e ao tratar de procedimentos, seja comum, seja especial, faz-se necessário remeter às diversas maneiras pelas quais, em conjunto, irão estabelecer a “forma de encadeamento dos atos do processo”.⁵

Conforme destaca José Joaquim Calmon de Passos, o procedimento especial é justificável em decorrência da “absoluta necessidade de se atender a algo tão específico que seria disfuncional e até lesivo adotar-se na sua inteireza o procedimento ordinário (procedimento por excelência)”⁶. Dessa forma, verifica-se a sua notória excepcionalidade em relação ao procedimento ordinário, que não seria adequado para a tutela de determinado(s) direito(s), embora caracterizado como o mais solene dos procedimentos.⁷

Não se utiliza, aqui, o critério que diz respeito a uma análise comparativa entre procedimentos, ou seja, identificar o procedimento especial em relação a um determinado procedimento comum, sendo aquele criado pelo legislador por uma questão de celeridade processual em relação a este⁸. Mediante este critério, a ação civil pública, por exemplo, não se equivale a um procedimento específico, o que a tornaria não um procedimento especial, mas, o próprio procedimento comum para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*⁹.

Trata-se, neste artigo, identificar o procedimento especial em decorrência das suas pe-

⁴ BRAGA, P. S. **Norma de processo e norma de procedimento** – o problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro. 2015, p. 142.

⁵ Nesse sentido: VIANA, Vasconcelos Juvêncio *In: Aspectos relevantes dos procedimentos especiais* - Revista Dialética de Direito Processual Civil (RDDO), n. 26, maio, 2005, p. 77 – ao tratar de procedimentos – comuns e especiais – refere-se às diferentes maneiras pelas quais podemos combinar a forma de encadeamento dos atos do processo.

⁶ PASSOS, J. J. C. **Teoria geral dos procedimentos especiais**. Procedimentos especiais na legislação extravagante, 2003, p. 4.

⁷ Conforme destaca VIANA, Vasconcelos Juvêncio *In: Aspectos relevantes dos procedimentos especiais* - Revista Dialética de Direito Processual Civil (RDDO), n. 26, maio, 2005, p. 77 – o procedimento comum ordinário constitui o *standard* básico; sendo o mais solene dos demais procedimentos, com mais fases, prestando-se a um volume maior de demandas. Nesse sentido, FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *in* “Comentários do Código de Processo Civil, vol. VIII, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980, p. 4 – o procedimento comum serve ao volume maior e principal das causas, às situações mais frequentes e destituídas de peculiaridades justificadoras de um tratamento diferenciado.

⁸ Conforme destaca VIANA, Vasconcelos Juvêncio *In: Aspectos relevantes dos procedimentos especiais* - Revista Dialética de Direito Processual Civil (RDDO), n. 26, maio, 2005, p. 74. – diante da pergunta: “Qual a razão para previsão legal de certos procedimentos especiais”, tenderíamos a ficar “tentados a responder que os mesmos existem ante uma necessidade prática de tutela jurisdicional mais rápida em certas situações do direito material.”

⁹ Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr destacam que, o Direito processual coletivo brasileiro “não se preocupou em construir modelos procedimentais adaptáveis às peculiaridades dos conflitos coletivos. É como se qualquer tipo de conflito pudesse tramitar, adequadamente, pelo mesmo e único modelo de procedimento comum, regulado pela Lei n.º 7.347/1985.”, *In: Curso de Direito Processual Civil*, v.4, 10ª ed., rev., atual., e ampl., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 83.

culiaridades, notadamente, em relação ao objeto a ser tutelado, que conduz ao legislador criar técnicas processuais específicas que se adequem à tutela deste objeto – já nesse sentido, tem-se a ação civil pública como um procedimento especial em razão da tutela daqueles direitos: “o procedimento assume a condição de conduto para a participação, otimizando a participação do povo na reivindicação dos direitos fundamentais e na gestão da coisa pública.”¹⁰

Nas lições de Humberto Theodoro Jr., o procedimento é, justamente, “a maneira de estipular os atos necessários e de concatená-los, de forma a estabelecer o *iter* a ser percorrido pelos litigantes e pelo juiz ao longo do desenrolar da relação processual.”¹¹

Nota-se que, a existência de um procedimento especial está associada, necessariamente, a um determinado direito material, objeto a ser tutelado mediante um processo/procedimento adequado; logo, as regras processuais/procedimentais devem guardar uma relação direta e proporcional com as regras de direito material.¹²

O que se especializa, na verdade, é o momento satisfativo do processo/procedimento – momento da efetividade da tutela jurídica certificada como devida pelo poder jurisdicional exercida pelo Estado-juiz: “é essa especialidade que, associada ao princípio da adstrição do juiz ao pedido ou, melhor dizendo, ao *thema decidendum*, pode excepcionalmente reclamar certos ajustamentos na postulação ou na instrução”.¹³

Nesse sentido, pode-se afirmar que, a essência dos procedimentos especiais encontra-se no direito material a ser tutelado, cujo processo/procedimento deve ser realizado de forma adequada, a fim de atingir a sua efetividade, notadamente, no que se refere aos direitos fundamentais¹⁴ - a exemplo do que ocorre com a ação civil pública.

Em que pese Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. apontarem esta espécie de ação coletiva como procedimento comum¹⁵, estes reconhecem que, o “princípio do devido processo legal coletivo impõem que se construa um processo adequado às peculiaridades do caso

¹⁰ MARINONI, L. G. ARENHART, S. C. **Procedimentos especiais**, 2012.

¹¹ THEODORO JR., H. **Curso de Direito Processual Civil**, 2016, p. 38.

¹² Conforme José Miguel Garcia de Medina e Fábio Caldas de Araújo destacam: “a existência de um direito material implica automática correlação, no plano do processo, de procedimento adequado. Não sendo assim, se estaria diante de situação paradoxal: o direito material seria previsto abstratamente, mas seria irrealizável concretamente.” *In*: MEDINA, José Miguel Garcia. et al (coords.) **Processo civil moderno - Procedimentos cautelares e especiais**, v. 4, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Também nesse sentido, Arruda Alvim, **Tratado de direito processual civil**, vol. 1, n. 4.7.6, p. 259; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica**, Repro, vol. 155, jan. 2008.

¹³ PASSOS, J. J. C. **Teoria geral dos procedimentos especiais**. Procedimentos especiais na legislação extravagante, 2003, p. 5.

¹⁴ No tocante aos direitos fundamentais, Rober Alexy (**Teoria dos direitos fundamentais**, p. 473) destaca que, as normas de procedimento devem ser criadas de modo que o resultado seja, “com suficiente probabilidade e suficiente medida”, adequada/conforme aos direitos fundamentais.

¹⁵ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (**Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4, 10ª ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 83) afirmam que o direito processual coletivo brasileiro não se preocupou em construir modelos procedimentais adaptáveis às peculiaridades dos conflitos coletivos: “É como se qualquer tipo de conflito pudesse tramitar, adequadamente, pelo mesmo e único modelo de procedimento comum, regulado pela Lei n. 7.347/1985”.

concreto”, haja vista que um procedimento adequado apenas previsto no plano legislativo, com menção à Lei n.º 7.347/1985, não concretiza de forma plena, em tese, o princípio da adequação. Ademais, reconhecem que, o processo coletivo exige regramento próprio, devendo acomodar-se às suas respectivas peculiaridades, tais como, competência, legitimidade, coisa julgada, intervenção de terceiro, execução, bem como reconhecem o avanço da legislação brasileira em relação ao regramento próprio e “geralmente bem adequado” nos referidos aspectos.¹⁶

Tais peculiaridades da ação coletiva, em específico, da ação civil pública, permitem identificá-la como um tipo de procedimento especial, que, ao contrário do procedimento comum, está voltado à determinada situação específica - a tutela dos direitos coletivos *lato sensu* - que, por sua vez, merece uma prestação da tutela jurisdicional adequada.¹⁷

É da própria natureza das coisas que a forma se ajuste e se harmonize à substância¹⁸, não podendo ser diferente no âmbito do direito processual coletivo; o que se faz imperioso amoldar o processo/procedimento – no caso, a ação civil pública - às peculiaridades tanto do direito subjetivo material a ser por ele tutelado, quanto do litígio a ser levado ao poder jurisdicional.

1.1 Breve histórico da ACP no âmbito do direito processual brasileiro. Fundamento no ordenamento jurídico pátrio

No tocante à análise do processo coletivo à luz do direito processual brasileiro¹⁹, seja através do CPC/1973, seja através do CPC/2015, devem ser consideradas as regras e princípios dispostos na lei processual que podem ser utilizados no âmbito da tutela coletiva, haja vista o Código de Processo Civil (tanto o de 1973, quanto o de 2015) não estabelecer um procedimento próprio, ditando suas regras e peculiaridades, para o processo em comento, o qual foi consolidado com o advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85)²⁰, posteriormente, aperfeiçoado com o advento do Código da Defesa do Consumidor (Lei

¹⁶ DIDIER JR, F. e ZANETTI JR., H. **Curso de Direito Processual Civil**, 2016, p. 83.

¹⁷ Conforme se depreende das lições de Giuseppe Chiovenda (*Instituzioni di diritto processuale civile*, v. 1, n. 16, p. 54), os procedimentos especiais atendem ou à particularidade das formas admitidas para certos grupos de relações jurídicas isoladas, ou, então, à particularidade da cognição.

¹⁸ THEODORO JR., H. **Curso de Direito Processual Civil. vol. II – Procedimentos especiais**, 2016, p. 39.

¹⁹ Conforme destaca Humberto Dalla Bernardina de Pinho: “O direito processual brasileiro, originalmente filiado às tradições dos ordenamentos de linha romano-germânica, foi concebido em bases eminentemente individualistas, refletindo a mentalidade e as necessidades da sociedade daquela época”. (**Direito Processual Civil Contemporâneo**, São Paulo: Saraiva, 5ª ed., p. 709).

²⁰ Conforme ressaltam José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (*in Processo civil moderno - Procedimentos cautelares e especiais*, v. 4, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 366), a Lei de ACP foi precedida apenas pela Lei da Ação Popular (Lei n.º 4.717/1965) quanto à tutela dos direitos coletivos; e seu objeto central reside na proteção dos interesses difusos e coletivos, mediante a previsão de um mecanismo processual peculiar para a prestação da **tutela jurisdicional adequada**, incluindo os individuais homogêneos mediante interpretação extensiva do art. 1º da Lei 7.347/1985, em virtude do art. 21 da LACP e no art. 117 do CDC.

n.º 8.078/90) no que se refere à tutela dos direitos coletivos, difusos e os direitos individuais homogêneos (direitos fundamentais da terceira dimensão – de titularidade coletiva e difusa, os transindividuais, além dos individuais homogêneos), estando previsto, além na Constituição Federal/1988, nas demais leis infraconstitucionais (ECA, Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha, Estatuto da pessoa com deficiência, dentre outras).

Pode-se dizer que, a Lei de Ação Civil Pública teve como fonte originária o art. 14, §1º, da Lei n.º 6.938/8, que estabelece que, o Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Conforme bem destaca Marcelo Abelha Rodrigues, a expressão ação civil pública designa o procedimento, o método, o conjunto de regras processuais que estão estabelecidas na Lei n.º 7.347/85 e são aplicadas à relação jurídica processual instaurada por uma determinada demanda coletiva.

Ressalta-se que, nem toda demanda coletiva irá ser regrada pelo procedimento da Lei da Ação Civil Pública, como exemplo, a ação popular – Lei n.º 4.717/65, e a ação de improbidade administrativa – Lei n.º 8.429/92 que possuem regras próprias a fim de atender efetivamente às peculiaridades do direito material metaindividual.²¹ Rodolfo de Camargo Mancuso compartilha do mesmo entendimento no que se refere à natureza da Lei n.º 7.347/95: predominantemente processual, ao considerar que esta visa oferecer os instrumentos processuais hábeis à efetivação, em juízo, da tutela aos interesses difusos (e acrescenta-se, direitos coletivos *lato sensu*) reconhecidos nos textos substantivos.²²

Adota-se, neste trabalho, o entendimento de que, o procedimento da ação civil pública – “procedimento típico que oferta ferramentas processuais à tutela geral de direitos supra-individuais”²³ – é especial.

1.2 A ACP como procedimento especial: objeto tutelado, litígios coletivos e suas especificidades

Após apontar o critério de identificação de um procedimento especial utilizado neste artigo, bem como destacar a essência deste, identifica-se, aqui, a ação civil pública como um dos procedimentos especiais regulados externamente à legislação processual civil brasileira

²¹ RODRIGUES, M. A. **Ação Civil Pública**. In: Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante. Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Jr. (coord.). 2003, p. 383.

²² MANCUSO, R. de C. **Ação Civil Pública e defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 2002, p. 32.

²³ RODRIGUES, M. A. **Ação Civil Pública**. In: Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante. Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Jr. (coord.). 2003, p. 383.

– Lei n.º 13.105/2015, exercendo esta uma função subsidiária²⁴.

Trata-se, então, de um dos procedimentos especiais cíveis de jurisdição contenciosa, regulado por lei extravagante – Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, a qual prevê um mecanismo processual peculiar para a prestação da tutela jurisdicional adequada.²⁵

As especificidades da ação civil pública estão associadas, notadamente, ao objeto tutelado: direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, os chamados direitos coletivos *lato sensu*. Tais direitos não possuem titulares individuais determinados, uma vez que pertencem a uma comunidade ou coletividade, e dizem respeito a “conceitos interativos de direito material e processual, voltados para a instrumentalidade, para a adequação ao direito material da realidade hodierna e, dessa forma, para a sua proteção pelo Poder Judiciário”.²⁶

Ao partir deste entendimento, tendo por base o dispositivo legal – art. 81 do CDC - identificam-se como titulares o grupo de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato (referente aos direitos difusos); o grupo, categoria ou classe de pessoas (referente aos direitos coletivos *stricto sensu*); e o grupo dos indivíduos que sofreram lesão de origem comum, tomados abstrata e genericamente para fins de tutela (referente aos direitos individuais homogêneos).²⁷

No que se refere a estes direitos supra individuais, José Carlos Barbosa Moreira propôs uma classificação bipartida, e não tripartida, conforme previu o CDC, nos seguintes termos: essencialmente coletivos(direitos coletivos e difusos) e acidentalmente coletivos(-direitos individuais homogêneos)²⁸; o que, para Teori Albino Zavasck, estes corresponderiam à proteção coletiva de direitos e aqueles corresponderiam à proteção de direitos coletivos²⁹, considerando que, na defesa de direitos individuais homogêneos, embora a tutela seja indivisivelmente considerada, a divisibilidade é verificada nas fases de liquidação e execução da sentença coletiva.

²⁴ Nesse sentido, destaca Juvêncio Vasconcelos Viana (**Aspectos relevantes dos procedimentos especiais**- Revista Dialética de Direito Processual Civil (RDDO), n. 26, maio, 2005, p. 78) a possibilidade de aplicação subsidiária do procedimento-padrão nos procedimentos especiais, quando nesses faltarem regras específicas para o trato da situação.

²⁵ Adotam este entendimento: MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. José Miguel Garcia. et al (coords.) Processo civil moderno - Procedimentos cautelares e especiais, v. 4, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.; MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Procedimentos especiais. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.; ORIONETE NETO, Luiz. “Teoria Geral dos procedimentos especiais”. in Procedimentos especiais na legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003. Conforme destacam José Miguel Garcia e Fábio Caldas de Araújo (op. cit., p. 366), o objeto central da Lei de Ação Civil Pública (LACP – Lei n.º 7.347/1985) reside na proteção dos interesses difusos e coletivos (e individuais homogêneos, nos termos do CDC).

²⁶ DIDIER JR, F. ZANETI JR., H. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**, 2016, p. 78-79.

²⁷ Ibidem., p. 79.

²⁸ MOREIRA, J. C. B. M. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**, 1984, p. 197.

²⁹ ZAVASCK, T. A. **Reforma do processo coletivo**: insdispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais, 2007, p. 38.

Na verdade, a classificação dos direitos coletivos *lato sensu* – em difusos, coletivos e individuais homogêneos – é inútil para a operacionalidade dos processos coletivos e da tutela dos direitos de grupo: “essa classificação é fruto de uma teorização artificial e abstrata realizada pela doutrina italiana quando, na década de setenta e oitenta, tentava compreender o fenômeno inédito das demandas coletivas norte-americanas”³⁰, cuja doutrina, segundo ressalta Antonio Gidi, não menciona as expressões “difusos”, “coletivos”, tampouco “individuais homogêneos”.

Nesse sentido, verifica-se que o estudo da proteção dos direitos de grupo na doutrina brasileira, como na doutrina italiana, e diferente nas doutrinas francesa e alemã³¹, volta-se essencialmente ao direito substantivo (direitos coletivos *lato sensu*), e não sob a perspectiva dos meios processuais para sua defesa em juízo.

A não utilidade, na prática, desta categorização dos direitos coletivos *lato sensu* é reconhecida, também, por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.: “Nada obstante as diferenças entre os direitos coletivos, o processo coletivo é basicamente o mesmo, pouca importa o tipo de direito – ressalvada algumas peculiaridades.”³²

Verifica-se, então, a necessidade da adequação do processo/procedimento não em relação às categorizações dos direitos transindividuais – já que, seja coletivo, difuso ou individual homogêneo, não há como diferenciar o procedimento –, mas, sim, além dos direitos transindividuais, como um todo, deve-se buscar a adequação do processo/procedimento às peculiaridades do caso levado a julgamento – os chamados litígios transindividuais, tese proposta por Edilson Vitorelli³³, que abrange os litígios globais (aqueles que atingem à sociedade humana, representada pelo Estado nacional titular do território em que ocorreu a lesão), locais (que atingem a pessoas que integram uma sociedade altamente coesa, unida por laços de solidariedade social, emocional e territorial), e, por fim, os irradiados (que envolvem a lesão a direitos transindividuais que interessam, de modo diverso, a distintos segmentos sociais, caracterizado por alto grau de conflito).³⁴

Nota-se, pois, a importância da especialidade do procedimento da ação civil pública: seja em razão da tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, seja em razão da complexidade dos litígios coletivos.

³⁰ GIDI, A. **Rumo a um Código de processo coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil, 2008, p. 202.

³¹ *Ibidem.*, p. 202.

³² As peculiaridades que Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (*In: Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. V.4, 10ª ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 83) ressaltam são aquelas relativas à publicação de edital e à intervenção da vítima, do processo relativo aos direitos individuais homogêneos.

³³ A solução proposta por Edilson Vitorelli (*In: Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*. *In: Zaneti Jr., Hermes (coord.). Processo coletivo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 106) consiste na conceituação dos direitos transindividuais em três categorias, com base nas premissas teóricas sociológicas de Elliott e Tumer, atribuindo sua titularidade a uma sociedade que é formada sob o prisma de litígio transindividual, com o objetivo de proporcionar parâmetros para sua tutela jurídica.

³⁴ VITORELLI, E. **Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva**, 2016, p. 106.

Pode-se afirmar que, as especificidades da ação civil pública correspondem aos institutos fundamentais do processo coletivo³⁵, quais sejam: legitimação (autônoma³⁶ e concorrente aberta, múltipla, composta); representatividade adequada (onde deve prevalecer a seriedade e idoneidade por parte deste sujeito do contraditório); coisa julgada (*erga omnes*, por vezes *secundum eventum litis*); pedido e causa de pedir (referentes ao bem jurídico a ser tutelado – direitos coletivos *lato sensu* – e causa de pedir); conexão, continência e litispendência (limitadas ao pedido e a causa de pedir); preclusões³⁷; competências (as normas do microsistema brasileiro sobre a Ação Civil Pública privilegiam o foro do local onde ocorreram os danos, originando competências concorrente, absoluta: competência territorial); ônus da prova (cabendo a prova dos fatos a quem tiver maior proximidade com eles e maior facilidade para demonstrá-los); liquidação da sentença (na qual a reparação dos danos individualmente sofridos – direitos individuais homogêneos – faz-se necessário apurar parte do *debeatur* – a existência do dano individualmente sofrido e o nexo causal com o dano geral reconhecido pela sentença coletiva condenatória); indenização pelos danos provocados (ou *fluid recovery*, instituto típico das ações coletivas que permite, em determinadas circunstâncias, que se passe do ressarcimento pelos danos sofridos à reparação dos danos provocados, caso o prejuízo individual ser inferior ou as vítimas forem de difícil identificação).

Além das especificidades acima elencadas, o procedimento da ação civil pública deve ser rígido mediante a observância, por todos os sujeitos do processo, no âmbito da sua competência e colaboração no andamento da relação jurídica processual, das normas fundamentais do processo civil, sejam regras, sejam princípios, objeto de análise do capítulo seguinte.

2. AS NORMAS FUNDAMENTAIS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No âmbito da ciência jurídica, ao ter como objeto de análise a “norma fundamental” em um determinado contexto, faz-se necessário, primeiramente, compreendê-la remetendo-se aos ensinamentos da Filosofia do Direito, da Teoria Geral do Direito, bem como às lições doutrinárias do Direito Constitucional.

³⁵ GRINOVER, A. P. G. **Direito Processual Coletivo**, 2007, p. 33-35.

³⁶ Para Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., tanto a legitimidade autônoma/extraordinária, como o instituto da coisa julgada não dizem respeito à especificidade do processo coletivo. Quanto ao primeiro, a legislação prevê a legitimação extraordinária em outros casos (a exemplo, a ação coletiva ajuizada pela própria comunidade envolvida, os indígenas, previstas no Estatuto do Índio, mas com assistência do Ministério Público; quanto ao segundo, nem sempre a decisão que serve à tutela coletiva produzirá coisa julgada, a exemplo, do julgamento dos casos repetitivos – incidente que serve à tutela coletiva e não produz coisa julgada (DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. V.4, 10ª ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 80).

³⁷ Conforme destaca Ada Pellegrini Grinover (*in* GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Direito Processual Coletivo**. *In*: Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Eduardo Ferreira Jordão e Fredie Souza Didier Jr. (coord.) – Saçador: JusPodivm, 2007, p. 34) o Anteprojeto do Código de Processo Coletivo permite a alteração do pedido e da causa de pedir até a sentença se feita de boa-fé e não haja prejuízo para o demandado.

A norma que é adjetivada como fundamental no contexto do direito constitucional corresponde, na verdade, a um princípio constitucional³⁸. Nesse sentido, conforme destaca o constitucionalista Paulo Bonavides, a juridicidade dos princípios constitucionais passa por três fases distintas³⁹: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Na primeira fase, os princípios habitam na esfera abstrata e sua normatividade, ainda praticamente nula, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça; na segunda – positivista – os princípios são inseridos nos Códigos como fonte normativa subsidiária, não sendo superior à lei, mas o seu complemento nos casos em que assim permitem: “[...] assinala Gordillo Cañas, os princípios entram nos Códigos unicamente como válvula de segurança, e não como algo que se sobrepujasse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo.”⁴⁰; já na terceira fase – pós-positivista – os princípios são elevados à categoria primária, compondo um “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.⁴¹

Tanto regras quanto os princípios são normas, tratam de dizer o que deve ser: “Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-se, ainda que de espécie muito diferente. A distinção [...] é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.”⁴²

Dentre os critérios de distinção entre as espécies de normas em comento, destaca-se o critério da generalidade, ao considerar que, os princípios têm um grau de generalidade relativamente alto em relação ao grau de generalidade da norma.⁴³

Os princípios são caracterizados como “mandamentos de otimização”⁴⁴ – normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes; podem ser satisfeitos em graus variados e tal satisfação não depende tão somente das possibilidades fáticas, mas das possibilidades jurídicas; já as regras equivalem à determinação no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

³⁸ Segundo Norberto Bobbio, os princípios gerais são **normas fundamentais** ou **generalíssimas** do sistema jurídico, **as normas mais gerais**: “O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli.” (*apud* Bonavides, **Curso de Direito Constitucional**, 2010, pp. 263 e 264). O constitucionalista José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2013, p.97), faz a distinção entre **princípios constitucionais fundamentais** e princípios gerais: os primeiros integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz; enquanto que os segundos envolvem conceitos gerais que integram a teoria geral do Direito Constitucional (dogmática jurídico-constitucional).

³⁹ BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**, 2011, p. 259.

⁴⁰ BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**, 2011, p. 262.

⁴¹ *Ibidem.*, p. 264.

⁴² ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2015, p. 87.

⁴³ *Ibidem*, Op., Cit., p. 87.

⁴⁴ *Ibidem*, Op., Cit., p. 90.

Enquanto os conflitos entre as regras ocorrem na dimensão da validade, as colisões entre os princípios ocorrem na dimensão de peso, no sentido de que um deles tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Nesse sentido, a “norma fundamental” no Direito Constitucional Brasileiro corresponde a um princípio estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – princípios constitucionais fundamentais que integram o Direito Constitucional positivo -, sendo peculiar em razão da sua peculiar função:

normas-síntese ou normas-matriz cuja relevância consiste essencialmente na integração das normas de que são súmulas, ou que desenvolvem, mas têm eficácia plena e aplicabilidade imediata, como as que contêm os princípios da soberania popular e da separação de poderes (arts. 1º, parágrafo único, e 2º).⁴⁵

Dessa forma, no contexto do Código de Processo Civil de 2015, entende-se por “norma fundamental” aquelas normas que são extraídas diretamente da Constituição Federal de 1988 – Direito Processual Fundamental Constitucional⁴⁶ -, bem como as normas previstas na própria legislação processual civil (arts. 1º ao 12, CPC), que devem ser aplicados na relação jurídica processual a fim de se obter a devida tutela jurisdicional, traduzindo-se no devido processo legal, conforme se verifica no art. 1º do CPC/2015: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

Ao contrário do CPC/73, o CPC/2015 consta, na Parte Geral, um Livro reservado para disposição das “normas fundamentais e da aplicação das normas processuais”, tratando o capítulo I “das normas fundamentais do processo civil”.

Dentre elas, estão as normas-princípios: art. 4º, CPC/2015, que corresponde ao princípio da primazia da decisão de mérito, o art. 6º, CPC/2015 e o art. 8º, CPC/2015, que correspondem ao princípio constitucional da razoabilidade do processo, previsto no inciso LXXVIII, do art. 5º, CF/1988, bem como ao princípio do devido legal, previsto no inciso LIV, art. 5º, CF/1988, de modo a englobar, na verdade, todos os demais princípios que devem nortear a relação jurídica processual, correspondendo, pois, aos seguintes aqui identificados; o art. 5º, CPC/2015, que corresponde ao princípio da boa-fé processual, incluindo a atuação de todos os sujeitos processuais, não somente o autor e réu; os arts. 7º, 9º e 10 CPC/2015 que correspondem ao princípio do contraditório, previsto no

⁴⁵ AFONSO, J. da S. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 2013, p. 98.

⁴⁶ DIDIER JUNIOR, F. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, 2015, p. 62.

inciso LV, art. 5º, CF/1988, e o art. 11, CPC/2015, que corresponde ao princípio da motivação das decisões judiciais (bem como administrativas), previsto no inciso IX e X, do art. 93, CF/1988.

Verifica-se que, o que as distingue das demais normas previstas do CPC/2015, é a sua função, qual seja, nortear a relação jurídica processual (ordenando, disciplinando e interpretando o processo), sendo que a sua não observância e, conseqüentemente, a sua não aplicação, resultará em um processo inválido à luz tanto da Constituição Federal, quanto do Código de Processo Civil, haja vista a ausência de um devido processo legal. Conforme bem destaca José Joaquim Gomes Canotilho:

O problema nuclear da exigência de um *due process* não estaria tanto – ou pelo menos não estaria exclusivamente – no procedimento legal mediante o qual alguém é declarado culpado e castigado (“privado da vida, da liberdade e da propriedade”) por haver violado a lei, mas sim no facto de a lei poder ela própria transportar a “injustiça” privando uma pessoa de direitos fundamentais.⁴⁷

As normas fundamentais no contexto do CPC/2015, portanto, têm a função de ordenar, disciplinar e interpretar a relação jurídica processual com o precípua objetivo de garantir os direitos fundamentais, tanto previstos na Lei Maior, quanto na legislação infraconstitucional, daqueles que compõem essa relação, sobretudo, das partes, que discutem no processo os seus direitos com o fito de obter a devida tutela jurisdicional, uma proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada.

A norma é fundamental pois, conforme bem destaca Fredie Didier Jr.⁴⁸, estrutura o modelo do processo civil nacional e serve de diretriz para a compreensão de todas as demais normas jurídicas aplicadas à relação jurídica processual, ora princípios, ora regras, inclusive que não estão somente concentradas nos doze primeiros artigos do CPC/2015, mas em outros dispositivos, a exemplo dos art. 190: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

Esta regra prevista na legislação infraconstitucional, embora não esteja prevista na Parte Geral, Livro I, Título Único, Capítulo I do novo código de processo civil⁴⁹, tampouco prevista *ipsis litteris* no texto constitucional, é considerada norma fundamental, uma vez que se trata de uma das garantias fundamentais destinada às partes do processo, qual seja: possibilidade de se valer do sistema autocompositivo, resolvendo o seu conflito de forma consensual.

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. G. **Curso de Direito Constitucional**, 1993, p. 494.

⁴⁸ DIDIER JUNIOR, F. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 2015, p. 61.

⁴⁹ O Livro I do Novo Código de Processo Civil trata das Normas Processuais Cíveis, cujo Título Único é “Das Normas Fundamentais do Processo Civil” e o Capítulo I: “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”: arts. 1º ao 12.

2.1 A natureza jurídica das normas fundamentais

As normas fundamentais constantes na legislação infraconstitucional 13.105/2015, que tratam dos direitos e garantias fundamentais atinentes ao processo judicial, têm natureza jurídica de normas-princípios, respaldadas na Constituição; a *priori*, na medida em que não haja colisão entre tais normas, têm eficácia e aplicabilidade imediata, conforme se depreende da leitura do parágrafo 1º, art. 5º, CF/1988: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Acerca desta aplicação no que se refere à efetividade dos direitos, José Afonso da Silva resalta que, em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas, algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, embora sejam tão jurídicas como as outras e exercem relevante função.⁵⁰

Há que considerar a concepção que, ao invés de destacar o direito invocado, destaca o sujeito da obrigação e as suas condicionalidades – considera que a escassez é uma realidade sempre presente⁵¹ -, chamada concepção subjetivista ou relativista: a efetividade de algum dos direitos fundamentais está sujeito à ponderação na hipótese de colisão no caso concreto.

No que diz respeito à aplicação das normas-princípios atinentes ao processo – devido processo legal, contraditório, ampla defesa, duração razoável do processo, igualdade processual (paridade de armas), eficiência, boa-fé processual, efetividade, adequação (legal jurisdicional e negocial), cooperação, primazia da decisão de mérito -, estas têm a precípua função de ordenar e disciplinar toda relação jurídica processual.

As normas do CPC/2015 que reproduzem o texto constitucional têm, pois, eficácia plena e imediata por se tratarem de direitos e garantias fundamentais referentes ao andamento regular e devido da relação jurídica processual, salvo ao verificar alguma colisão no caso concreto, hipótese esta, inclusive, prevista no código, por exemplo: parágrafo único do artigo 11 (segredo de justiça), no que tange ao princípio da publicidade e o inciso I (tutela provisória de urgência) do artigo 9º, no que tange ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Conforme abordado anteriormente, as normas fundamentais do processo civil correspondem tanto a princípios (Direito Processual Fundamental Constitucional), quanto a regras (previstas na própria legislação processual, inclusive, não somente nos primeiros doze artigos do Código, que compõem a Parte Geral – Das Normas Fundamentais, mas em outros dispositivos dispersos na lei processual, a exemplo: o princípio do autorregramento da vontade no processo e o dever de observância aos precedentes judiciais.

⁵⁰ SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 2005, p. 180.

⁵¹ BAHIA, S. J. C. **Judicialização da política**, 2014, p. 399.

Vale ressaltar que, segundo entendimento de Fredie Didier Jr., existem normas fundamentais do processo civil que não possuem *status* de direitos fundamentais, como as regras decorrentes do art. 2º, que diz respeito à iniciativa da parte e o impulso oficial referente à origem e o desenvolvimento do processo, respectivamente; e art. 12, que se refere à observância da ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. Não obstante, há de se considerar que ambas as regras estão pautadas em direitos e garantias fundamentais atinentes à relação jurídica processual, seja o direito à ação, seja o direito à inafastabilidade da jurisdição.

Interessa-nos, neste trabalho, tratar da efetividade, no âmbito da ação civil pública, das normas fundamentais que estão previstas no Capítulo I, do Título Único do Livro I da Parte Geral do CPC/2015, especificamente os artigos 3º ao 11, princípios dotados de força normativa.

2.2 A teoria da força normativa dos princípios e o Novo Código de Processo Civil

A Teoria da Força Normativa dos princípios consiste, em uma breve síntese, em reconhecer estes como norma: “os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”, assim discutido e entendido por Robert Alexy, Ronald Dworkin e Crisafulli.⁵² Destaca o constitucionalista Paulo Bonavides, embasando-se nas lições do jurista Joseph Esser, que, caso os princípios não cheguem ser, a rigor, uma norma no sentido técnico da palavra, os princípios, como *ratio legis*, são possivelmente Direito Positivo, que pelos veículos interpretativos se exprimem, e assim se transformam numa esfera mais concreta.

O princípio normativo deixa de ser *ratio legis* e passa a ser a própria *lex*, integrando, assim, a parte constitutiva das normas jurídicas, pertencendo ao Direito Positivo, dividindo-se em duas categorias: aqueles que assumem o caráter de ideias jurídicas norteadoras, postulando concretização na lei e na jurisprudência; e aqueles que, não sendo apenas *ratio legis*, mas também *lex*, cristaliza numa regra jurídica de aplicação imediata.⁵³

Dessa forma, da análise do capítulo I do título único do Livro I da Parte Geral do CPC, do art. 140 e do art. 489, §2º, CPC, verifica-se que a Teoria da força normativa dos princípios ganhou notoriedade na nova legislação processual civil, onde normas fundamentais (princípios) constitucionais são reproduzidos integralmente no texto da legislação, ou, se não reproduzidas, embasam as demais normas (regras) dispersas no CPC, incluindo uma parte exclusiva a tais normas – Das Normas Fundamentais e da aplicação das normas processuais.

É dever do Estado-juiz, ao se deparar com a omissão do ordenamento jurídico (que se revelam na lacuna ou obscuridade), decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes

⁵² BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**, 2011, p. 271.

⁵³ Segundo Larenz (*apud* Bonavides, Op. Cit., 2011, p. 272), os princípios que correspondem à primeira categoria, desprovidos do caráter de norma, são princípios “abertos” (*offene Prinzipien*) e o que correspondem à segunda categoria se apresentam como “princípios normativos”.

e aos princípios gerais do direito (art. 4º, LINB), e não se eximir da sua função sob o argumento da omissão da ordem jurídica, conforme prevê o art. 140, CPC/2015.

Ademais, essa influência da Teoria Normativa dos Princípios no CPC/2015 também se verifica na análise do art. 489, § 2º, que dispõe: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.”

Nota-se que o termo empregado “normas” refere-se tanto a regras, quanto aos princípios, sobretudo estes quando o legislador menciona o critério da “ponderação” em caso de colisão entre as normas. Nesse sentido, Robert Alexy defende a ponderação como modelo de fundamentação, assegurando a sua racionalidade, caracterizado pela maximização dos princípios sem invalidar um deles, ao contrário, pois, do que ocorre quando há colisão entre as regras: “[...] nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.”⁵⁴

Enquanto que os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, as colisões entre princípios ocorrem na “dimensão do peso”⁵⁵ – o qual é identificado recorrendo-se ao critério da ponderação.

3. OS LITÍGIOS COLETIVOS E A EFETIVIDADE DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Buscar a efetividade das normas fundamentais do processo civil é buscar a garantia de um devido processo legal; é buscar a concretização da justiça. Conforme destaca José Joaquim Gomes Canotilho, a justiça concretiza-se através de princípios jurídicos materiais “cujo denominador comum se reconduz à afirmação e respeito da dignidade da pessoa humana, à proteção da liberdade e desenvolvimento da personalidade e à realização da igualdade”⁵⁶.

Em verdade, do postulado da dignidade da pessoa humana decorrem, além de princípios formais, “outros princípios materiais, que se referem às condições substanciais de cuja satisfação depende a garantia da dignidade humana”.⁵⁷ O referido postulado jurídico constitucional tem, pois, não somente a função de sustentar determinado princípio, mas também complementá-lo.

Dessa forma, na medida em que os direitos fundamentais são protegidos e efetivados pelo Estado na solução dos litígios levados ao Estado-juiz, consequentemente, o postulado da dignidade da pessoa humana está sendo afirmado e respeitado.

⁵⁴ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2015, p. 94.

⁵⁵ *Ibidem*, Op. Cit., p. 94.

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. G. **Curso de Direito Constitucional**, 1993, p. 245.

⁵⁷ ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**, 2015, p. 358.

No caso da solução dos litígios coletivos não seria diferente, sendo de extrema importância, portanto, à observância, pelo Estado-juiz, a começar, da norma fundamental estabelecida no artigo 8º do CPC/2015, no qual impõe a este o dever de resguardar e promover a dignidade da pessoa humana. Afinal, conforme Daniel Sarmento destaca, a dignidade humana compreende o direito de acesso às necessidades materiais básicas de vida, pressuposto para o pleno exercício das liberdades civis e da democracia.⁵⁸

Ressalte-se que a tutela coletiva acaba por ser o cenário propício para que se efetive o acesso às necessidades materiais básicas a um determinado número de indivíduos, de modo a refletir os interesses sociais, cabendo não tão somente ao Estado-juiz promover esta efetividade, mas às demais instituições públicas, com destaque para Defensoria Pública, instituição que se coaduna, por excelência, ao paradigma do neoconstitucionalismo ao exercer, sobretudo, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita, como expressão e instrumento do regime democrático.⁵⁹

Analisemos, então, as normas fundamentais que devem, obrigatoriamente, serem observadas e aplicadas pelos envolvidos na relação jurídica processual à luz das particularidades da ação civil pública.

Ao partir da norma fundamental que diz respeito à primazia da decisão de mérito justa e efetiva, tendo as partes o direito de obter, em prazo razoável, a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa – artigos 4º e 6º do CPC/2015 –, ou daquela que diz respeito à vedação da decisão surpresa, no sentido de que o juiz, em qualquer grau de jurisdição, não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar – artigo 10 do CPC/2015 –, vê-se o quão é importante concretizá-las de modo peculiar para solucionar o litígio coletivo, uma vez que o interesse não é de um só indivíduo.

No que diz respeito à solução integral do mérito, pode-se admitir, por exemplo, várias possibilidades de tutela (solução) quando uma lesão atingir de diferentes formas os indivíduos que compõem uma sociedade.⁶⁰ Nestes casos, a atividade satisfativa deverá atender às necessidades do caso concreto, de modo a corresponder à tutela adequada para cada situação correspondente.

⁵⁸ SARMENTO, D. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia, 2016, p. 239.

⁵⁹ Conforme bem destacado por Tiago Fensterseifer, a Emenda Constitucional n.º 80/2014 assegurou importante suporte normativo para a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, entre outras medidas processuais e extraprocessuais de natureza coletiva, de modo a fortalecer o regime constitucional da instituição inaugurado pela Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário) *In: Defensoria Pública, proteção ambiental e Novo Código de Processo Civil.*, Coleção Repercussões do Novo CPC – Processo Coletivo, ZANETI JR, Hermes (coord.), Salvador: Juspodivm, 2016, p. 446). Atribuição da DP prevista no art. 134, CF/1988., e inclusão de título próprio no NCPC, art. 185 – Título VII – Da Defensoria Pública.

⁶⁰ Edilson Vitorelli (*In: Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*, p. 88) identifica que, via de regra, lesões graves atingem os indivíduos de modos variados, acarretando potencial de conflito entre os envolvidos.

Já no que diz respeito à oportunidade do efetivo contraditório e à participação das partes no âmbito do litígio coletivo – artigos 7º, 9º e 10 do CPC/2015, há de se considerar e valorizar uma das especificidades do procedimento da ação civil pública: a representatividade adequada. Entende por esta como uma “qualidade apresentada pelo representante que atuará em nome da sociedade ou do grupo na defesa de interesses de ordem coletiva”⁶¹, que abrange uma defesa eficiente dos interesses coletivos.

Há de considerar que esse representante será o porta-voz dos cidadãos, da comunidade, de um determinado grupo - titulares de determinados direitos, e, que deve ser, de fato, adequado para que haja o efetivo contraditório, bem como haja o efetivo exercício de direitos e faculdades processuais.

Entretanto, isso não impede que não haja a participação efetiva daqueles diretamente afetados; daí a importância das audiências públicas em litígios coletivos, instrumento que não tão somente concretiza a democracia participativa, mas a própria solução do litígio, no sentido de que a “participação deixa de ser apenas indicativo de justa possibilidade de manifestação para configurar colaboração para uma solução justa”.⁶²

No âmbito do procedimento da ação civil pública também é inquestionável a observância da norma fundamental que diz respeito ao comportamento pautado na boa-fé – art. 5º do CPC/2015 - de todos aqueles que participam do processo, inclusive, de modo a cooperar entre si a fim de alcançar a solução justa e efetiva, bem como a norma fundamental que diz respeito à motivação de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário – artigo 11 do CPC/2015 -, extraída do inciso IX, do artigo 93 da Constituição Federal de 1988, e, por fim, a que diz respeito à solução consensual do conflito – artigo 3º, parágrafos 2º e 3º.

No tocante a este último quesito, não há nenhum dispositivo que trata expressamente da possibilidade da autocomposição no curso do procedimento na Lei da Ação Civil Pública⁶³, no entanto, trata-se de uma técnica processual compatível ao referido procedimento, no qual a figura do representante adequado, mais uma vez, mostra-se de fundamental relevância, a partir do momento em que poderá verificar possibilidades viáveis e favoráveis para conciliar ou mediar com a parte contrária, ou, até mesmo, durante a participação social – audiências públicas - garantindo, assim, a tutela dos direitos coletivos afetados.

CONCLUSÃO

O novo código de processo civil brasileiro foi elaborado e publicado em regime democrático, na contemporaneidade, onde os litígios coletivos estão cada vez mais presentes; onde as demandas de ordem social são frequentes, e a tutela jurisdicional cada vez mais

⁶¹ FORNACIARI, F. H. C. F. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010, p. 50.

⁶² CABRAL, A. P. **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**, 2005, p. 65-67.

⁶³ GAVRONSKI, A. **Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas**, 2016.

necessária e urgente, haja vista a omissão no que diz respeito ao planejamento e execução das políticas públicas.

Neste cenário contemporâneo, no qual a realidade da tutela coletiva mostra-se relevante e eficaz, não se pode pensar em um Judiciário que efetive direitos fundamentais, tais como saúde e educação, em um processo civil clássico ou tradicional, destinado a um único vencedor, de modo a excluir aqueles que não tiveram o acesso à justiça de imediato e com meios propícios que os facilitassem para isto, embora se encontrem na mesma situação fática que aquele.

Em que pese não haver nenhuma parte, ou sequer, um capítulo neste novo diploma processual com a função de disciplinar o processo coletivo, com ênfase ao procedimento da ação civil pública, pode-se afirmar que a observância e a aplicação das normas fundamentais elencadas na Parte Geral, Capítulo I, são de extrema importância para o devido processo coletivo na medida em que se trate de adequar às especificidades de tal procedimento, sobretudo, no que tange à representatividade adequada por todos os envolvidos na relação jurídica processual apresentada.

De fato, tem-se como a ação civil pública um procedimento especial em decorrência não tão somente dos direitos coletivos *latu sensu* que tem como objeto de tutela, mas também, em razão dos diversos tipos de litígios coletivos que vem ocorrendo na sociedade contemporânea. Assim, as normas cabíveis no âmbito da ação civil pública, devem ser devidamente efetivadas de acordo com as peculiaridades do referido procedimento, sobretudo no que se refere às normas fundamentais do processo civil pátrio.

Não somente cabe ao Estado-juiz observar e aplicar tais normas fundamentais, mas também as demais instituições públicas e partes envolvidas na relação jurídica processual, como a Defensoria Pública, instituição esta que tem título próprio no NCPC e que retrata o constitucionalismo social ao buscar a promoção dos direitos fundamentais mediante a ação civil pública daqueles que se encontram em situação vulnerável, de modo a inseri-los como reais integrantes de uma nação, de uma sociedade.

REFERÊNCIAS

AFONSO, J. da S. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ed. 36^o ver, atual, São Paulo, Editora Malheiros, 2013, p. 98.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, ed. 4^a, São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BAHIA, S. J. C. **Judicialização da política**. Em II Jornada de direito constitucional / Tribunal Regional Federal da 1^a Região, Escola de Magistratura Federal da 1^a Região – Brasília: ESMAF, 2014.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. ed. 26^a, São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BRAGA, P. S. **Norma de processo e norma de procedimento** – o problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro, 1ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

CABRAL, A. P. **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**. *Repro*, n.º 126, São Paulo: RT, p. 65-67, ago., 2005.

CANOTILHO, J. J. G. **Curso de Direito Constitucional**. ed. 6ª, Livraria Almeida, Coimbra, 1993.

DIDIER JR., F. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. Ed. – Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR, F. e ZANETI JR., H. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4, 10ª ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**, vol. 1, 3ª ed., rev. e atual, São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

FAZZALARI, E. **Instituzioni di Diritto Processuale**. 8ª ed. Padova: CEDAM, 1996.

FENSTERSEIFER, T. **Defensoria Pública, proteção ambiental e novo Código de Processo Civil**. *In*: Coleção Repercussões no Novo CPC – Processo Coletivo, v. 8/coord. Hermes Zaneti Jr.; coord. Geral, Fredei Didier Jr. – Salvador: Juspodivm, 2016.

FORNACIARI, F. H. C. F. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GAVRONSKI, A. **Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Coord. Hermes Zaneti Jr. Salvador: Juspodivm, 2016.

GIDI, A. **Rumo a um Código de processo coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GRINOVER, A. P. G. **Direito Processual Coletivo**. *In*: Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Eduardo Ferreira Jordão e Fredie Souza Didier Jr. (coord.) – Salvador: JusPodivm, 2007.

MANCUSO, R. de C. **Ação Civil Pública e defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 9ª ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2002.

MARCATO, A. C. **Procedimentos especiais**. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MARINONI, L. G. ARENHART, S. C. **Procedimentos especiais**. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, J. M. G.; ARAÚJO, F. C. de. **Processo civil moderno** - Procedimentos cautelares e especiais, v. 4, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, J. C. B. M. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos** *In*: Temas de Direito Processual, 3ª série, São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

PASSOS, J. J. C. **Teoria geral dos procedimentos especiais**. Procedimentos especiais na legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, M. A. Ação Civil Pública. *In*: **Procedimentos especiais cíveis**: legislação extravagante. Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Jr. (coords.). São Paulo: Saraiva, 2003.

SARMENTO, D. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ed. 36ª, ver., atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

THEODORO JR., H. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. II – Procedimentos especiais., 50ª ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

VIANA, J. V. Aspectos relevantes dos procedimentos especiais. **Revista Dialética de Direito Processual Civil (RDDO)**, n. 26, maio, 2005.

VITORELLI, E. “**Tipologia dos litígios transindividuais**: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *In*: Zaneti Jr., Hermes (coord.). Processo coletivo. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

WAMBIER, L. R. **Sentença Civil**: Liquidação e Cumprimento. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAVASCK, T. A. **Reforma do processo coletivo**: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. *In*: Grinover, Menes e Watanabe (coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, São Paulo: RT, 2007.

**O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A PROTEÇÃO DO
BEM DE FAMÍLIA: ATIVISMO JUDICIAL OU PRESERVAÇÃO
DO PATRIMÔNIO MÍNIMO?**

*THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE AND THE PROTECTION OF THE FAMILY ASSET: JUDICIAL
ACTIVISM OR PRESERVATION OF MINIMUM HERITAGE?*

Maria Fernanda César Las Casas de Oliveira

*Mestre em Direito, Universidade Metropolitana de Santos
Professora do curso de atualização em direito*

fernandalascasas@yahoo.com.br

Renata Maria Silveira Toledo

*Doutoranda em Função Social do Direito, Universidade Metodista de São Paulo
Professora*

renata@toledoelopes.com.br

João Paulo Marques dos Santos

*Doutorando em Função Social do Direito
Secretário Executivo da Secretaria de Estado da Saúde do Amazonas*

Joaopaulo.advam@gmail.com

RESUMO

O objetivo deste artigo é discutir as modalidades de Bem de Família, admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, sejam pela via legal ou jurisprudencial. A investigação é iniciada a partir de um viés histórico, partindo das premissas de que é reconhecido no próprio ordenamento os princípios da dignidade da pessoa humana e do patrimônio mínimo, preconizado, sobretudo por Luiz Edson Fachin. O artigo apresenta breve análise sobre o posicionamento de julgados do STJ, a fim de conhecer se, nos casos de decisões relacionadas ao Bem de Família, esse tribunal teve postura ativista ou de preservação do patrimônio mínimo. A pesquisa adotou a metodologia da revisão bibliográfica para levantar o estado da arte, bem como a revisão jurisprudencial para avaliar como decidem os Tribunais, concluindo acerca da existência ou não o ativismo judicial.

Palavras-chaves: Bem de família. Ativismo judicial. Patrimônio mínimo.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the modalities of Family Good, admitted in the Brazilian legal system, either through the legal or jurisprudential way. The investigation starts from a historical bias, starting from the premises that the principles of the dignity of the human person and the minimum patrimony, recognized, above all by Luiz Edson Fachin, are recognized in the organization itself. The article presents a brief analysis of the position of the STJ Judges, in order to know if, in cases of decisions related to the Family Welfare, this court had an activist stance or preservation of the minimum patrimony. The research adopted the methodology of bibliographic review to raise the state of the art, as well as the jurisprudential review to evaluate how the courts decide, concluding about the existence or not of judicial activism.

Keywords: Homestead, Judicial Activism. Minimum Assets.

Data de submissão: 19/04/2019

Data de aceitação: 30/07/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. INSTITUTO HOMESTEAD 2. BEM DE FAMÍLIA 2.1 Conceito, finalidade e natureza jurídica 2.2. A função social do bem de família 3. BEM DE FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 3.1 Código Civil de 1916 3.2 Decreto Lei nº3.200/1941 3.3 Código de Processo Civil de 1973 3.4 Constituição Federal de 1988 3.5 Lei nº 8009 de 1990 3.6 Código Civil de 2002 4. O BEM DE FAMÍLIA À LUZ DOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS DO STJ 4.1 Bem de família de alto valor 4.2. Bem de família indireto 4.3 Bem de família em terreno desocupado 4.4 Bem de família ofertado como garantia da execução 4.5 Bem de família de propriedade do fiador de locação 5. PATRIMÔNIO MÍNIMO 6. ATIVISMO JUDICIAL OU PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO MÍNIMO. CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

Em países como o Brasil, no qual é frequente a crise econômica, o empobrecimento da população, infelizmente, é algo esperado. Nesta condição, a proteção do bem de família torna-se algo indispensável.

Essa proteção, porém, já era prevista na antiguidade. No direito romano, já havia a proteção ao bem de família¹, não da forma técnica como é entendida na atualidade, pois o bem familiar era protegido de alienação. Em razão dos rígidos princípios da perpetuação dos bens dos antepassados, tornando esse bem algo sagrado, o devedor respondia a suas dívidas de modo pessoal, inclusive com o próprio corpo, tornando-se escravo ou mesmo pagando a dívida com a própria vida.

Essa postura jurídica derivava do fato de que os bens, notadamente as terras, não eram considerados patrimônio pessoal, mas sim, familiar. Para essa sociedade, os bens da *gens* (família romana) eram destinados ao culto dos deuses². A percepção de propriedade privada estava contida na própria religião. Acreditava-se que os deuses desejassem uma moradia única e a proteção do bem de família visava a proteção dessa moradia, sendo uma garantia de proteção à própria religião.

Mais tarde, a sociedade romana, como forma de proteção do patrimônio familiar, passou a incluir em seus testamentos, cláusulas de inalienabilidade da casa ou de fideicomisso³.

¹ Lei das XII Tábuas: a terceira Tábua dispunha sobre os direitos de crédito e a formas de pagamento da dívida.

² FREDIANE, Y. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, 2011, p. 675.

³ Uma espécie de disposição testamentária em que o testador estipula ao herdeiro a obrigação de transmitir a outro, sob condições, a herança ou legado. Caso o herdeiro não cumprisse suas obrigações e condições, os membros da família pediriam um fideicomisso, tendo um fideicomissário no lugar daquele, como substituto.

Assim, ao passar o patrimônio ao herdeiro escolhido, garantia permanência do bem dos antepassados na família e ao culto de seus deuses.

Nos últimos períodos da civilização romana, a pessoa foi lentamente substituída pelo patrimônio e este passou a suportar a garantia das obrigações. Apesar de guardar importantes diferenças, na proteção do bem de família, utilizada na atualidade, percebemos nesta salvaguarda a semente da preservação de um bem destinado ao domicílio da família. Mesmo que a princípio não fosse este o objetivo principal no Direito Romano, ambos os Institutos tratam em sua forma particular de garantir o direito fundamental de moradia.

1. INSTITUTO DO *HOMESTEAD*

O bem de família do direito brasileiro se baseia no instituto do *Homestead*⁴. Em sua origem, o *Homestead* era utilizado no Estado do Texas (EUA), quando ainda era território mexicano. Sua definição encontra-se na Constituição Texana (1845)⁵, como uma porção de terra pertencente aos chefes de família, e por esta razão era protegida contra à alienação judicial forçada, não importando a origem do débito, desde que tenha sido contraído, posteriormente, à aquisição da propriedade⁶.

Este instituto já era muito utilizado na Europa⁷ e remonta o sentimento herdado da nação inglesa, que considerava a casa como “um castelo sagrado”. No Novo Mundo, tinha a finalidade de conferir proteção ao colono, ou imigrante, que optou em fixar moradia na República do Texas. Se a casa era um castelo protegido e sagrado em menor proporção, era o colono, ou imigrante, que mantinha tais castelos, que deviam ser protegidos para sua própria perpetuação familiar⁸.

A Constituição Texana de 1836, antes da lei do *homestead*, tratava das linhas gerais do instituto, possibilitando a todo cidadão do Texas, com exceção dos negros africanos e de seus descendentes, de obterem, junto ao Governo, uma pequena porção de terras do Estado,

⁴ PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil**, 2011, p. 599.

⁵ CF-Texas/1845 - Artículo Sétimo, Sec. 22, in verbis: SEC. 22. La Legislatura tendrá facultad de proteger por ley, una parte de los bienes de las cabezas de familias, contra las Ventas forzosas. El hogar de la familia no pasando de doscientos acres de tierra (no siendo dentro de una ciudad ó villa) ó un solar ó solares en una ciudad ó villa, no pasando en valor de dos mil pesos no será sujeto á venta alguna forzosa, por ninguna deuda contratada de aquí en adelante; tampoco será su dueño, siendo hombre casado, permitido á ajenarlo sin el consentimiento de su esposa, en la manera según la Legislatura, de aquí en adelante lo disponga.

⁶ Exceto impostos relativos ao próprio imóvel.

⁷ Difundido por grande parte do mundo civilizado, durante o início do século XX, na França, o instituto do *homestead* acabou por ser adotado, em 1909, com o nome de *Bien de Famille* – informação obtida no artigo localizado no site da biblioteca Dr. Gilberto Valente da Silva. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/obras/inovacoes-do-bem-de-familia-no-novo-codigo-civil-brasileiro>>. Acesso em: jun. 2017.

⁸ LIMA, S. N. **Do bem de família**, 2001, p. 429-635.

desde que fosse chefe de família⁹. Mesmo após a independência do Texas (em 1836), o *homestead* prosseguiu e, posteriormente, incorporou-se à legislação americana.

Foram estipuladas algumas regras para prevalecer a proteção do *homestead*, tais como: a) o valor relativo a esta porção de terra não poderia exceder a 2 mil dólares; b) o tamanho de 200 (duzentos) acres de terra em área rural (não havia previsão de *homestead* urbano); c) a propriedade seria de destinação de residência do devedor; d) o proprietário não podia vender o *homestead* sem o consentimento da esposa¹⁰. Em decorrência da grave crise econômica do séc. XIX, o Estado do Texas, na expectativa de proteger a perda de inúmeras propriedades, devido à execução por dívidas, promulgou a primeira lei relativa de *homestead* em 1839, Lei n.º 26.

Em 1862, uma lei federal também tratou do assunto, porém passou a conceder gratuidade das terras de domínio público, isentando-a de penhora e de execução por dívidas anteriores à concessão da propriedade. E todos os demais Estados da federação adotaram a norma que formalmente fora implantada no território americano e é válida até os dias de hoje, sendo sua ideia adotada inclusive no Brasil, adaptando-se à legislação e à cultura brasileira, conforme será visto a seguir.

2. BEM DE FAMÍLIA

O bem de família, como se apresenta na atualidade, foi originado no *homestead* americano e aceito por vários países, entre eles o Canadá, a Austrália, a Venezuela, o Chile, a França, a Italiana e o Brasil.

Caio Maio da Silva Pereira apresenta o instituto como um “privilégio que se concede

⁹ CF -Texas/1836 – General Provisions - SEC. 10. All persons, (Africans, the descendants of Africans, and Indians excepted,) who were residing in Texas on the day of the Declaration of Independence, shall be considered citizens of the Republic, and entitled to all the privileges of such. All citizens now living in Texas, who have not received their portion of land, in like manner as colonists, shall be entitled to their land in the following proportion and manner: Every head of a family shall be entitled to one league and labor of land, and every single man of the age of seventeen and upwards, shall be entitled to the third part of one league of land. All citizens who may have, previously to the adoption of this Constitution, received their league of land as heads of families, and their quarter of a league of land as single persons, shall receive such additional quantity as will make the quantity of land received by them equal to one league and “labor” and one-third of a league, unless by bargain, sale, or exchange, they have transferred, or may henceforth transfer their right to said land, or a portion thereof, to some other citizen of the Republic; and in such case the person to whom such right shall have been transferred, shall be entitled to the same, as fully and amply as the person making the transfer might or could have been. No alien shall hold land in Texas, except by titles emanating directly from the Government of this Republic. But if any citizen of this Republic should die intestate or otherwise, his children or heirs shall inherit his estate, and aliens shall have a reasonable time to take possession of and dispose of the same, in a manner hereafter to be pointed out by law. Orphan children, whose parents were entitled to land under the colonization law of Mexico, and who now reside in the Republic, shall be entitled to all the rights of which their parents were possessed at the time of their death. The citizens of the Republic shall not be compelled to reside on the land, but shall have their lines plainly marked.

¹⁰ Verdadeira outorga uxória.

as famílias ou às pessoas em geral para continuar a viver em suas casas livre de ações de seus credores”. E completa que “a propriedade do *homestead* abrange não só a residência principal, mas também o terreno, prédios adjacentes e seus acessórios os quais sejam necessários para o uso da família”¹¹.

2.1 Conceito, finalidade e natureza jurídica

O bem de família pode ser compreendido como um instituto híbrido, pois funde a proteção da pessoa humana com os direitos patrimoniais. A tutela encontrada aqui abrange a proteção do instituto da família em si, pois visa proteger o “lar”, o domicílio do núcleo familiar.

Ele reserva especial guarida à dignidade da família, que mesmo acometida por importantes dívidas poderá, no seio do seu lar, usufruir da mínima paz necessária para sobreviver à intempérie financeira que lhe acomete.

Álvaro Villaça Azevedo conceitua bem de família como “um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala o domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”¹².

De acordo com Maria Berenice Dias¹³, o alcance do conceito do bem de família abarca o direito à moradia, considerado um dos direitos da personalidade inerente à pessoa humana que, por sua vez, tem como elemento a estrutura moral da pessoa. Assim, a autora, ao lecionar sobre a proteção do bem da família, igualmente apresenta a proteção da casa como o asilo inviolável, descrito na Constituição Federal, ou seja, nos casos de violação, é capaz do aniquilamento da própria família.

No dizer de Maria Berenice Dias¹⁴, trata-se de uma qualidade que se agrega a um bem imóvel e seus móveis, na expectativa de proteger seus proprietários (devedores) e sua família que nele residem. Na visão de Rolf Madaleno¹⁵, a finalidade da lei é garantir a proteção da habitação a cada indivíduo, isentando o imóvel, destinado a servir de domicílio da família do devedor, de execução por dívidas de índole civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de qualquer natureza, além das exceções previstas em lei.

A Lei n. 8.009/1990, que trata da impenhorabilidade do bem de família, em seu artigo 1º, apresenta a conceituação de bem de família como sendo aquele imóvel destinado à residência do próprio casal ou de entidade familiar. Porém, em 2008, o Supremo Tribunal de Justiça estendeu essa proteção de bem de família às pessoas solteiras, separadas e viúvas,

¹¹ PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil**, 2011, p. 599.

¹² AZEVEDO, A. V. Bem de Família. Comentários à Lei 8.009/90. **Revista dos Tribunais**, 2002, p. 87.

¹³ DIAS, M. B. Manual de Direito das Famílias. **Revista dos Tribunais**, 2013, p. 627.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ MADALENO, R. Curso de Direito de Família. Forense, 2013.

ao editar o enunciado sumular n° 364¹⁶.

Em sua doutrina, Flávio Tartuce¹⁷ explica que o entendimento adotado pelo STJ, na impenhorabilidade do bem de família para a pessoa só, tem a finalidade de proteger a pessoa humana que necessita de moradia (art. 6.º, *caput*, CF/88) e não a família como originalmente estabelecia a lei. O autor cita o artigo 226, da Constituição Federal/88¹⁸, o qual estabelece o que se entende por família, ficando evidente que a pessoa solteira, para a Constituição Federal, não constitui família.

Quanto à natureza jurídica, Álvaro Villaça Azevedo¹⁹ afirma que no direito brasileiro, o bem de família “é um patrimônio especial, que se institui por ato jurídico de natureza especial, pelo qual o proprietário de determinado imóvel, nos termos da lei, cria um benefício de natureza econômica, com escopo de garantir a sobrevivência da família, em seu mínimo existencial, como célula indispensável à realização da justiça social”.

Conclui-se, portanto, que o bem de família é uma forma de afetação de bens, com objetivo de assegurar a dignidade humana e o direito à moradia de qualquer pessoa, configurando uma seguridade ao patrimônio mínimo essencial do indivíduo.

2.2. A função social do Bem de Família

A funcionalização do direito tem sido objeto de investigações doutrinárias, principalmente após o “declínio do positivismo jurídico” e a reaproximação com o jusnaturalismo²⁰. Este movimento tem sua intensificação após as barbáries verificadas na 2ª Guerra Mundial, levando o ordenamento jurídico adotar um novo paradigma filosófico e ético, ensejando na famosa “virada Kantiana”²¹ e a adoção pelas Constituições a dignidade da pessoa humana.

¹⁶ STJ – Súmula n. 364. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

¹⁷ TARTUCE, F. Direito Civil. Forense, 2016, p. 315.

¹⁸ CF/88 – Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁹ AZEVEDO, A. V. Bem de Família. Comentários à Lei 8.009/90. **Revista dos Tribunais**, 2002, p. 107.

²⁰ LOSANO, M. G. **Prefácio à edição brasileira**, 2007, p. XXXV.

²¹ “Immanuel Kant (1724-1804), um dos filósofos mais influentes do Iluminismo, é uma referência central na moderna filosofia moral e jurídica ocidental. Muitas das suas reflexões estão diretamente associadas à ideia de dignidade humana e, conseqüentemente, não é surpresa que ele seja o autor mais frequentemente citado nos trabalhos sobre essa matéria. Apesar de questionamentos ocasionais ao seu sistema de moralidade, a ética kantiana se tornou parte crucial da gramática e da semântica dos estudos sobre a dignidade humana. Por essa razão, correndo o risco da simplificação excessiva, apresenta-se a seguir uma síntese de três dos conceitos centrais do seu pensamento: o imperativo categórico, a autonomia e a dignidade” (BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 919, p. 127-195, mai., 2012.).

Mario G. Losano ao prefaciar a versão brasileira de Norberto Bobbio - Da Estrutura à função -, traz a seguinte reflexão “(...) O positivismo jurídico nos seduz como cientistas neutrais; ao invés, o jusnaturalismo nos permite afirmar nossos valores morais. (...)”²².

Interessante essa indagação, pois Norberto Bobbio²³, ao expor a temática da funcionalização, alude que a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, foi muito bem construída, em especial do ponto de vista estrutural do direito. Todavia, negligencia quanto à investigação da razão teleológica, sendo necessária sua complementação, a partir de normas promocionais com o fim de incentivar condutas, por meio de benefícios ou privilégios.

Como dito acima, a “Virada Kantiana” foi um grande marco no ordenamento jurídico, onde passou-se a exigir do Estado uma análise do ser humano como destinatário e fundamento do direito, ou seja, o ser humano passa a ser o meio e o fim do próprio ordenamento jurídico, rejeitando todo e qualquer tratamento que coisifique o ser humano.

Esse movimento, foi intensificado, com a promulgação da Constituição em 1988, onde o direito privado passou a ser objeto de diversas incursões doutrinárias, exigindo de todos uma análise que privilegiasse os valores sociológicos, éticos e morais, além, de compatibilizá-lo com o princípio da dignidade da pessoa humana e, até mesmo, com o estatuto do patrimônio mínimo²⁴, estes, necessários para compreensão do sistema a partir da realidade social, desprendido daquele conceito elaborado pelas doutrinas individualista e voluntarista, que serviram de base o Código Civil de 1916²⁵, um movimento, alcunhado, de teoria da constitucionalização do direito privado.

Apesar da importância dessa temática, deixa de aprofundá-la em razão dos objetivos que se busca o presente trabalho. Apesar disso, é inconteste que direitos de cunho eminentemente patrimonial, foram mitigados, a fim de viabilizar uma investida mais humana, como exemplo, verifica a necessidade de garantir o direito ao devido processo legal e seus

²² *Ibidem*, p. XXX.

²³ BOBBIO, N. **Da estrutura à função: Novos estudos de teoria do direito**, 2007, p. 56.

²⁴ FACHIN, L. E. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: À luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal**, 2006, p. 1.

²⁵ TEPEDINO, G. **Temas de direito civil**, 2001, p. 2-3.

consectários, por ocasião da exclusão de associado de determinada associação²⁶. Assim, sendo necessária a observância dos institutos privados à luz da Constituição, é inevitável a abordagem do bem de família com base nesse prisma, chegando à sua função social.

O bem de família encontra respaldo no art. 5º, XXVI, da CF²⁷, onde considera como impenhorável a pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família, isto é, é impenhorável a pequena propriedade que atende à sua função social, todavia, a interpretação não está adstrita apenas ao imóvel rural, mas também ao imóvel urbano, entretanto, com relação a este, a sua impenhorabilidade decorre do atendimento ao plano diretor, conforme determina o art. 182, § 2º, da CF²⁸.

Portanto, a impenhorabilidade dos bens imóveis, rural e urbano, decorre do atendimento da sua função social, em sede da Constituição. Função social, por sua vez, está ligada à conduta proativa do proprietário ou do possuidor no exercício do direito de propriedade ou de posse, pois se assim não o fizer, a própria Constituição já trouxe as penalidades capazes de estimular o atendimento da função social, isto é, a penhorabilidade, o aumento progressivo de impostos, da desapropriação, do parcelamento²⁹ etc.

²⁶ Este tema já foi objeto de análise do Supremo Tribunal Federal, onde deu provimento ao Recurso Extraordinário n.º 158.215, determinando a manutenção da relação jurídica entre os litigantes, ante à ausência da observância dos valores constitucionais naquela relação privada, *in verbis*: DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos prolatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (RE 158215, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 30/04/1996, DJ 07-06-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757)

²⁷ CF/88 - Art. 5º (...) XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

²⁸ CF/88 - Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...) § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

²⁹ CF/88 - Art. 182. (...) § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Desta análise é possível, portanto, afirmar que a função social do bem de família decorre do exercício do direito fundamental à moradia, tanto pela pessoa solteira³⁰, quanto pela família, cujo fundamento é encontrado no art. 6º, da CF, que lhe fora acrescido pela Emenda Constitucional n.º 26/2000.

Esse direito fundamental é de observância obrigatória, ainda que seja considerado pela doutrina e jurisprudência como de eficácia limitada, necessitando, desta feita, de regulação infraconstitucional para fazer jus à eficácia plena. Sem embargos, é fato que ele goza de duas eficácias, uma negativa e outra positiva. José Afonso da Silva³¹, ao tratar da temática, define ambas da seguinte forma:

Esse é daqueles direitos que têm duas faces: uma negativa e uma positiva. A primeira significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiros. A segunda, que é a nota principal do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. É nessa ação positiva que se encontra a condição de eficácia do direito à moradia. E ela está prevista em vários dispositivos de nossa Constituição, entre os quais se destaca o art. 3º, que define como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a marginalização – e não há marginalização maior do que não se ter um teto para si e para a família – e promover o bem de todos, o que pressupõe, no mínimo, ter onde morar dignamente.

A eficácia negativa do direito à moradia legitima a impenhorabilidade do bem de família, por outro lado, a eficácia positiva, garante ao proprietário e ao possuidor do bem de família o mínimo existencial efetivando, desta feita, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Entender de forma diferente, isto é, pela possibilidade da penhorabilidade do bem de família, é marcar de morte as eficácias do direito à moradia, além de colocar o Brasil em situação de descrédito perante os Estados Estrangeiros, dado o descumprimento dos compromissos internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos – 1948³² e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais e Culturais - Pidesc, adotado pela ONU em 1966³³, os quais, o Brasil é signatário.

³⁰ STJ – Súmula 364. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

³¹ SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**, 2005, p. 315.

³² Signatário desde a sua consecução, tendo ratificado no mesmo dia de sua elaboração.

³³ Ratificado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

Estes compromissos, de natureza social, tratam de diversos direitos humanos, dentre eles o de moradia, conforme se verifica, respectivamente, do art. 25, §1º, e art. 11, §1º, *in verbis*:

Art. 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Art. 11. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (grifo nosso)

Não obstante à sua natureza de direito humano, é fato que não possuem hierarquia de norma constitucional, pois não observaram o regime estatuído pelo art. 5º, §3º, da CF³⁴, aliás, nem poderia, já que as ratificações ocorreram em momento anterior à Emenda Constitucional nº 45/04, logo, segundo a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fixada por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.333–SP, essas normas possuem caráter de supra-legalidade, ou seja, na pirâmide de Kelsen, estaria abaixo da Constituição, mas superior às normas infraconstitucionais.

Sendo essa a característica dessas normas, deveria ser incontroverso que todas as previsões de penhorabilidade do bem de família seriam inconstitucionais e, até mesmo, inconventionais, dado o seu conteúdo de direito fundamental de observância obrigatória por todos na sociedade, em especial pelos três poderes.

Colocada essas premissas de forma sistematizada, conclui-se que a função social do bem de família, de fato, é a proteção do direito fundamental à moradia, consubstanciado no art. 6º, da CF, não sendo passível de revisão pelo Poder Legislativo, dada a sua característica de cláusula pétrea, além da necessidade da declaração de inconstitucionalidade ou de não recepção de normas que atentem contra a sua autoridade.

³⁴ CF/88 – Art. 5º. (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

3. BEM DE FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Através do Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850³⁵, o qual isentava da penhora alguns bens do devedor executado, o Brasil passou a tratar da proteção do bem de família em sua legislação. Porém, a exclusão da execução do bem imóvel, que servisse de domicílio, ainda não era tratada da forma como é atualmente.

À época, por influência do Código Napoleônico e das doutrinas voluntarista e individualista, o caráter patrimonial dos bens e dos direitos ainda era muito forte³⁶, inviabilizando quaisquer propostas de criação de um regime jurídico do bem de família, dado o interesse do credor no adimplemento das obrigações ser superior àquele. Apesar da forte influência, o Código Civil de 1916 trouxe consigo algum regramento como será demonstrado.

3.1 Código Civil de 1916

A partir do projeto de Clóvis Beviláqua, de 01 de dezembro de 1912, a Comissão Especial do Senado aceitou, finalmente, a possibilidade da proteção do bem de família em detrimento aos credores e apresentou emenda, concernente ao tema, ao então presidente, Feliciano Penna.

A emenda propunha a inclusão, no Código Civil, de quatro artigos que passaram a constituir o Bem de Família. Tais disposições foram posteriormente inseridas no Código Civil Brasileiro de 1916, inicialmente, colocado em sua Parte Geral, no Livro das Pessoas e, posteriormente, transferida para o Livro dos Bens, através dos artigos 70 a 73.

O Código Civil de 1916, em seus artigos 70 a 73³⁷, não limitava o valor do bem para estabelecer a proteção. Assim, ficava a cargo dos cônjuges, elegerem livremente o imóvel (inclusive o de maior valor) para que o mesmo ficasse protegido de posteriores execução por dívidas. Com o decorrer do tempo, este instituto sofreu várias alterações.

3.2 Decreto Lei n.º 3.200/1941

Este decreto dispunha sobre a organização da família e as proteções concedidas pela legislação a essa instituição. Nesse dispositivo, o bem de família já apresenta algumas alterações. O capítulo IX passou a disciplinar o bem de família e estabeleceu parâmetros para

³⁵ Regulamento nº 737/1850: “**Art. 493. A respeito dos bens da mulher casada, e do menor, não comerciantes, guardar-se-ha o direito civil**”. Acesso em junho de 2017: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm>

³⁶ TEPEDINO, G. **Temas de direito civil**, 2001, p. 2-3.

³⁷ No Código de 1916, o dispositivo estava previsto em sua parte geral, completando o regime de bens, incluído no art. 70 a previsão de escolha, pelos chefes de família, de bem utilizado para domicílio estar a salvo de execuções, excetuando as relativas a impostos prediais. Os demais artigos 71 a 73 introduziram subsídios para sua validade.

sua isenção nas execuções.

No início, o documento estabeleceu que o imóvel devesse ser rural, com valor limite para a eleição do bem de 100 contos de réis, depois alterado para um milhão de cruzeiros e, posteriormente, 500 salários mínimos. Porém, a exigência de limite de valor ao bem era retirada se a família residisse no imóvel por no mínimo dois anos. O imóvel não seria partilhado, no caso da morte de um dos cônjuges, e só entraria no inventário com o falecimento de ambos.

Na hipótese da família ser proprietária de mais de um bem, o decreto concedia ao juiz a liberalidade de alterar o bem, eleito pela família, levantando assim sua impenhorabilidade, e colocando-a em outro bem.

3.3 Código de Processo Civil de 1973 e Lei de Registros Públicos nº 6.015/1973

Apenas em 1973, o instituto aparece regulamentado no Código de Processo Civil³⁸. No mesmo ano, a Lei de Registros Públicos foi promulgada. Esta, por sua vez, tratou das formas de registro do bem, para sua inclusão no manto protetivo como bem de família, regulamentando a formalização do registro por escritura, a fim de dar publicidade ao ato.

No art. 260, da Lei de Registros Públicos³⁹ estabeleceu o Bem de Família Voluntário, o qual regulamenta que, para instituição de um Bem de Família, este deve ser feito por meio de escritura pública, fato que impossibilitará futura penhora.

3.4 Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, trata dos Direitos Sociais⁴⁰, incluindo o direito à moradia. Alguns doutrinadores entendem que não seria errado fazer comparar esse artigo com o *homestead* estabelecido na Constituição Texana. Esta similaridade fica mais transparente ao observarmos o inciso XXVI, do artigo 5º⁴¹: em ambos os institutos, a proteção da impenhorabilidade recai sobre o imóvel rural.

³⁸ CPC/73 - Art. 1.218. Continuam em vigor até serem incorporados nas leis especiais os procedimentos regulados pelo Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, concernentes: (...) VI - ao bem de família (arts. 647 a 651);

³⁹ L. 6.015/73 - Art. 260. A instituição do bem de família far-se-á por escritura pública, declarando o instituidor que determinado prédio se destina a domicílio de sua família e ficará isento de execução por dívida. (Renumerado do art. 261, pela Lei nº 6.216, de 1975)

⁴⁰ CF/88 - Art. 6º. São Direitos Sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁴¹ CF/88 - Art. 5º. (...) XXVI. a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; (texto do Estatuto da Terra, Lei 4.504/64, incorporado na Carta Magna);

Porém, a diferença mais acentuada entre os dois institutos é o fato da lei do *homestead* garantir a impenhorabilidade também dos bens domésticos (móveis), que guarnecem a casa, fato este que a Constituição de 1988 não abordou.

3.5 Lei do Bem de Família nº 8.009 de 1990

Em meio a uma sociedade devastada pela inflação, em 1990, é eleito o primeiro presidente pelo voto direto, Fernando Collor de Mello, que se viu impelido a adotar medidas drásticas, a fim de reduzir a inflação e pôr fim a uma grave crise econômica que assolava, há muitos anos, o país.

Neste contexto, a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, foi promulgada a fim de proteger a residência da família. Apesar da Lei de Registros Públicos continuar vigente, o instituto do “Bem de Família voluntário” perdera sua eficácia social, pois a nova lei estendeu a todos os imóveis residenciais, da entidade familiar, a impenhorabilidade, e não apenas aos eleitos e registrados, como estava previsto anteriormente, apontando-os como bens de família. Desta forma, criou o Bem de Família legal.

Com essa Lei, o legislador foi capaz de expressar, com clareza, a preocupação da população nesse período.

3.6 Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 fez previsão expressa ao Bem de Família, regulamentando-o nos artigos 1.711 a 1.722. Observe-se que este diploma estendeu, expressamente, a proteção aos bens móveis que guarnecem a residência da família, inclusive aqueles destinados à produção de renda para o sustento da família.⁴²

É incontestável que, as razões pelas quais fundamentam o teor positivo da norma são desde a ordem moral à social, estabelecendo o mínimo para a sobrevivência digna da família, mesmo diante das dificuldades financeiras, enfrentadas de tempos em tempos. A Constituição, ao reconhecer a moradia como direito fundamental, dá guarida às decisões judiciais que protegem o respectivo bem imóvel da impenhorabilidade.

4. O BEM DE FAMÍLIA À LUZ DOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS DO STJ

O Superior Tribunal de Justiça, em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), tem adotado o entendimento de ampliar a proteção do bem de família, percepção fundada na garantia da moradia, ou ainda, do patrimônio mínimo

⁴² CC/02 – Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

do indivíduo, assegurados na Carta Magna como Direito Fundamental.

Ainda na vertente da ampliação da proteção, incluem-se novos modelos familiares⁴³, reconhecidos no julgamento do REsp nº 205.179/SP⁴⁴. Assim, uniões e famílias, reconhecidas e protegidas⁴⁵ pela Constituição Federal, abrangem desde famílias formadas por ambos os pais, as Binucleares⁴⁶, as Unipessoais⁴⁷ e as Socioafetivas⁴⁸.

4.1 Bem de Família de alto valor

A proteção do imóvel de alto valor sempre gerou constrangimento na sua aceitação. De fato, o legislador, prevendo má-fé do devedor, proibiu alteração de domicílio ao imóvel de maior valor, em caso de insolvência (art. 4º, Lei nº 8.009/90⁴⁹).

Todavia, o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90⁵⁰, ao se deparar com a problemática da existência de dois imóveis em nome do devedor, a resolve com a designação do bem em que ensejará a penhora, isto é, aquele de menor valor, salvo, registro para este fim em bem diverso, ainda que seja de valor superior. Apesar da solução legal, a questão não é pacífica, razão pela qual inúmeros recursos foram conhecidos pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse proferida decisão pondo termo à querela.

Merecem destaque dois destes julgados, o REsp. nº 1.178.469/SP (julgado pela 3ª Tur-

⁴³ Na atualidade não são somente consideradas famílias as uniões compostas por pai, mãe e filho. Tratam-se de novos modelos familiares as formadas pelo vínculo afetivo.

⁴⁴ Neste julgado o STJ ao interpretar o princípio da dignidade humana optou por retirar do casamento o monopólio na criação ou legitimação da família, e passou a permitir outras formas de entidades familiares.

⁴⁵ STJ – Súmula n. 364. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

⁴⁶ Formada por famílias recompostas, pluriparentais e mosaicos, Maria Berenice Dias (em sua obra Manual de Direito das Famílias. São Paulo: RT, 2013) apresenta o termo para designar aquelas entidades familiares formadas pela pluralidade das relações parentais, em especial as fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões.

⁴⁷ Também conhecida como monoparental, é entendida como família pessoas que vivem sozinhas, pessoas solteiras, separadas, viúvas ou ainda formada por apenas um dos genitores e seus descendentes.

⁴⁸ Maria Berenice Dias observa que este termo surgiu da tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo, reconhecida também como família eudemonista, “que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.” (Manual de Direito das Famílias. São Paulo: RT, 2013.)

⁴⁹ L. 8.009/90 - Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

⁵⁰ L. 8.009/90 - Art. 5º. (...) Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

ma) e o REsp. nº 1.351.571/SP (julgado pela 4ª Turma). O primeiro tratou de questão relacionada à dívida decorrente de quotas condominiais. O pedido girava em torno da possibilidade de desmembramento de parte ideal de imóvel para pagamento da dívida.

A 3ª Turma entendeu que é possível a retirada da isenção da impenhorabilidade, de parte ideal do imóvel, desde que não o descaracterize, como a garagem, por exemplo. Relativo ao imóvel em si, o entendimento unânime foi de que, diante do fato do Código Civil falar de residência, e não de valor, o imóvel, ainda que de alto valor (o luxuoso), não poderá sofrer constrição judicial em face da sua proteção.

No REsp. nº 1.351.571/SP, julgado pela 4ª Turma, em matéria semelhante, o julgamento não foi unânime. O entendimento majoritário da Turma prevaleceu no sentido de manter a proteção da impenhorabilidade. Nesse julgado, o Relator, Min. Luís Felipe Salomão, cujo voto foi vencido, argumentou que a ponderação de princípios, entre a proteção do devedor e o imóvel de valor suntuoso, ofende o princípio da razoabilidade.

O Relator ressaltou que a proteção inserida pelo legislador no CPC/73 era sobre o patrimônio mínimo e, com isso, fez profundas reflexões sobre a dignidade da pessoa humana, acrescentando nesse caso, igualmente a figura do credor como portador de dignidade. No entender do Ministro relator, a impenhorabilidade do patrimônio luxuoso excede o patrimônio da vida, em detrimento do direito do credor, ferindo, desta feita, o princípio da isonomia e chegou a propor à Turma que adotasse nova sistemática de ponderação.

Mesmo assim, seu voto foi vencido pelo entendimento dos Ministros Raul Araújo e Antônio Carlos Ferreira, os quais sustentaram que a legislação já trazia as devidas exceções e que, se optassem em seguir o Ministro Salomão, esse entendimento traria insegurança jurídica. Diante do debate, a Ministra Maria Isabel Galloti defendeu outra possibilidade. Não a análise em si da impenhorabilidade, mas sim, a análise sobre fixação do valor mínimo necessário para garantir a subsistência e votou com o relator.

O desempate se deu após vista para análise do Min. Marco Buzzi que, ao final, acompanhou os Ministros Araújo e Ferreira, os quais proferiram seu voto sustentados no princípio da especificidade “*Lex specialis derogatlegi generali*”⁵¹.

Nesse julgado, triunfou o entendimento de que a norma especial prevalece sobre a geral, motivo pelo qual, em virtude do instituto do bem de família ter sido especificamente tratado pelo referido ordenamento normativo, é imprescindível, tal como determinado no próprio diploma regedor, interpretar o trecho constante do *caput* do artigo 1º, “salvo nas hipóteses previstas nesta lei”, de forma limitada.

Por essa razão, o entendimento do STJ permanece pacificado, no sentido de que as ressal-

⁵¹ O critério cronológico, também conhecido como “*lex posterior*”, é verificado a partir da sucessão de normas, ou seja, a lei posterior prevalece sobre a anterior, naquilo em que for incompatível (revogação e ab-rogação). Designa-se a este princípio o termo em latim “*lex posterior derogatlegi priori*”, ou seja, lei posterior derroga leis anteriores. (BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. 3.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 250.). Lumia denomina esse critério como “critério temporal” atribuindo o mesmo significado. LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e ideologia do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 89.

vas à impenhorabilidade ao bem de família obrigatório, são sempre conferidas na interpretação literal e restritiva da lei.

4.2 Bem de família indireto

Trata da proteção do único Bem de família locado a terceiro, cuja renda obtida da locação é revertida para a manutenção da família⁵². Esta decisão foi decorrente do Ag.Rg. n.º 385.692/RS, 4ª Turma, julgado em 2012.

O STJ tem entendimento consolidado em prestigiar a manutenção da entidade familiar, protegendo o único bem da família utilizado para este fim. Desse julgado, originou-se o enunciado de súmula n.º 486⁵³, o qual passou a denominar essa modalidade como proteção de “bem de família indireto”, pois a tutela da moradia é dada de forma mediata ou reflexa⁵⁴.

Ainda, seguindo o mesmo entendimento, o REsp 950.663/SC, 4ª Turma, sob relatoria do Min. Salomão, proferiu decisão para o caso de único imóvel do devedor, o qual estava em usufruto, para destino de moradia de sua mãe, pessoa idosa. A proteção, aqui estabelecida, teve sua justificativa ampliada, pois a proteção estaria além de basear-se na moradia, julgando-se com base no sistema de tutela constante do Estatuto do Idoso⁵⁵.

4.3 Bem de Família em terreno desocupado

Para o STJ, o terreno vazio, desocupado, ou mesmo em construção, continua sendo alcançado pela proteção dada ao Bem de família, se este for o único imóvel do devedor. Esse argumento veio em consequência do REsp. n.º 825.660/SP, de relatoria do Min. João Otávio Noronha. Tratou-se de execução de dívida, decorrente de imposto predial que, a rigor, afastaria a impenhorabilidade. Contudo, a Turma optou por manter a impenhorabilidade. A Turma julgadora manteve a impenhorabilidade para garantir a finalidade atribuída à Lei e, com isso, concede maior amplitude ao conceito de Bem de família.

O caso era relativo à família que foi obrigada a mudar de seu único imóvel, deixando-o vazio, devido a uma enchente que causou sérios danos. O relator entendeu o motivo da mudança como justo, não decorrendo de mero capricho e, apesar da execução de dívida *propterrem*, o imóvel ficou protegido de sofrer qualquer tipo de constrição.

⁵² TARTUCE, F. **Bem de Família Vazio**. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI238163,21048-O+bem+de+familia+vazio>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

⁵³ STJ – Súmula n. 486. É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.

⁵⁴ TARTUCE, F. **Bem de Família Vazio**. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI238163,21048-O+bem+de+familia+vazio>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

⁵⁵ Deste julgado originou o Informativo n.º 543 do STJ: “constitui bem de família, insuscetível de penhora, habite”.

4.4 Bem de Família ofertado como garantia da execução

Trata-se de bem oferecido à penhora por devedor sem advogado que, após a constituição de um procurador, alega que o referido imóvel é seu domicílio e único Bem da família, portanto, impenhorável. Essa espécie de bem traz à tona inúmeras discussões acerca da boa-fé e da proibição de comportamento contraditório.

O presente artigo encontrou três correntes que aceitam o bem ofertado a penhora⁵⁶. A primeira segue o entendimento de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Com isso, surge a tese pela qual se deve dar interpretação restritiva à Lei nº 8.009/1990, sendo os Embargos liminarmente rejeitados.

A segunda corrente, adotada pelo STJ no REsp nº554.622/RS (3ª Turma), também entende que os Embargos devam ser prontamente rejeitados, baseados na vedação do comportamento contraditório “*venire contra factum proprium*” fundamentando, ainda, que deve existir boa-fé objetiva no plano da lealdade dos participantes da relação negocial⁵⁷.

A última corrente apresenta paralelo com o Aval e defende que se trata de justo e legal exercício da autonomia privada, sendo a renúncia à impenhorabilidade do bem de família algo possível. No entanto, Flávio Tartuce⁵⁸ não compactua de nenhuma das correntes citadas, que entendem possível a penhora de bem de família ofertado pelo devedor.

Para o doutrinador, a questão envolve o Direito Fundamental da moradia, que salva-guarda o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), recepcionado na Constituição. Nessa vertente, sustenta que os argumentos relativos à má-fé, diante do benefício da própria torpeza, são afastados pelo argumento da boa-fé que, por sua vez, afasta o comportamento contraditório e a ponderação entre o direito de propriedade e boa-fé objetiva. Para o autor, a renúncia acatada pelo STJ é inválida e ineficaz, pois defende ser irrenunciável essa proteção, não sendo admitido, nesse caso, o livre exercício da autonomia da vontade privada por ser questão de ordem pública. Com este raciocínio, sustenta que os embargos à execução deveriam ser acolhidos.

⁵⁶ TARTUCE, F. **A polêmica do bem de família ofertado**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/>>. Acesso em: fev 2017.

⁵⁷ Bem de Família. Indicação. Penhora. A indicação do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício conferido pela Lei n. 8.009/1990 quanto a sua impenhorabilidade, máxime se tratar de norma cogente contidora de princípio de ordem pública, consoante a jurisprudência do STJ. Assim, essa indicação não produz efeito capaz de ilidir aquele benefício. Com esse entendimento, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, proveu o agravo e o recurso especial. O voto-vencido entendia que, ao revés, da indicação resulta a renúncia à benesse, visto que o direito à impenhorabilidade não seria similar à indisponibilidade. Precedentes citados: REsp.684.587-TO, DJ14/3/2005; REsp. 242.175-PR, DJ 8/5/2000, e REsp. 205.040-SP, DJ13/9/1999. Ag.Rg. no REsp.813.546-DF, Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 10/4/2007.

⁵⁸ **Direto Civil. Direito de Família**. v. 5. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

4.5 Bem de Família de propriedade do fiador de locação

Dentre as exceções contidas na Lei nº 8.009/90 consta, no inciso VII, do artigo 3º, a possibilidade da penhora recair sobre bem decorrente de fiança concedida em locação, ainda que este bem seja o único bem imóvel de propriedade do fiador.

Doutrina e decisões jurisprudenciais divergem sobre a inconstitucionalidade desse inciso, sendo encontrada, em seus postulados, a tese da penhorabilidade do único bem de propriedade do fiador. Porém, a doutrina minoritária⁵⁹ entende ser essa previsão inconstitucional, por violar a isonomia⁶⁰ e a proteção da dignidade humana⁶¹, vez que o fiador também é pessoa portadora de dignidade e merecedora de moradia. Trata-se de um contrato acessório, onde o fiador, que em regra é o devedor subsidiário, responde com todo seu patrimônio.

Por certo, a nova visão constitucional do Direito Civil trará novas luzes ao entendimento majoritário adotado pelos Tribunais e passará a tratar com verdadeira isonomia o fiador.

5. PATRIMÔNIO MÍNIMO

Com o fim da Segunda Guerra, o mundo se viu defronte as atrocidades cometidas, nesse período, contra seus semelhantes. Após descobertas a respeito dos campos de concentração, os Chefes de Estado uniram-se a fim de promover uma nova Ordem Jurídica Mundial, que promovesse a proteção integral da dignidade humana.

Nesse caminho, desenvolveram o documento internacional da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o qual tinha por finalidade, evitar qualquer tipo de tratamento desumano a qualquer indivíduo.⁶² A relevância do princípio da dignidade da pessoa humana⁶³ é tamanha que foi incorporado às diversas constituições europeias, dentre as quais, se destacam a Constituição Italiana (1947), a Constituição Alemã (1949) e a Constituição

⁵⁹ São declaradamente associados a ideia de inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90: Prof. Flávio Tartuce, a Des. Rosa Nery (2.º TAC/SP, Apelação com revisão 593.812-0/1) e o Min. Carlos Veloso (STF, RE. n. 352940).

⁶⁰ Artigo 5.º, *caput*, da CF/1988.

⁶¹ Artigo 1º, inciso III da CF/1988.

⁶² Alexandre de Moraes define Direitos Humanos como “um conjunto institucionalizado (positivado) de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade o respeito à sua dignidade por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e o desenvolvimento da personalidade humana.” MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2006.

⁶³ Sobre sua origem, Min. Luis Roberto (STJ) em seu voto esclarece que provém de fonte religiosa, da bíblia, quando apresenta o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Esta concepção migrou da religião para a filosofia com o Iluminismo momento em que o homem passa a ser o centro e a passa-se a valorizar a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Só com o passar do XX que a sociedade e o Estado unem forças e transformaram a dignidade em um objetivo político, a ser alcançado. Porém foi após a 2ª. Guerra Mundial, que a ideia de dignidade da pessoa humana migrou progressivamente para o mundo jurídico.

Portuguesa (1976).

Luís Edson Fachin⁶⁴, ao apresentar a noção de dignidade humana, explica que ela vai além da ideia de dignidade patrimonial, como aquela estabelecida com o fim de assegurar “um bem viver” a cada um. O doutrinador defende que, nessa vertente, se estabelece a Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, por estar amparada na Dignidade da Pessoa Humana, a qual é fundamento do Estado Democrático de Direito – Art. 1º, CF/88. O Estado tem o dever, seja por meio da sua legislação ou de outros meios, buscar resguardar um mínimo de patrimônio, para que cada indivíduo tenha vida digna.

Essa teoria, já adotada no Brasil, aparece de inúmeras formas em nossa legislação. Na Constituição Federal, por exemplo, o inciso III, bem como o *caput* do artigo 5º, tutelam o direito à vida.

Já o art. 170⁶⁵ também da CF trata da ordem econômica e social e dispõe sobre a ordem econômica a fim de valorizar o trabalho e livre iniciativa perseguindo a garantia de todos terem uma existência digna.

Outro bom exemplo é o Código Civil, que prevê no artigo 548, a proibição de doação total do patrimônio sem a devida reserva do mínimo para assegurar a sobrevivência do doador.

No mesmo sentido, vale frisar a impenhorabilidade do único bem de família, prevista no Código de Processo Civil, artigos 824 a 826.

Nas palavras de Luís Edson Fachin⁶⁶, cabe ao Judiciário, quando provocado, intervir para manutenção da sobrevivência do devedor a fim de assegurar sua dignidade e, para isso, deverá agir por meio da interpretação da norma, voltada a sua finalidade social.

Assim, resta claro que o patrimônio mínimo amplia a percepção sobre a propriedade em si, para elevá-la a uma finalidade social, totalmente voltada a preservação da Dignidade da Pessoa Humana, devendo todos os intérpretes e operadores do direito assimilarem tal realidade como a única.

6. ATIVISMO JUDICIAL OU PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO MÍNIMO

As duas grandes guerras mundiais deixaram, como legado, inúmeras mudanças de paradigmas para o direito moderno. A força constitucional, agora com um viés social, traz consigo a força normativa dos princípios constitucionais, os quais são considerados como

⁶⁴ Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: À luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁶⁵ CF/88 - Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...].

⁶⁶ Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: À luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

norma jurídica invocável pelas partes e seus advogados, e por certo, aplicável direta e imediatamente pelo Poder Judiciário.

Reconhece-se a Constituição como verdadeiro estandarte para convocação da atuação dos poderes públicos, a fim de atingir a busca pela plenitude do desenvolvimento social. Desponta a imprescindibilidade de nova interpretação da Constituição e de suas normas infraconstitucionais, a fim de que exprimam a realização da vontade do Constituinte.

Nesse sentido, é exigido do intérprete, no desempenho de suas funções, desvelar o sentido da norma baseada nos princípios Constitucionais o que, por consequência, refletirá nos casos concretos, transformando o intérprete em co-autor legislativo, pois este, em sua atuação, revelará o real objetivo da norma, apresentando nova valoração de seu sentido, sempre buscando atingir a finalidade adequada aos valores constitucionais.

O ativismo judicial, praticado no Brasil, está associado à participação mais ampla do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais⁶⁷. Luís Roberto Barroso⁶⁸ explica que a postura ativista pode se manifestar de três formas: a) para aplicar diretamente a Constituição, b) declarar a inconstitucionalidade de norma ou ainda, c) na imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.

Fica claro o papel do Magistrado como intérprete da lei. Como possuidor de vontade política, sua função é restrita a aplicação da Constituição e das Leis, de forma a concretizar a vontade do povo, ora emanada através do legislador, seu verdadeiro representante. Isso

decorre da separação dos poderes. O Ministro Gilmar Mendes, em seu discurso de posse⁶⁹ na presidência do STF, esclareceu que não cabe ao Judiciário substituir o legislador.

Ocorre que, na ausência de lei ou no risco iminente de alguma norma vigente infringir algum Princípio Constitucional, caberá aos Tribunais Superiores, em suas decisões, encontrar interpretação, a partir da vontade do legislador, para aplicação do direito.

Para Hans Kelsen⁷⁰, o ativismo judicial é um problema relacionado à teoria da interpretação, na medida em que o intérprete, ao debruçar-se sobre a análise e a definição da norma ou do princípio, utilizado nos casos de ausência de norma, estará sob o manto da subjetividade.

Não é fácil, contudo, identificar quais decisões judiciais representam uma postura ativista necessária e quais usurpam competências dos demais Poderes. O presente artigo observa que as “novas” espécies de bem de família, protegidas pela impenhorabilidade, são originárias de precedentes de decisões, tomadas pela 3ª e 4ª Turmas do Superior Tribunal

⁶⁷ BARROSO, L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: mar. de 2017.

⁶⁸ Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: mar. de 2017.

⁶⁹ Discurso de posse na presidência do STF do Min. Gilmar Mendes em 23/04/2008. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/posseGM.pdf>>. Acesso em jun. 2017.

⁷⁰ KELSEN H. **Teoria Pura do Direito**. 1999.

de Justiça, e não oriundas da Legislação.

Ao analisarmos as decisões do Superior Tribunal de Justiça, por vezes sentimos que a interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativizada conforme seu portador. Ou seja, a dignidade do devedor parece ter mais valor que a do credor.

Fica evidente que a atuação do Judiciário, ao preservar a proteção do bem de família, nos casos do indivíduo que vive só, quando o bem de família é utilizado por familiar idoso ou ainda, para locação que gerará renda, a fim de suprir a manutenção da família, são decisões elogiáveis. Porém, guardam certa dúvida as decisões que protegem o bem de família vazio, ou que impedem a penhora parcial de imóvel de elevado valor. Estas, no momento da interpretação da norma, na busca de sua finalidade, parecem exorbitar sua competência.

No caso do bem de família vazio, entendemos que este não atinge a função social da propriedade, não é moradia da família, não gera renda, tampouco revela importância na preservação do respectivo patrimônio mínimo. Não é razoável, portanto, a manutenção da propriedade do bem, em detrimento do direito do credor, ainda que este seja o Poder Público, que poderá reverter a renda deste crédito em benefício da coletividade.

Relativo ao bem de elevado valor, nos casos em que exista possibilidade de parcial penhora, sua proibição pelo STJ pareceu fundamentar-se na manutenção da segurança jurídica, com harmonização dos julgados de ambas as turmas.

A divergência entre os Ministros da 4ª Turma, no Resp. n. 1.251.571/SP, deixou nítido que houve a mitigação do princípio da razoabilidade e da isonomia das partes no processo. Em contrapartida, a consequente supervalorização da preservação do patrimônio muito superior ao mínimo, gerando um prejuízo ao credor e um elevado benefício ao devedor.

De certo, é importante que o intérprete da lei se atenha à finalidade da norma, a fim de não exorbitar em suas decisões, com o fim de preservar a “harmonia” entre elas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo apresentou o bem de família desde sua origem, normatização até as Decisões Judiciais na defesa de sua proteção. Ficou evidente que o bem de família, como forma de afetação de bens, tem o objetivo de assegurar a dignidade humana e o direito à moradia de qualquer pessoa, fato este de suma importância. Também foi demonstrado que a interpretação da norma constitucional vem acompanhada da importância de se assegurar um patrimônio mínimo essencial do indivíduo para sua sobrevivência.

A interpretação do direito, na esteira dos costumes, sofreu inúmeras alterações e ampliou a proteção do bem, reservado às entidades familiares, para um patrimônio mínimo, salvaguardado a qualquer indivíduo, na expectativa de assegurar a sua dignidade.

Com a análise dessas decisões, acreditamos que o STJ busca, com afinco, atingir a finali-

dade da norma em suas decisões, pautando-se dentro de equilíbrio entre os Poderes, sem apresentar qualquer autoritarismo do julgador.

Porém, em determinados casos, seu ativismo judicial deixou dúvidas sobre aplicação arbitrária, ou não, da lei, com sobreposição aos demais Poderes. Sob análise da ponderação de direitos fundamentais, com a finalidade da norma, determinadas decisões careceram de integral respaldo constitucional.

O ativismo judicial é decorrente do aumento das demandas, diante da ausência de norma capaz de dar pronto atendimento ao litígio. No caso do Brasil, decorre também do avanço na interpretação do Direito Constitucional. Mas, os tribunais devem decidir cautela para evitar excessos, os quais seriam enxergados realmente como sobreposição de Poderes.

O Judiciário é órgão responsável pela aplicação da Lei, seja de forma objetiva ou interpretativa, nos casos de cláusulas abertas. Dele, são esperadas decisões que materializem a finalidade da Lei. Seu objetivo último é a manutenção da paz social, amparada no princípio da dignidade da pessoa humana. E o faz, na certeza de cometer mais acertos do que erros.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, J. E. de. A Penhora de bens imóveis. Alguns apontamentos sobre a atual sistemática e os projetos de Reforma do Código de Processo Civil. **Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil**. edição 60, São Paulo, 2014.

AZEVEDO, Á. V. **Bem de Família. Comentários à Lei 8.009/90**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Bem de Família**. 3. ed. São Paulo: RT, 1996.

BARROSO, L. R. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/2010/12/LRBarroso-A-dignidade-da-pessoa-humana-no-Direito-Constitucional-contemporaneo.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

_____. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 919, p. 127-195, mai., 2012.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eacnj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BOBBIO, N. **Da estrutura à função**: Novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versani. São Paulo: Manoele, 2007.

_____. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. 3.ª ed. São Paulo: Martins

Fontes, 2010.

CAHALI, Y. S. C. e; JOSÉ, F. (orgs). **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. v. V – Direito de Família Patrimonial. Edição especial comemorativa 100 anos. São Paulo: RT, 2011.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: RT, 2013.

DINIZ, M. H. **Direito civil Brasileiro**. v. 5. Direito de Família. 26ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, L. E. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: À luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Bem de família e o patrimônio mínimo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, p. 681-691, 2015.

FREDIANE, Y. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões -Volume V – Direito de Família Patrimonial**. Edição especial comemorativa 100 anos. São Paulo: RT, 2011.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, S. N. **Do bem de família**. In.: CAHALI, Yusaid e CAHALI, Francisco. Doutrinas Essenciais de Família e Sucessões. Vol. 6: Direito de Família Patrimonial. Edição Especial 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 429-635, 2001.

LOSANO, M. G. Prefácio à edição brasileira. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: Novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versani. São Paulo: Manoele, 2007.

LUMIA, G. **Elementos de Teoria e ideologia do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MADALENO, R. **Curso de Direito de Família**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Questões do Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Renovar, 2008.

MORAES, A. de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JÚNIOR, N.; NERY, R; M. Código Civil Comentado. 8ª Ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

PAIM, G. B. **Tendências constitucionais no direito de família: bem de família e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PELUZO, C. (org). **Código Civil comentado – Doutrina e Jurisprudência**. 6ª ed. Barueri: Manoli, 2012.

PENA JR., M. C. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil**. v. V. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA JÚNIOR, A. J.; GOZZO, D.; LIGIERA, W. R. (orgs). **Direito e Dignidade da Família, do começo ao fim da vida**. São Paulo: Almedina, 2012.

SANTIGO, M. R. Da Instituição de Bem de Família no Caso de União Estável. edição 60. **Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil**, 2014.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, F. **A penhora do bem de família do fiador de locação**. Disponível em: <<http://www.flavioartuce.adv.br/artigos>> . Acesso em: 22 jul. 2019.

_____. **A polêmica do bem de família ofertado**. Disponível em: <<http://www.flavioartuce.adv.br/artigos>>. Acesso em: 22 jul. 2019..

_____. **Bem de Família Vazio**. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI238163,21048-O+bem+de+familia+vazio>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

_____. **Direito Civil**. v. 1. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Direito Civil. Direito de Família**. v. 5. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

TASSINARI, C. **Jurisdição e Ativismo judicial** – limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEPEDINO, G. **Temas de direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL

RIGHT TO SOCIAL SECURITY

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE MISERABILIDADE NA LOAS: UMA ANÁLISE À LUZ DA TESE DEFINIDA NO IRDR 5013036-79.2017.4.04.0000/RS JULGADO PELO TRF DA 4ª REGIÃO

CONSIDERATIONS ABOUT THE ABSOLUTE PRESUMPTION OF MISERY IN LOAS: AN ANALYSIS IN LIGHT OF THE THESIS DEFINED IN IRDR 5013036-79.2017.4.04.0000 / RS JUDGED BY THE TRF4TH REGION

Sabrina Nunes Vieira

*Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva
Defensora Pública Federal DPU/MG*

sabrina.vieira@dpu.def.br

Carolina Godoy Leite Villaça

*Especialista em Direito Público e Direito Previdenciário pela Universidade de Caxias do Sul – UCS
Defensora Pública Federal, DPU/MG*

carolina.leite@dpu.def.br

RESUMO

O artigo apresenta estudo do benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e deficiente no que concerne ao critério de renda legalmente estabelecido para sua concessão. Inicia-se por um breve esboço histórico do instituto, com destaque para as principais alterações jurisprudenciais sobre a matéria, em especial no que concerne à interpretação do §3º do art. 20 da lei 8742/1993 e oscilação referente à classificação como presunção *juris et de juri* ou *juris tantum*. Passa-se, então, à análise do IRDR 5013036-79.2017.4.04.0000/RS, julgado pelo TRF da 4ª Região, que fixa a tese da presunção absoluta de miserabilidade nas hipóteses de enquadramento da renda *per capita* ao critério estabelecido na Lei Orgânica de Assistência Social.

Palavras-chave: Benefício Assistencial. Miserabilidade. Renda *per capita*. Presunção *juris et de jure*.

ABSTRACT

This article presents a study of the legal income criteria used for granting the welfare benefit paid to welders and disabled people. It starts with a short historical analysis of the benefit, highlighting the main changes in jurisprudence regarding, especially, the interpretation of the law n° 8742/1993, article 20, §3rd, and the variations on its definition as legal presumption *juris et de jure* or *juris tantum*. Then, the article studies the judgment given by the Federal Appeal's Court in the 4th Region (TRF4) in the IRDR 5013036-79.2017.4.04.0000/RS, establishing absolute presumption of misery when the family income *per capita* fits the legal criteria determined by the law.

Keywords: Welfare benefit. Misery. Income *per capita*. Presumption *juris et de jure*.

Data de submissão: 23/03/2018

Data de aceitação: 11/06/2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. CONCEITOS GERAIS SOBRE A ASSISTÊNCIA SOCIAL E O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. 2. ANÁLISE DO CRITÉRIO DE RENDA PER CAPITA. 3. CRITÉRIO LEGAL COMO PRESUNÇÃO RELATIVA DE MISERABILIDADE. 4. ANÁLISE DA TESE FIXADA NO IRDR 5013036-79.2017.4.04.0000/RS. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Completando 25 anos de existência em dezembro de 2018, o principal marco regulatório da assistência social do Brasil, Lei n° 8.742/93, continua sendo objeto de estudos, debates, críticas, alterações legais e mudanças jurisprudenciais.

Conforme destacado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da reclamação 4.374 Pernambuco, a assistência social integra as “promessas de democracia substantiva” trazidas pela Constituição de 1988. O texto constitucional claramente busca o combate às desigualdades sociais, instituindo instrumentos e direitos para a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

No caso dos deficientes e idosos pobres, a busca por esta utópica igualdade se materializou em um plano de ação concreto para o Estado, com a concessão do benefício no valor de um salário mínimo.

O Estado, aturdido com a extensa promessa de deveres prestacionais que lhe foi imposta, tenta de forma recorrente limitar sua atuação, defendendo a restrição de acesso aos benefícios e redução de seu valor ou do período de manutenção.

Recentemente, muito se debateu sobre o impacto orçamentário que o benefício de prestação continuada da assistência social produz sobre erário, com a famigerada PEC da Reforma da Previdência.

Neste mesmo contexto, viu-se o crescimento das divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao alcance da presunção legal de miserabilidade para pessoas que integrem núcleos familiares com renda per capita inferior à $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

A tese cunhada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em combate ao alargamento dos critérios de concessão do amparo começou a repercutir nos Tribunais. Novamente, impôs-se o desafio de reanalisar a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), resgatando os seus fundamentos constitucionais.

Deste modo, o presente estudo objetiva analisar o conceito de miserabilidade para fins de concessão do Benefício da Prestação Continuada (BPC/LOAS) e de atualizá-lo com as recentes interpretações firmadas pelos Tribunais pátrios, em especial considerando a decisão proferida no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas IRDR 5013036-79.2017.4.04.0000/RS pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

1. CONCEITOS GERAIS SOBRE A ASSISTÊNCIA SOCIAL E O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL

A assistência social sofreu grandes transformações durante o século XX. Inicialmente vista como um ato de caridade, ela não constituía um direito individual do cidadão em face do Estado. Nesta fase inicial, concebida como um ato de benevolência privada ou estatal, objetivava apenas mitigar uma situação de indigência.

Nestas primeiras décadas do século XX, a visão do Estado Liberal definia a pobreza como uma falha pessoal, que era, muitas vezes, tratada com repressão pelo Estado.

Com as crises econômico-sociais decorrentes da quebra da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929 e, em seguida, com a Segunda Guerra Mundial, o Estado foi forçado a intervir para assegurar o resgate da população da miséria. Construía-se, assim, o conceito de Estado de Bem-Estar Social.

A partir de então, as políticas assistenciais do Estado evoluíram deixando de limitar-se apenas a ações pontuais para estruturar-se em um sistema permanente de amparo à população necessitada, com objetivo de promover a dignidade da pessoa humana e assegurar o mínimo existencial.

Citando Mozart Victor Russomano, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Bastista Lazzari ressaltam que:

o mundo contemporâneo abandonou, há muito, os antigos conceitos da Justiça Comutativa, pois as novas realidades sociais e econômicas, ao longo da História, mostraram que não basta dar a cada um o que é seu para que a sociedade seja justa. Na verdade, algumas vezes, é dando a cada um o que não é seu que se engrandece a condição humana e que se redime a injustiça dos grandes abismos sociais.¹

No Brasil, um dos principais marcos de consolidação do direito à assistência social pelos necessitados foi a Lei nº 6.179 de 1974, que instituiu a renda mensal vitalícia. Cunhada como benefício previdenciário, a RMV assegurava aos maiores de 70 anos ou incapazes, que não pudessem prover o próprio sustento ou tê-lo provido pelos membros da sua família, um benefício mensal “**igual à metade do maior salário-mínimo vigente no País**”.²

Com a Constituição Brasileira de 1988, a assistência social se fortaleceu e adquiriu novo corpo, fixando-se como elemento estrutural da seguridade social e como direito fundamental da população necessitada.

Dentre os objetivos desta assistência social, a magna-carta fixou “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”³

A partir da constitucionalização deste benefício, ele passa a compor o arcabouço fundamental de direitos e garantias que integram o superprincípio da Dignidade da Pessoa Humana. Constitui-se, portanto, como instrumento indispensável para que o Estado Democrático de Direito, instituído pela Carta de 1988, alcance o seu fim maior de promoção do pleno desenvolvimento da personalidade do homem.⁴

Esse dispositivo constitucional foi regulamentado pelos artigos 20 e 21 da Lei Orgânica

¹ RUSSOMANO, M. V. **Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social**, 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 18. In: CASTRO, Carlos Alberto Pereira de Castro. LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, 18ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 5.

² Art 2º As pessoas que se enquadrem em qualquer das situações previstas nos itens I e III, do artigo 1º, terão direito a: I - Renda mensal vitalícia, a cargo do INPS ou do FUNRURAL, conforme o caso, devida a partir da data da apresentação do requerimento e igual à metade do maior salário-mínimo vigente no País, arredondada para a unidade de cruzeiro imediatamente superior, não podendo ultrapassar 60% (sessenta por cento) do valor do salário-mínimo do local de pagamento. (BRASIL. Lei 6.179, DE 11 de Dezembro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6179.htm>. Acesso em 20 mar.2018).

³ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos (...)V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 jan. 2018).

⁴ PEDRON, D. M. A (in)constitucionalidade do critério da miserabilidade na concessão do benefício assistencial a portadores de deficiência. **Revista CEJ**, 2006, p. 54-61.

da Assistência Social (Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993), que fixou os critérios objetivos para a concessão do benefício de prestação continuada.

O primeiro requisito trazido pela norma constitucional e pela Lei estabelece que somente serão beneficiários pessoas portadoras de deficiência ou idosos com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais.

Com a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência em 2015, definiu-se que serão considerados portadores de deficiência as pessoas que apresentarem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que possa obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Quanto ao requisito socioeconômico, convencionou-se que seriam considerados incapazes de prover a manutenção ou de tê-la provida por sua família o deficiente ou idoso cuja renda mensal *per capita* familiar fosse inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

Considerando a relevância constitucional deste amparo assistencial, após a publicação da Lei, surgiram várias críticas e debates doutrinários e jurisprudenciais quanto à (in)suficiência deste critério objetivo de renda familiar, conforme será abordado no tópico seguinte.

2. ANÁLISE DO CRITÉRIO DE RENDA *PER CAPITA*

Conforme destacado no boletim BPC-2015 do Ministério do Desenvolvimento Social, o benefício de prestação continuada regulamentado pela LOAS

assegura renda básica de cidadania e favorece o acesso às políticas sociais e a outras aquisições, bem como a superação das desvantagens sociais enfrentadas e a conquista de autonomia. Na perspectiva da Política Nacional da Assistência Social (PNAS), o BPC constitui parte integrante da Proteção Social Básica.⁵

A jurista Potyara Pereira, diferenciando os conceitos de mínimo e de básico, destaca que as necessidades básicas superam o patamar ínfimo de simples proteção social. A proteção básica exige que, além do mínimo para a sobrevivência humana, sejam asseguradas as condições necessárias ao exercício da cidadania no seu conceito mais amplo.⁶

Deste modo, como parte integrante da proteção social básica, exige-se que o critério de definição de pobreza para fins de concessão do benefício seja condizente com a realidade nacional e com seus padrões de qualidade de vida média da sociedade.

⁵ BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social. **Boletim BPC 2015 - Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social**. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/boletim_BPC_2015.pdf>. Acesso em: 19 de març. 2018.

⁶ PEREIRA, P. **Necessidades Humanas** - Subsídios à Crítica dos Mínimos Sociais, 2006, p. 26-27.

Desde a publicação da Lei, a limitação de renda familiar à $\frac{1}{4}$ do salário mínimo foi alvo de grandes críticas, pois limitava a proteção constitucional a apenas uma parcela da população que não conseguia prover o próprio sustento. Em resumo, esse patamar foi visto pela parcela majoritária da doutrina brasileira, desde 1993, como insuficiente para promover o resgate de cidadania a que o benefício assistencial se propunha.

A aplicação única deste limite permitia que pessoas em nítida situação de pobreza e isolamento social assim permanecessem, em razão de a renda familiar extrapolar minimamente o critério legal. O uso irrestrito desta regra gerou, portanto, desigualdades nas parcelas mais vulneráveis da população.

A incompatibilidade deste critério restritivo com o quadro constitucional foi questionada no Supremo Tribunal Federal por meio da ADIN 1232-1/DF, proposta pelo Procurador-Geral da República. Em 27/08/1998, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta⁷.

No entanto, apesar de a decisão ter sido proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, à época não possuía o efeito vinculante instituído pela Lei 9.868/99. Assim, mesmo diante da declaração de constitucionalidade da regra legal, os Tribunais continuaram divergindo sobre a adequação deste critério aos objetivos constitucionais.

O entendimento pela inconstitucionalidade da norma já tinha ganhado força com a publicação da Lei 9.533/1997, que estabeleceu o Programa Federal da Garantia da Renda Mínima. Com base nesta Lei, os Municípios, com o apoio financeiro da União, poderiam instituir benefícios assistenciais a famílias pobres, cuja renda familiar per capita fosse inferior a meio salário mínimo.

Com a entrada em vigor da Lei 10.836/2004, que criou o Programa Bolsa Família, surgiu novo fôlego no combate ao achatamento socioeconômico trazido pela LOAS. De fato, a referida Lei considerava em situação de pobreza famílias com renda familiar mensal *per capita* de até R\$ 120,00 (cento e vinte reais), que à época correspondia à meio salário mínimo.

A partir de então, os Tribunais passaram a flexibilizar o critério previsto na LOAS, de forma a reconhecer a presunção absoluta de miserabilidade dos deficientes ou idosos cuja renda familiar fosse inferior à $\frac{1}{4}$ do salário mínimo e, ao mesmo tempo, de conceder o benefício aos requerentes que integrasse núcleos familiares com renda superior ao limite supracitado.

A jurisprudência se firmou, assim, no sentido de que, apesar de o critério ser constitucional, ele não seria o único apto a aferir a miserabilidade das famílias brasileiras.

Diante das frequentes decisões que afastavam o critério, aplicado de forma absoluta e

⁷ Ementa: Constitucional. Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso V do art. 203, da CF. Inexiste a restrição alegada em face do próprio dispositivo constitucional que reporta à Lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta Lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do Estado. Ação julgada improcedente. (Plenário. Relator Min. Ilmar Galvão, Redator para o acórdão Ministro Nelson Jobim)

exclusiva pelo INSS, a autarquia previdenciária interpôs no Supremo Tribunal Federal a Reclamação 4.374/PE. O Tribunal, então, reconheceu que teria ocorrido um processo de inconstitucionalização da regra estabelecida no art. 20, § 3º, da LOAS, em razão das mudanças políticas, econômicas, sociais e jurídicas ocorridas no Brasil nos 20 anos seguintes à publicação da Lei.⁸

Em leitura do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, observa-se que esse reconhecimento de inconstitucionalidade superveniente da norma decorreu da compreensão de que o critério legal de ¼ do salário mínimo seria insuficiente para identificar os casos de

⁸ Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Reclamação como instrumento de (re) interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação no balançar de olhos entre objeto e parâmetro da reclamação que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição. 4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso a Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 6. Reclamação constitucional julgada improcedente (STF - Rcl: 4374 PE, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013).

miserabilidade que a Constituição se propunha a combater.

Deste modo, não se afastou no referido julgado a constatação de insuficiência de recursos nas famílias com renda inferior à $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, apenas declarou-se que havia inúmeras famílias em situação de pobreza extrema, cuja renda *per capita* era superior ao aludido parâmetro.

No entanto, apesar da nítida *ratio* protetiva desta decisão, a inconstitucionalidade do critério legal passou, então, a ser defendida de forma distorcida pela autarquia previdenciária com o objetivo de negar o direito ao benefício, conforme se analisará nos capítulos subsequentes.

3. CRITÉRIO LEGAL COMO PRESUNÇÃO RELATIVA DE MISERABILIDADE

A medida que se mostrava claro que a constitucionalidade do critério de renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo beirava a ruína, a autarquia previdenciária passou a defender, de forma cada vez mais robusta, a relativização de tal critério, tendência que se consolidou uma vez estabelecida a diretriz jurisprudencial no sentido da inconstitucionalidade do parâmetro legal, conforme acima assentado.

O mesmo INSS que chegou a argumentar juridicamente a objetividade e caráter absoluto do critério de renda *per capita*, no período no qual se discutia a constitucionalidade do §3º do art. 20 da lei 8742 na AD 1232-1/DF, passa a defender a necessidade de análise do contexto socioeconômico do requerente, mesmo nas hipóteses nas quais exista perfeito enquadramento legal da renda *per capita* familiar.

Dados até então meramente acidentais constantes dos laudos socioeconômicos juntados às demandas, passaram a ser apontados como fundamento principal para indeferimento de benefícios. A renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo deixaria de ser indicador seguro da miserabilidade para se tornar, segundo as conjecturas do INSS, mero dado a ser considerado em cotejo com outras informações sobre a realidade socioeconômica familiar.

Logo, a autarquia previdenciária passou a apontar elementos dos mais variados como o estado de conservação da residência, a existência de eletrodomésticos, o fato de se tratar de imóvel de grandes dimensões, ainda que em péssimo estado de conservação, além de muitos outros, como indicadores da mais alta relevância para fins de avaliação da situação socioeconômica familiar, mesmo para aqueles cuja renda *per capita* era inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Contudo, durante bom tempo, a orientação jurisprudencial de nossos tribunais manteve-se no sentido de que, uma vez comprovada a adequação da renda ao parâmetro legalmente estabelecido, estaria configurada presunção absoluta de miserabilidade, presente, portanto, o direito ao benefício assistencial, desde que preenchido o critério acessório da idade ou deficiência.

A conclusão no sentido da presunção absoluta de miserabilidade calcava-se no entendimento do STJ, firmado no REsp 1.112.557/MG, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, tema 185 da corte, que expressamente reconhecia a renda *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo como critério objetivo e definidor de presunção *juris et de jure*, a ser seguido tanto pela administração quanto pelo judiciário. Vale destacar a tese:

A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.⁹

Na linha de referido entendimento, vedada estava a negativa ao benefício tendo como fundamento a inadequação socioeconômica, desde que caracterizada a renda *per capita* dentro do parâmetro legal.

Nesse período a análise de outros fatores socioeconômicos continuava não só permitida, como estimulada, mas tão somente nas hipóteses nas quais a renda *per capita* familiar ultrapassasse o limite legalmente estabelecido, na linha de toda a jurisprudência constitucional sobre a matéria.

Vale destacar que, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, a Turma Nacional de Uniformização (TNU) mantinha-se afinada com o entendimento definido pelo STJ sob a sistemática dos recursos repetitivos, sendo o posicionamento no sentido da presunção absoluta reafirmado em sede de incidente de uniformização.

Aos poucos a argumentação do INSS passou a encontrar acolhida nos tribunais, ficando claro, a partir de 2015, o surgimento de tendência jurisprudencial em sentido exatamente oposto ao até então existente, ou seja, o critério legalmente definido para fins de constatação da miserabilidade passava a ser relativizado, com o escrutínio das mais diversas circunstâncias familiares para fins de indeferimento de benefícios assistenciais, mesmo nas situações nas quais a renda *per capita* familiar estivesse perfeitamente adequada à hipótese legal.

No âmbito da TNU o julgamento do PEDILEF 5000493-92.2014.4.04.7002/ PR, em 2016, marca a virada do entendimento jurisprudencial, sendo firmada a tese no sentido de que “O critério objetivo consubstanciado na exigência de renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo gera uma presunção relativa de miserabilidade, que pode,

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.112.557 – MG. Relator: MAIA FILHO, Napoleão Nunes. DJe 20 nov. 2009. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&ci=1&ctt=T > . Acesso em: 16 mar. 2018.

portanto, ser afastada por outros elementos de prova.”¹⁰. Trata-se do tema representativo de controvérsia 122 da TNU.

Não bastasse a admissão da análise de outros critérios além da renda per capita para fins de avaliação da miserabilidade, transformando uma presunção *juris et de jure em juris tantum*, há que se tratar ainda dos itens e valores utilizados para fins de afastar o direito ao benefício com fundamento na renda. Os indicadores de inadequação à situação de miserabilidade apontados nos julgados são os mais iníquos possíveis, como o estado de conservação, higiene e organização do imóvel utilizado como residência familiar ou mesmo a qualidade dos bens móveis que guarnecem o domicílio.

Referidos dados diuturnamente utilizados para fins de negativa do benefício a deficientes ou idosos com renda inferior a 1/4 do salário mínimo, são perversos e favorecem a construção de uma lógica nefasta, no sentido de que a sujeira e o desleixo são inerentes à realidade da parcela da população que depende do benefício assistencial para a sobrevivência.

A dialética seguida representa afronta incontestável aos mais basilares direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Vale destacar que o critério de renda inferior a 1/4 do salário mínimo foi fixado tendo como meta dar efetividade ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, expressamente previsto como fundamento da República Federativa do Brasil no art. 1º, III da Constituição de 1988, tratando-se de princípio que, não raro, é visto como responsável pela uniformidade da sistemática constitucional dos direitos fundamentais, valendo sobre o tema os esclarecimentos de Guilherme Braga Peña de Moraes:

O princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no art. 1º, III da Carta Magna, constitui o fundamento da unidade aludida, sendo conceituado como uma das proposições diretoras que deverão em qualquer momento, ser levada em consideração pela atuação estatal, orientada pela identidade da pessoa humana, pelos direitos fundamentais por ela titularizados, pela sua dimensão e pela função social exercida pela mesma. Corresponde à base e à finalidade da sociedade e do Estado e, através do qual, o Direito Constitucional brasileiro reconhece que a pessoa humana possui dignidade própria e equivale a um valor em si mesma, insuscetível de sacrifício por um interesse coletivo.¹¹

Umbilicalmente atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, eis que dela decorrente, e de fundamental importância para a definição e compreensão do critério de miserabilidade legalmente estabelecido, é o princípio do mínimo existencial. Na definição de Ingo Wolfgang Sarlet o mínimo existencial pode ser compreendido “como todo o

¹⁰ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 5000493-92.2014.4.04.7002/ PR. Relator: ROCHA, Daniel Machado da. DJe: 15 abr.2016. Disponível em: < <https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/uploads/JwGl7Z4K.pdf> >. Acesso em 16 mar.2018

¹¹ MORAES, G. B. P de. **Dos Direitos Fundamentais**: contribuição para uma teoria, 1997, p.89

conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (portanto saudável)”¹². Ainda segundo o autor a garantia em questão tem sido identificada por muitos “como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade”.

O entendimento jurisprudencial acima firmado parece seguir a lógica de garantia do mínimo vital, que não se confunde com o mínimo existencial, podendo a diferenciação ser identificada ainda nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet quando expõe a impossibilidade de confusão dos dois conceitos, esclarecendo que o mínimo vital, também chamado mínimo de sobrevivência, “diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições de dignidade, portanto, de uma vida com certa qualidade.”¹³ No mesmo trecho, o autor, a fim de aclarar a diferença entre os conceitos, segue com a explanação destacando que “Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos de garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe- o suficiente.”

A renda *per capita* familiar média dos domicílios brasileiros em 2017, segundo dados do IBGE, foi de R\$ 1.268,00. No mesmo período o idoso ou deficiente que comprovassem renda *per capita* familiar inferior a R\$ 234,25, teria direito, nos termos da lei, ao benefício assistencial, ou seja, referida parcela da população possui uma renda per capita inferior em mais de 5 vezes à média nacional. Não bastasse tal fato, é composta por pessoas que por natureza possuem gastos mais elevados para sobrevivência, já que estamos falando de idosos e deficientes, verdadeiros sobreviventes em um país no qual o sistema de saúde, outro componente da seguridade social, encontra-se em precário estado.

A despeito da perniciosa orientação, a questão continuou a ser apresentada aos tribunais e, recentemente, foi objeto de análise pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que veio a sufragar o retorno à orientação no sentido do caráter absoluto da presunção de miserabilidade prevista no §3º do art.20 da lei 8742/93, conforme passaremos a demonstrar no próximo tópico.

4. ANÁLISE DA TESE FIXADA NO IRDR 5013036-79.2017.4.04.0000/RS- TRF4

O novel instrumento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), previsto nos art. 976 a 987 da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), foi a via utilizada para levar a apreciação da matéria atinente à presunção de miserabilidade ao TRF4.

¹² SARLET, I. W. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**, 2006, p.572

¹³ SARLET, I. W. *Opus citatum*, p.567

O incidente é cabível, conforme expressamente disposto no art. 976, incisos I e II do NCPC, nas hipóteses nas quais verificada a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e, simultaneamente, a existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O IRDR 5013036-79.2017.4.04.0000/RS¹⁴ foi admitido em processo que tramitava perante o Juizado Especial Federal, tendo contado com a manifestação de diversos órgãos e entidades atuantes no seguimento, na qualidade de *amicus curiae*, dentre os quais a Defensoria Pública da União, que apresentou exposição no sentido da fixação de tese de presunção absoluta do critério legal.

Do julgamento do incidente, ocorrido em 21/02/2018, foi fixada a seguinte tese jurídica:

O limite mínimo previsto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 ('considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo') gera, para a concessão do benefício assistencial, uma presunção absoluta de miserabilidade.

Os fundamentos utilizados para a fixação de tese frontalmente contrária à orientação firmada pela Turma Nacional de Uniformização merecem ser sistematizados e analisados, a fim de propalar e solidificar diretriz jurisprudencial que contribui enormemente para uma interpretação do §3º do art. 20 da lei 8742/93 em consonância com alguns dos mais caros princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a garantia do mínimo existencial, acima destacados.

Da análise do IRDR pode-se divisar diferenciação ignorada de forma sistemática pela TNU em seus julgados, que se consubstancia no constante enquadramento de cenários diversos sob o manto da suposta presunção relativa de miserabilidade.

¹⁴ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. TRF4. IRDR 12. PROCESSO EM TRAMITE NOS JEFs. IRRELEVÂNCIA. ADOÇÃO DA TÉCNICA DO PROCESSO-MODELO E NÃO CAUSA-PILOTO. ART. 20, § 3º, DA LEI 8.742/93. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE MISERABILIDADE.

1. É possível a admissão, nos Tribunais Regionais Federais, de IRDR suscitado em processo que tramita nos Juizados Especiais Federais.

2. Empregada a técnica do julgamento do procedimento-modelo e não da causa-piloto, limitando-se o TRF a fixar a tese jurídica, sobretudo porque o processo tramita no sistema dos JEFs.

3. Tese jurídica: o limite mínimo previsto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 ('considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo') gera, para a concessão do benefício assistencial, uma presunção absoluta de miserabilidade. (Tribunal Regional Federal da 4ª região. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 5013036-79.2017.4.04.0000/RS. Relator: VAZ, Paulo Afonso Brum. DJe. 22 fev. 2018. Disponível em: < https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41519316579114041103755743360&evento=41519316579114041103763884660&key=c77582b-3750c0fb34a2dc9e91da249c339a651e3f38dfa230cfef7531f2e20f8 >. Acesso em 18 mar.2018)

Investigando o conjunto probatório abrangido pelo evento concreto levado à apreciação da TNU em diversos julgados, é possível observar que, na realidade, estava-se diante de hipóteses de ocultação de renda ou situações nas quais o requerente tinha suas despesas satisfatoriamente supridas pelo aparato familiar.

Na primeira hipótese, a ocultação de receita permite concluir que a renda *per capita* de fato, era superior à declarada, razão pela qual o indeferimento deveria ter se dado com fundamento na inadequação da renda familiar ao critério legal, posto ser superior ao parâmetro estabelecido pelo legislador.

Já na segunda hipótese, o requerente que possui suas despesas satisfatoriamente supridas por sua família deverá ter o benefício indeferido por não se falar em subsunção do caso ao disposto no art. 20 caput, da lei 8742/93 que reproduz, parcialmente, o teor do inciso V do art. 203 da CRFB, ao prever como requisito a impossibilidade de socorro ao aparato familiar para sustento. Ou seja, o indeferimento não se dará com fundamento no §3º do art.20 da lei 8742/93, mas sim, com base no caput do mesmo dispositivo.

Expurgadas referidas subsunções errôneas à hipótese de relativização do critério, tem-se que inúmeros julgados que se fundamentaram na tese da relativização do parâmetro legal, buscando alicerces acessórios para afastar a condição de miserabilidade, não lidavam com verdadeira circunstância de relativização do critério.

Seguindo o exame das razões para fixação da tese sufragada no IRDR objeto de apreciação, pode-se observar como fundamento a literalidade do dispositivo legal, que, segundo a técnica legislativa adotada, visa permitir à autarquia a concessão administrativa de benefícios de forma objetiva, sendo imposta a análise do critério de renda, porém, dissociado de qualquer outro elemento socioeconômico, o que dispensa a avaliação de peculiaridades de cada requerente. Até mesmo porque, conforme conclui o relator, uma vez demandado um estudo detalhado, inviabilizada estaria a atuação administrativa, que viria a dispendar maiores valores com os procedimentos para diagnóstico da situação socioeconômica dos requerentes, do que com a concessão de benefícios indevidos. Em tal ponto, compara a presunção contida no §3º do art. 20 da lei 8742/93 àquela contida no art.16, I da lei 8213/91, que fixa presunção absoluta de dependência entre o segurado e os dependentes de primeira classe.

Ainda no mesmo tópico fundamenta a presunção absoluta com supedâneo na isonomia entre os requerentes em sede administrativa e aqueles que se valem da via judicial para alcançar seu pleito, vez que, não caberia ao judiciário realizar investigações que não interessam à própria administração.

O princípio da vedação à proteção insuficiente, na forma como traduzido no julgamento do STF que conclui pela inconstitucionalidade do parâmetro de 1/4 do salário mínimo, também é apontado como diretriz para fins de fixação do caráter absoluto do critério legal. No tema, merecem destaque algumas considerações sobre referida vertente do princípio da proporcionalidade nas palavras de Juliana Venturella Nahas Gavião:

Na medida em que a proibição de proteção deficiente traduz instrumento que permite ao intérprete determinar se um ato (ou omissão) do Estado vulnera direito fundamental, percebe-se, claramente, que o princípio em exame possui relação direta com a função de imperativos de tutela dos direitos fundamentais, notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação positiva do Estado para sua proteção. Operam, portanto, como ferramenta teórica que subjaz ao princípio da proporcionalidade e que, nessa condição, assume a função de controle de constitucionalidade sobre certos atos do legislador, exatamente quando tais medidas retiram a proteção normativa necessária ao adequado desfrute do direito fundamental da forma como previsto pela Constituição.¹⁵

Na esteira de referido princípio, pode-se destacar a incongruência da interpretação levada à cabo nos diversos julgados que construíram a ponte para o entendimento exarado em forma de tese pela TNU, no sentido da relativização do critério legal, eis que a proibição de proteção insuficiente somente pode conduzir à conclusão de que o parâmetro de um 1/4 deve ser entendido como limite objetivo mínimo, que uma vez atendido, impõe a concessão do benefício, sob o aspecto da miserabilidade.

O entendimento consubstanciado Reclamação 4.374/ PE ou mesmo no REsp 1.112.557/ MG, no sentido da viabilidade de análise de outros parâmetros, além da renda, para fins de constatação da miserabilidade, somente pode ser interpretado, em consonância com o princípio da vedação à proteção insuficiente, como caráter acessório, constatada a superação do limite legal. A exegese lançada para fins de relativização do conceito, não só vai de encontro à literalidade da tese firmada no tema 185 do STJ, como infringe a própria orientação adotada pelo STF ao decidir sobre a inconstitucionalidade do dispositivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e deficiente consubstancia importante instrumento para efetivação de direitos constitucionalmente assegurados sob o prisma da seguridade social.

A garantia de um salário mínimo àqueles que, devido aos mais diversos fatores, não possuem cobertura previdenciária de eventos como a velhice e a deficiência e não apresentam condições de sobrevivência digna, em razão da insuficiência de renda familiar ou ausência de aparato primário de suporte, viabiliza a concretização de caros princípios de estirpe constitucional, como a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, que funcionam, ou deveriam funcionar, como diretrizes da atuação estatal, seja na elaboração de legislação, na definição de políticas públicas ou no viés interpretativo das disposições legais levado à efeito não somente, mas em grande parte, pelo poder judiciário pátrio.

¹⁵ GAVIÃO, J. V. N. A proibição de proteção deficiente. **Revista do Ministério Público do RS**, 2008, p. 102.

Diante de tal contexto, a orientação jurisprudencial que encontrou guarida perante a Turma Nacional de Uniformização, no sentido de relativização do parâmetro de renda legalmente estabelecido para fins de concessão do benefício assistencial, apresenta total descompasso com o cenário constitucional fixador de vasto rol de direitos e garantias fundamentais, privilegiando interpretação que favorece uma lógica de proteção deficiente, já rechaçada de forma expressa por nossos tribunais superiores.

Precisamente em razão de tal quadro, o recente julgamento do IRDR 5013036-79.2017.4.04.0000/RS, pelo TRF da 4ª Região, com fixação de tese que privilegia uma interpretação constitucionalmente adequada do §3º do art.20 da lei 8742/93, oferece comemorado alento aos milhares de idosos e deficientes que vem sofrendo com a relativização do conceito e a conseqüente adoção de critérios imbuídos de extrema subjetividade, favorecendo a marginalização, ainda maior, de parcela da população que, pela peculiaridade da idade ou deficiência, deveria receber plena proteção da rede assistencial constitucionalmente idealizada.

Na linha do julgado, a inadequação da interpretação que entende o critério de renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo como presunção *juris tantum*, devendo ser conjugada a outros fatores socioeconômicos, mesmo quando ocorra o perfeito enquadramento legal do requerente, pode ser demonstrada sob vários aspectos, como extensão indevida da orientação emanada dos tribunais superiores, que foram expressos ao permitir a comprovação da miserabilidade familiar por outros meios, mas tão somente para hipóteses nas quais a renda superasse o preceito legal ou ainda sob o enfoque do caráter anti-isonômico da diretriz, ao submeter o requerente a escrutínio que sequer é realizado na seara administrativa, não sendo estes os únicos fundamentos para afastar a relativização da presunção, conforme acima demonstrado.

Independentemente do fundamento adotado para fins de amparo da tese da presunção absoluta de miserabilidade do critério previsto no §3º do art. 20 da lei 8742/93, inconteste é a relevância da proposição estabelecida em tal julgado, alimentando a esperança de que referida cognição sirva, doravante, como norte no julgamento de casos similares.

REFERÊNCIAS

AMADO, F. **Curso de direito e processo previdenciário**. 6 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2015.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, 2003.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001.

BOLLMANN, V. **Previdência e Justiça: o direito previdenciário no Brasil sob o enfoque da teoria da justiça de Aristóteles**. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. Lei nº 6.179, de 11 de Dezembro de 1974. Institui amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6179.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Lei nº 8.742, de 7 de Dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm>. Acesso em: 16 mar.2018.

_____. Lei nº 9.533, de 10 de dezembro de 1997. Autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9533.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 dez. 2017.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social. Boletim BPC 2015 - Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social. Disponível em: < http://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/boletim_BPC_2015.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Rendimento domiciliar per capita 2017. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2017.pdf. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1232-1/DF. Redator: JOBIM, Nelson. DJ 01 jun. 2001 pp-00075 Ement Vol-02033-01 pp-00095. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451> >. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4374/ PE. Relator: MENDES, Gilmar. DJe 04 set.2013. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000213697&base=baseAcordaos> >. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.112.557 – MG. Relator: MAIA FILHO, Napoleão Nunes. DJe 20 nov. 2009. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=1&tt=T > . Acesso em: 16 mar. 2018

_____. Turma Nacional de Uniformização. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 5000493-92.2014.4.04.7002/ PR. Relator: ROCHA, Daniel Machado da. DJe: 15 abr.2016. Disponível em: < <https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/uploads/JwGI7Z4K.pdf> >. Acesso em: 16 mar. 2018

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª região. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 5013036-79.2017.4.04.0000/RS. Relator: VAZ, Paulo Afonso Brum. DJe. 22 fev.2018. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41519316579114041103755743360&evento=41519316579114041103763884660&key=c77582b3750c0fb34a2dc9e91da249c339a651e3f38dfa230cfef7531f2e20f8>. Acesso em: 18 mar. 2018

CAMPOS, M. B. L. B. de. **Curso de processo previdenciário: processo administrativo de benefícios no RGPS**, v. I. Curitiba: Juruá, 2013.

FERNANDES, A. P. Previdência Social no Brasil: do Liberalismo ao Estado Social. In: BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm; FOLMANN, Melissa (Coord.). **Previdência Social nos 90 anos da lei Eloy Chaves**. Curitiba: Juruá , 2013, p. 97-120.

GAVIÃO, J. V. N. A proibição de proteção deficiente. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 61, 2008, p.93-111.

MIRANDA, J. E. de. Os noventa anos da previdência social: da lei Eloy Chaves aos sistema previdenciário como baldrame da dignidade da pessoa humana. In: BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm; FOLMANN, Melissa (Coord.). **Previdência Social nos 90 anos da lei Eloy Chaves**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 499-518.

MORAES, G. B. P. de. **Dos Direitos Fundamentais**: contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997.

PEDRON, D. M. A (in)constitucionalidade do critério da miserabilidade na concessão do benefício assistencial a portadores de deficiência. **Revista CEJ**, n.33. Brasília: abr/jun. 2006, p. 54-61

PEREIRA, P. Necessidades Humanas - **Subsídios à Crítica dos Mínimos Sociais**. 3ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2006, p. 26-27.

RUSSOMANO, M. V. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social, 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. In: CASTRO, Carlos Alberto Pereira de Castro. LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, 18ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista brasileira de direito constitucional**, v. 9, n. 1, p. 361-388, 2007.

_____. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Fundamentais**: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p-551-602.

SARMENTO, D. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003.

_____. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Fundamentais**: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p-267-324.

SERAU JÚNIOR, M. A. (Coord.). **Comentários à Jurisprudência Previdenciária do STF**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Fernanda Tartuce. **Vulnerabilidade como critério legítimo de desequilíbrio no processo civil**. 2011. 65 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082012-143743/en.php>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

TAVARES, M. L. **O devido processo legal previdenciário e as presunções de prova**. *In*: _____. Direito Processual Previdenciário: Temas atuais. Niterói: Impetus, 2009, p-1-28.

DIREITOS HUMANOS

HUMAN RIGHTS

MULHERES NEGRAS: A RELAÇÃO DE MOBILIDADE URBANO PERIFÉRICA COM A PERMANÊNCIA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR

BLACK WOMEN: THE RELATION OF PERIPHERAL URBAN MOBILITY WITH THE PERMANENCE IN HIGHER EDUCATION

Renata Miranda Lima

*Mestranda em Justiça, Empresa e Sustentabilidade
Universidade Nove de Julho, UNINOVE*

renatamirandalima@yahoo.com.br

RESUMO

O presente estudo se volta às mulheres negras, universitárias, moradoras do distrito do M'boi Mirim – zona Sul / São Paulo com a finalidade de compreender o entrelaçamento do Direito a Mobilidade Urbano-Periférica com o Direito à Educação Superior. Para tanto, foi utilizada a observação qualitativa como estratégia metodológica, entrevistas semiestruturadas e uso de diário de campo. A partir do exposto conclui-se que: a mulher negra, moradora da periferia que está acessando o ensino superior, encontra no seu caminho de permanência na universidade, um bombardeio de dificuldades. Entretanto, essas mulheres reexistem, ressignificam e resistem por influência da família, por quererem atingir seus objetivos, sonhos e buscarem na educação uma mobilidade social para si e para sua família. Assim, resumo a força que as impulsionam na seguinte canção:

“Planta do pé tá no chão.
Sangue dos meus ancestrais no coração.
Alcançando a vitória com as próprias mãos. Alcançando a vitória
com as próprias mãos. Com as próprias mãos.
Se é pra vencer deixa quem sabe fazer. Eu tô na luta, sou mulher.
Posso ser o que eu quiser”.
(Karol Conk: Tô na luta).

Palavras-chave: Mobilidade Urbana no Bairro. Mulheres Negras. Educação superior. Periferia. Jardim São Luís - São Paulo.

ABSTRACT:

The present study is aimed at black women, university students, residents of the district of M'boi Mirim - South / São Paulo, in order to understand the interweaving of the Right to Urban-Peripheral Mobility with the Right to Higher Education. For that, qualitative observation was used as methodological strategy, semi-structured interviews and field diary use. From the above it is concluded that: the black woman, a resident of the periphery who is accessing higher education, finds a bombardment of difficulties on her way to university. However, these women reexist, resignify and resist by the influence of the family, wanting to achieve their goals, dreams and seek in education a social mobility for themselves and their families. So, I summarize the force that drives them in the following song:

“The bottom of the foot is on the floor.
Blood of my ancestors in the heart.
Reaching victory with his own hands. Reaching victory with his
own hands. With his own hands.
If it's to win leaves who knows how to do. I'm in the fight, I'm a
woman.
I can be whatever I want. “
(Karol ConK: I'm in the fight).

Keywords: Urban Mobility in the Neighborhood. Black Women. Higher Education. Periphery. Jardim São Luís - São Paulo.

Data de submissão: 23/03/2019

Data de aceitação: 03/07/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. PROCEDIMENTOS E METODOLOGIA 2. ACESSO AO BEM SOCIAL EDUCAÇÃO É PARA QUEM? 3. ESCOLHEM OU SÃO ESCOLHIDAS 4. DESLOCAMENTO COMO UM DIREITO DE MEIO ESSENCIAL 5. CONTINUAR POR QUÊ? 6. QUESTÕES DE RAÇA. CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa é subsidiada e realizada por meio do projeto Jovens Pesquisadoras, criado pelo CDHEP - Centro de Direitos Humanos e Educação Popular - Campo Limpo, o qual está situado no bairro do Capão Redondo. O CDHEP é uma organização não governamental e tem como objetivo, promover estratégias de formação, articulação, comunicação e formulação de políticas públicas para prevenir e superar as diversas formas de violência existentes nas periferias.

O estudo acontece no distrito do M'Boi Mirim o qual tem área de 62,10 Km, população com 563.305 habitantes e densidade demográfica de 9.071¹ é composto por 168 favelas em 2.357.088 m². Nestas há 48 áreas declaradas de risco ora por deslizamentos, transbordamento de córregos e enchentes². A título de comparação populacional, o número de habitantes da região é equivalente à população do país de Luxemburgo³.

Conforme dados da prefeitura do M'Boi Mirim, 7,42% das pessoas daquela região a partir de 15 anos são analfabetas, 25% da população com 25 anos a mais, tem menos de 4 anos de estudo. Os dados também demonstram que a população mais jovem, entre 7 e 14 anos, tem alta frequência no ensino fundamental com índice de 91,10%. Entretanto, quando a faixa etária muda para 15 a 17 anos, o índice cai para 44,57%; ou seja, a metade destes não continuam os estudos e na grande maioria das vezes, o não continuar os estudos tem como pano de fundo uma questão social⁴.

A partir do cenário tecido acima, questiona-se como é para as mulheres dessa região a concretização do direito à educação superior por meio da mobilidade urbana? Mas o que seria mobilidade? Mobilidade é exemplo de Direito de Liberdade a qual, demanda prestações positivas do Estado para sua concretização. Assim, a importância do Direito a Mobilidade Urbana, vista a partir do bairro e sob a perspectiva das mulheres negras tem a sua função ampliada, pois trata de um Direito de meio e Direito social, com uma especificidade decorrente da realidade do território e do gênero.

O estudo se volta mulheres negras porque essas enfrentam uma estrutura de discriminação diferenciada da mulher branca e essa discrepância se manifesta como resquícios históricos nos dias atuais. Isso não quer dizer que a mulher branca não sofre discriminação, por que está sofre, contudo, quando a discriminação recai sobre diferentes grupos sociais

¹ São Paulo. **Dados demográficos dos distritos pertencentes às Subprefeituras**. 2010. Acessado em 20/03/2019. Disponível no site: < https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/subprefeituras/subprefeituras/dados_demograficos/index.php?p=12758>.

² SÃO PAULO. **Secretaria de coordenação das subprefeituras. Diagnóstico de M'boi Mirim, 2008**, p. 1 a 3. Disponível no site < http://ww2.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/subprefeituras/spmb/dados/diagnosticos_de_mboi_mirim-08_08_08.pdf >. Acesso em: 23 de jul. 2017.

³ Conforme informação disponível no site "*Le Portail Des Statistiques Gran-Duché De Luxembourg*". Disponível no site: <<http://www.statistiques.public.lu/fr/population-emploi/rp2011/caracteristiques-personnelles/index.html>> Acesso em: 25 de jul. 2017.

⁴ SÃO PAULO. **Secretaria de coordenação das subprefeituras. Diagnóstico de M'boi Mirim, 2008**, p. 1 e 2. Disponível no site < http://ww2.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/subprefeituras/spmb/dados/diagnosticos_de_mboi_mirim-08_08_08.pdf >. Acesso em: 23 de jul. 2017.

marginalizados, esta também vai pressupor tratamentos diferenciados e específicos daquele grupo social. Segundo o professor Adilson Moreira:

(...) mulheres são constantemente discriminadas no mercado de trabalho, mas mulheres brancas e negras não são tratadas da mesma forma. Mulheres brancas sofrem as consequências do sexismo, mas a experiência social delas e consecutivamente diferente da vivência social das mulheres negras, porque além do sexismo também enfrentam o racismo⁵.

Daí nasce a necessidade de um estudo com recorte de raça e gênero. Para tanto é utilizado o método bola de neve o qual tem como finalidade, a produção de um estudo qualitativo em amostragem probalística⁶ a qual se iniciou com cinco entrevistas, que ocorreram individualmente ficando, ao final, com o total de sete entrevistas. É importante ressaltar que foram dados nomes fictícios às colaboradoras com a finalidade de resguardar sigilo, protegendo sua imagem. Foi utilizado, gravador para auxiliar na transcrição das falas, termo de livre consentimento esclarecido – TCLE, formulário de caracterização já anexado abaixo na figura 1 e as perguntas semiestruturadas incluídas no início do próximo tópico na forma de objetivos⁷.

Com base nas entrevistas realizadas, pode-se concluir que: as dificuldades de permanência dessas mulheres no ensino superior decorrem do medo constante de furto, roubo e violência sexual; sentimentos de insegurança; dificuldades financeiras e barreiras históricas. Também há a questão do excesso de afazeres que recai principalmente sobre as mulheres que são trabalhadoras, mães que cuidam, levam e trazem os filhos da creche e escola, esposas, filhas e donas de casa que cuidam das suas coisas e são responsáveis pelos seus familiares. Esses afazeres corroem o já escasso tempo que primeiro foi corroído pelo trânsito de São Paulo para ir e voltar da faculdade, para ir e voltar do serviço, para ir e voltar do médico, da farmácia, do mercado, da feira, da escola do filho. Todo esse vai e vem, diminui o tempo e dificulta que essas mulheres estudem como querem e precisam, e isso interfere na permanência delas no ensino superior com qualidade.

1. PROCEDIMENTOS E METODOLOGIA

A presente pesquisa teve como objetivo norteador compreender como a mobilidade permite ou possibilita o acesso e permanência de mulheres negras na educação superior. No

⁵ MOREIRA, A. J. **O que é discriminação?** 2017, p. 33.

⁶ VITUNO, J. **A Amostragem em Bola de Neve na Pesquisa Qualitativa: Um Debate em Aberto**. Revista dos pós-graduandos em ciências sociais. IFCH Unicamp. Temáticas, Campinas, 22, (44): 203, ago./dez. 2014. Disponível no site: <<https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/tematicas/article/view/2144/1637>>. Acesso em: 07 de jul. 2017.

⁷ GIL, A. C. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**, 1989, p. 206.

entanto, houve objetivos específicos, que funcionaram como marcos para a pesquisa, viabilizando uma compreensão mais aprofundada a partir dos seguintes pontos:

1. Razões de **escolha da universidade**;
 - 1.1 Por que a escolha do período noturno;
2. **Deslocamento** na ida e volta à Universidade dessas mulheres.
 - 2.1 Meios de transportes que usam no percurso entre universidade e casa;
 - 2.2 Como é para essas mulheres usar os meios de transportes informados;
 - 2.3 Deslocamento do terminal de ônibus à moradia;
3. **Dificuldades enfrentadas** para chegar a universidade e voltar à casa.
 - 3.1 O que promove a permanência delas na universidade;
 - 3.2 Dificuldades no dia a dia da universidade;
4. Como é a questão do Racismo para elas.

A partir dos objetivos traçados foi feita uma pesquisa bibliográfica inicial à construção da base teórica sobre o tema. Também é utilizado a legislação relacionada a organização da cidade como o plano diretor estratégico, a Constituição Federal. Após essa fase foi elaborado um questionário (figura 1) para viabilizar uma breve caracterização das participantes (figura 2). Assim, iniciou-se a fase de procura das pessoas que colaborariam com a pesquisa por meio de entrevistas. Dentre as várias formas ou caminhos para se chegar a essas pessoas, optou-se pelo método Bola de Neve, o qual tem como finalidade, a produção de um estudo qualitativo em amostragem. A metodologia Bola de Neve é um instrumento eficaz em estudos focados em grupos de difícil localização, por tais razões esse procedimento é utilizado no presente estudo, sendo certo que está não é uma amostra probalística⁸.

Para a execução da amostragem, o estudo se inicia por meio de informantes chaves que são chamadas de sementes, as quais serão entrevistadas e também auxiliarão na localização de outras indicando mulheres negras, universitárias e moradoras do Distrito do M'Boi Mirim⁹. No convite das primeiras sementes, foram utilizadas como critério as seguintes características: mulheres negras, do círculo social da pesquisadora, que estudam no período noturno em Universidades diversas e que residam no distrito do M'boi Mirim. Para que a pesquisa tenha maior diversidade, não foi colocado limite de idade o que resultou em participantes com características diferentes em relação à faixa etária, curso, estado civil etc. Trata-se, portanto, de uma amostra intencional, a qual se iniciou com cinco entrevistas, que ocorreram individualmente ficando, ao final, com o total de sete entrevistas. Cada entrevista foi feita, procurando sempre um local capaz de ser mais acolhedor e mais fácil para as entrevistadas no sentido de evitar locomoção, levando em consideração que todas são univertárias, trabalham, algumas são casadas e tem filhos.

⁸ VITUNO, J. A Amostragem em Bola de Neve na Pesquisa Qualitativa: Um Debate em Aberto. **Revista dos pós-graduandos em ciências sociais**. IFCH Unicamp. Temáticas, Campinas, 22, (44): 203, ago/dez. 2014. Disponível em: <<https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/tematicas/article/view/2144/1637>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

⁹ *Idem*, 2014, p. 205.

É importante ressaltar que essa fase de entrevista foi um ato de coprodução entre entrevistadas/colaboradoras e pesquisadora, pois nestes momentos ambas refletiram sobre como é essa questão da mobilidade no bairro, houve negociação de sentidos entre a pesquisadora e a entrevistada, troca de experiências, compreensão das realidades, demonstração de sentimentos com risadas e choros tudo isso durante sua coprodução¹⁰. Foi utilizado, gravador para auxiliar na transcrição das falas, o termo de livre consentimento esclarecido – TCLE (anexo 1 p. 24) e nove perguntas que foram organizadas a partir do roteiro (anexo 2 p. 24).

É importante ressaltar que foram dados nomes fictícios às colaboradoras com a finalidade de resguardar sigilo, protegendo sua imagem. Por outro lado, em decorrência da aproximação com as colaboradoras, será contada um pouco da história dessas mulheres como forma de aproximar o leitor da realidade delas, entretanto, de forma pontual e dentro do que interessava à pesquisa. Ressalta-se que tal relação é algo inevitável, pois “quando conversamos, dialogamos, contamos algo, nossas palavras referem-se ao mundo que nos envolve com sua realidade e suas ficções”¹¹.

E por fim, como o foco do estudo são as questões da mulher negra na periferia, a pesquisa terá como contexto o cotidiano da periferia. Conforme Peter Spink, cotidiano não é uma parte corriqueira e irrelevante da vida, separada e distinta dos acontecimentos importantes muito menos é algo meramente mundano. Na realidade, cotidiano é tudo que temos, portanto, todos nós vivemos o cotidiano, independentemente de sermos presidentes, prefeitos, reis, rainhas, chefes, escriturários ou pessoas em situação de rua. Assim, “todos nós, independentemente de onde estamos e quem somos, acordamos pela manhã e entramos no dia que temos pela frente; dia este que nada mais é que um fluxo de fragmentos corriqueiros e de acontecimentos em micro-lugares,” que são importantes acasos diários¹².

¹⁰ SPINK; BRIGAGÃO; NASCIMENTO; CORDEIRO. **A produção de informação na pesquisa social:** compartilhando ferramentas, 2014. p 58.

¹¹ MENDES, C. E. **Os sentidos de futuro para jovens:** por caminhos do capão redondo e do jardim ângela na periferia paulista, 2017. p. 14. Disponível em: <file:///C:/Users/Renata%20Miranda/Downloads/mendes_corrigeida-1.pdf>. Acesso em: 23 de jun de 2017.

¹² SPINK, P. K. O pesquisador conversador no cotidiano. **Revista de Psicologia Social.** v.20. Porto Alegre, 2008, p 2. Disponível no site <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822008000400010>. Acessado em 23/06/2017.

Figura 1- Formulário de caracterização pessoal 2017 - São Paulo/SP

 Formulário de caracterização pessoal 2017 - São Paulo/SP	
Nome:	_____
Sexo	_____
Cor	_____
Idade	_____
Bairro residencial	_____
Estado civil	_____
Quantidade de filhos	_____
<i>Dados de caracterização universitária</i>	
Universidade	_____
Campus	_____
Quando iniciou	_____
Horário de aula	_____

Fonte: Confeccionado pela autora. São Paulo 2017.

Figura 2 - Quadro de caracterização das participantes 2017 - São Paulo/SP

Quadro de caracterização das participantes 2017 – São Paulo/SP									
Nomes Fictícios	Sexo	Cor	Idade	Bairro residencial	Estado civil	Filhos	Universidade campus	Quando iniciou	Horário de aula
Tainá ¹³ Dacia	F	Negra	19	Jardim casa Blanca	Solteira	0	Puc-SP Perdizes	2017	Noturno
Maria ¹⁴ Anaya	F	Negra	42	Capão Redondo	Casada	2	Sumaré-Santo Amaro	2014	Noturno
¹⁵ Badu	F	Parda	21	Parque Santo Antônio	Solteira	0	Uninove-Santo Amaro	2017	Noturno
Isabela ¹⁶ Chioma	F	Negra	22	Jardim Mitsutani	Solteira	0	Anhanguera-Campo Limpo	2016	Noturno
Sarah ¹⁷ Elon	F	Parda	28	Jardim São Bento Novo	Solteira	0	Sumaré-Santo Amaro	2014	Noturno
Malu ¹⁸ Amima	F	Negra	29	Alto do Riveira	Casada	1	Unisa-Santo Amaro	2016	Noturno
Haydee ¹⁹ Dandara	F	Negra	36	Campo Limpo	Casada	2	Anhanguera-Campo Limpo	2014	Noturno

Fonte: Confeccionado pela autora. São Paulo 2017.

FIGURA 3

Quadro de resultados 2017 – São Paulo/SP			
Razões de escolha da universidade	Deslocamento e Dificuldades enfrentadas para ir e vir das Universidades	Meios de resistência	Racismo
Acesso a bens sociais não é para todos ou para alguns! 6	Distância.....2	Família..... 4	O racismo existe sim...7
Não escolhem, são escolhidas!.....5	Segurança:5	Bolsa..... 1	Branqueamento...5
Qualidade: 2	Lotado5	Trabalho/Financeira...2	A dor do racismo.....7
Mobilidade social: 4	Tempo de espera do ônibus 4	Auxílios em xerox, alimentação, transporte..... 3	Poder de escolha.....5
Libertar de preconceitos 2	Trânsito lento 3	Amor a profissão / ajudar as pessoas..... 3	
Educação como transformação.....3		Atingir o objetivo e sonhos..... 3	
Financeiro.....1			

Fonte: Confeccionado pela autora. São Paulo 2017.

2. ACESSO AO BEM SOCIAL EDUCAÇÃO É PARA QUEM?

Querem que a gente saiba
que eles foram senhores
e nós fomos escravos.
Por isso te repito:
eles foram senhores
e nós fomos escravos.
Eu disse fomos.

Oliveira Silveira (1941-2009) – O Poeta da Consciência Negra

A luz do poema a cima, apesar de poder dizer que “fomos escravos”, as realidades tecidas nas entrevistas mostraram que algumas coisas se reinventam e se recriam no tempo perpetuando algumas situações. Essa discussão é necessária porque, no geral a fala das que colaboraram com o desenvolvimento deste trabalho deixou em evidência que acessar bens sociais não é para todos:

“A educação transforma as pessoas e eu percebi que esse poder de transformar é tão grande e por causa disso ela é pouco acessível. Porque se ela transforma e se todas as pessoas tivessem acesso à educação, teríamos pessoas transformadas e talvez esse não seja o objetivo do poder dominante né?” (Depoimento de Tainá Dacia)

A partir da fala da Tainá, se extrai a categoria, acesso a bens sociais para alguns, e se é para

alguns, se pressupõe uma desigualdade de acesso. Entretanto, para falar de desigualdade de acesso de Direitos Sociais referentes à população negra, em especial a educação, é preciso considerar que a construção da imagem do negro se formou pela objetificação do humano negro. Portanto, não tinha como o objeto acessar Direitos e daí nasce as diferenças materiais e sociais. Na questão da educação, a população negra ficou durante anos inviabilizada de ter acesso, pois o regulamento 22 de agosto de 1887 da província do Estado de São Paulo¹³ dizia no seu artigo 143 § 5º que “não serão admitidos a matrícula nas escolas de primeira categoria: Os escravos, salvo nos cursos nocturnos e com consentimento dos senhores”. Como consequência, a população negra em sua grande maioria era analfabeta. Importante salientar que o Decreto nº 21.076 de 1932 no seu artigo 4º “b” dizia que “Não podem alistar-se eleitores analfabetos”¹⁴.

Mulheres não tinham direito a voto, mas, a partir do Código Eleitoral de 1932 o artigo 2º que dizia: “É eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código”, elas passaram a votar, contudo, somente as que sabiam ler e assim não só a mulher negra, mas toda população negra foi afastada de Direito de participação e cidadania.

Outra questão histórica importante a ser ressaltada é que, embora o ensino superior estivesse presente no Brasil desde 1808, mulheres acessassem o ensino superior após 71 anos em 1879 por meio do Decreto nº 7.247, de 19 de abril¹⁵ que permitiu a elas ingressarem na educação superior. Mas questiona-se, quais estavam em condições de ingressar no ensino superior? As mulheres não negras, pois a população negra no geral só acessou educação básica muito depois.

Dados do IBGE de 2010 corroboram o exposto acima, informando que o número de pessoas brancas entre 18 e 24 anos de idade que estavam frequentando o ensino superior era de 186.952, enquanto o número de pessoas pretas e pardas era de 50.069¹⁶. Ou seja, a população branca, na capital de São Paulo, é quase quatro vezes superior ao número de pessoas pretas e pardas no ensino superior. De acordo com dados do IPEA, que abrangem o período de 1995 a 2009, a taxa de mulheres no ensino superior cresceu muito neste período e se manteve superior a dos homens. Contudo, tais dados sugerem que há uma realidade escondida, pois ao levar em consideração raça, o que se percebeu foi uma dis-

¹³ SÃO PAULO. Regulamento de 22 de agosto de 1887 da província do Estado de São Paulo. **Regulamento para instrução pública Provincial** 1887. Disponível no site: <http://www.usp.br/niephe/bancos/legis_detalhe.asp?blg_id=205>. Acesso em: 23 out. 2017.

¹⁴ BRASIL. Decreto nº 21.076 de 24 de fevereiro 1932. **Código Eleitoral**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acessado em 23/10/2017.

¹⁵ BRASIL, Decreto nº 7.247, de 19 de abril de 1879. **Reforma o ensino primario e secundario no municipio da Côrte e o superior em todo o Império**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

¹⁶ SÃO PAULO. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, censo demográfico**. Sistema nacional de informação de gênero. Total de pessoas pretas ou pardas entre 18 e 24 anos de idade que frequentam o ensino superior. Disponível no site <<http://cidades.ibge.gov.br/cartograma/mapa.php?lang=&coduf=35&codmun=350950&idtema=132&codv=v43&search=sao-paulo|campinas|sintese-das-informacoes-2010>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

paridade ainda maior no acesso à educação superior entre mulher preta e mulher branca; pois a mulher branca está no topo do acesso à educação, seguida do homem branco e preto, depois vem à mulher preta abaixo de todos nessa pirâmide de acesso¹⁷.

Os reflexos disso é que muitas estão sendo as primeiras da família a acessar o ensino superior e isso se evidencia na fala de Isabela Chioma que veio de uma cidade do interior da Bahia e reporta um pouco de sua realidade, que também é vivida por muitas brasileiras, ao dizer que:

“Eu sou a primeira na minha família, falando de três gerações, que eu sou a primeira pessoa que curso o ensino superior. É a gente é de uma cidade do extremo interior da Bahia e que nenhuma de nós tivemos essa possibilidade de inserção no ensino superior. E é muito gratificante e ao mesmo tempo é uma responsabilidade. Mas me dá força em saber que vou ser a primeira eu vou continuar eu vou conseguir eu vou vencer eu vou levar isso para minha cidade, porque quero atuar lá quero voltar para lá”. (Depoimento de Isabela Chioma)

Cibele da Silva Henriques diz que:

(...) na sociedade Brasileira, o lugar dos homens e mulheres negros nunca foi na escola, mas na lavoura, na casa grande, na senzala, nas ruas ou quando rebelde, na prisão. Assim, o direito dos negros, em especial, das mulheres negras à educação no Brasil foi fruto de lutas travadas pelos Movimentos Negros¹⁸.

É importante ressaltar que, através das falas das colaboradoras, percebeu-se não apenas a dificuldade de acesso a bens sociais, mas também uma dificuldade de permanência na educação superior, por não ter tido uma educação básica nas escolas públicas que fosse capaz de prepara-las para acessar as universidades públicas ou bolsas de estudos, faz com que reste para elas duas opções quais sejam: não seguir os estudos ou ingressar nas universidades privadas o que traz implicações financeiras.

O não ter um ensino básico efetivo causa vulnerabilidades que refletem nelas quando vão acessar a universidade, pois poucas conseguem ingressar nas universidades por questões financeiras e as que conseguem ingressar sentem dificuldades em acompanhar os cursos e esse apontamento foi feito tanto pelas que acabaram de sair do ensino médio como pelas que pararam os estudos e depois voltaram a estudar. Contudo, essas últimas sentem mais dificuldades ainda que as primeiras. A exemplo disso segue o primeiro trecho da fala de uma colaboradora que concluiu recentemente o ensino médio e ingressou na universidade. O segundo trecho de fala colacionado é de outra colaboradora que concluiu o ensino

¹⁷ BRASÍLIA. “**Dossiê Mulheres Negras: retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil**”, organizadoras: Mariana Mazzini Marcondes et al. IPEA. Instituto de pesquisa econômica aplicada. 2013, p 38.

¹⁸ HENRIQUES, C. da S. Do trabalho doméstico à educação superior: a luta das mulheres trabalhadoras negras pelo direito à educação superior. **Revista O Social em Questão** - Ano XX - nº 37- Jan a abr./2017, p. 153. Disponível em: <http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_37_art_8_Henriques.pdf>. Acesso em: 10 de nov 11 de 2017.

médio e só ingressou no ensino superior depois de um tempo.

No dia a dia da universidade quais são suas dificuldades?

“Uhhhhh. É mais de estudo também porque tem coisa que eu não aprendi na escola e tem gente que até já aprendeu porque teve um ensino bom né agora na minha eu não tive nada! E eu estou fazendo engenharia e não tinha matemática no ensino médio nem física nem química ai eu estou aprendendo tudo na raça”. (Depoimento de Keli Badu)

Malu Amina no dia a dia da universidade quais são suas dificuldades?

“Na universidade é um pouco mais difícil assim, porque como tenho vinte nove anos e eu terminei os estudos em 2006 então assim, eu tenho uma dificuldade para acompanhar. Porque a maioria das mulheres que estão lá, saiu do ensino médio e já foi para faculdade e no meu caso não. **No meu caso eu tenho que acompanhar o ensino, mas eu fiquei muito tempo parada sem estudar**”. (grifo nosso) (Depoimento de Malu Amina)

Essa dificuldade decorre de uma estrutura de exclusão que a população preta foi sujeita desde o período imperial, sob o manto da legalidade, e se mantém, até os dias de hoje pela manutenção das desigualdades no acesso à educação básica, pois ainda há uma demarcada diferença entre a escola frequentada pelos brancos e aquela usufruída pelos negros. Essa diferença se evidencia pela carga horária, instalações, material didático, estrutura para que não haja aulas vagas, como é corriqueiro na rede pública, além da qualificação dos professores, entre outros¹⁹. Essa é uma das formas de opressão que atravessa a população negra. A partir do exposto, Jurema Werneck ao interpretar as múltiplas opressões a que estão subjugadas as mulheres negras diz:

As mulheres negras são resultado de articulação de heterogeneidades, resultante de demandas históricas, políticas, culturais, de enfrentamento das condições adversas estabelecidas pela dominação ocidental eurocêntrica ao longo dos séculos de escravidão, expropriação colonial e da modernidade racializada e racista em que vivemos²⁰.

¹⁹ ROSEMBERG, F. **Ação Afirmativa no Ensino Superior Brasileiro**: Pontos para Reflexão, 2009, p. 6. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2014/09/AcaoO_AFIRMATIVA_NO_ENSINO.pdf>. Acesso em: 05/12/2017

²⁰ WERNECK, J. Nossos passos vêm de longe! **Movimentos de mulheres negras e estratégias políticas contra o sexismo e o racismo**. Revista da ABPN, vol. 1, n. 1, marjun 1992, p. 10.

3. ESCOLHEM, OU SÃO ESCOLHIDAS?

A análise das entrevistas viabilizou extrair a categoria de que as mulheres negras não escolhem, mas são escolhidas. Apesar de estarem acessando o ensino superior, estar naquele local não partiu de uma escolha livre delas, mas sim de uma escolha amarrada por condições, sociais, financeiras e culturais que nascem do contexto histórico já tecido acima. Isso ficou nítido na fala abaixo:

Porque você escolheu esta universidade UNINOVE? Você considerou outras universidades?

“Escolhi pela nota no Enem também, e por não ter tantas condições para esta fazendo um curso, essas coisas para estar conseguindo uma faculdade pública. É isso”. (Depoimento de Keli Dalu)

O estudo realizado por Bianca Santana e Jefferson Mariano em que buscaram compreender a situação da mulher negra na Região Metropolitana de São Paulo e ao final perceberam que, apesar de no Brasil não ter existido leis de segregação racial, como foi o apartheid na África do Sul, os dados “evidenciam que há distritos de pessoas brancas”. Em suma, por mais que não exista atualmente uma determinação legal que dite onde negras e negros devem viver, segundo eles “basta olhar os dados para constatar a segregação”²¹.

A tabela abaixo colacionada, formulada pelos autores supracitados, evidencia essa segregação de espaço no mapa da cidade de São Paulo em que apesar de mulheres negras corresponderem a 19% da população da Capital, a distribuição entre os distritos aponta a enorme assimetria. Os distritos localizados no eixo Sul/sudoeste próximo da região central a população negra é muito reduzida, próximo inclusive do perfil de países europeus. Em contrapartida, os distritos periféricos da capital a situação é diametralmente oposta.

Participação Percentual da População Feminina Negra			
Distritos da Capital 2010	Participação	Distritos	Participação
Itaim Bibi	4,56	Jd. Ângela	30,37
Vila Mariana	4,74	Cidade Tiradentes	29,01
Alto de Pinheiros	4,82	Grajaú	28,64
Jd. Paulista	4,92	Lajeado	28,45
Perdizes	5,03	Parelheiros	28,17

Fonte: IBGE- Censo Demográfico 2010.

²¹ SANTANA, B.; MARIANO, J. **Situação da mulher negra na Região Metropolitana de São Paulo**: síntese dos indicadores sociais e análises preliminares. p. 6. Disponível em: < http://www.fespsp.org.br/seminarios/anais5/GT12/Situacao_mulher_negra.pdf >. Acesso em: 01 de dez. 2017.

Os autores afirmam que a segregação é justificada sob argumentos de classe, como: ‘custa caro morar no eixo centro-sudoeste’, mulheres negras têm menos dinheiro, por isso não vivem nessa região²². Com base no que assevera Antônio Sergio Alfredo Guimarães, essa é uma das principais características do racismo brasileiro: “sua invisibilidade, posto que é reiteradamente negado e confundido com formas de discriminação de classe”²³, uma vez que a segregação de espaço nasce da impossibilidade do negro escolher, pois esse não escolhe viver em determinados distritos, o que acontece é que diante da condição que lhe é colocado, só cabe escolher aquele local, o que contradiz o conceito de escolha.

Seguindo a mesma lógica de raciocínio, pode-se afirmar que há uma segregação racial em relação às universidades, pois existem aquelas que são majoritariamente de brancos e as que são majoritariamente de pretos. Nesse sentido, com base na fala das entrevistadas, a mulher negra não escolhe onde mora, mas onde resta; ela não escolhe no que quer trabalhar, não escolhe onde estudar, mas onde a condição dá e essa condição não é uma condição dela é uma condição posta estruturalmente.

Porque escolheu está universidade, Porque escolheu esse campus?

É eu escolhi essa universidade, sinceramente, foi porque minha nota deu, isso foi o ponto majoritário. Não há essa larga opção de escolha: a minha nota deu, eu entrei. Assim eu não tinha essa grande alternativa. Eu tinha já em mente onde que der eu vou (grifo nosso).

O critério era onde entrava pela nota, qualidade de educação no segundo critério. E por exemplo localidade na hora que me inscrevi eu não levei em consideração a localidade porque só tem um campus da PUC de humanas. No momento da escolha da faculdade eu eliminei algumas e ficou três e as três estavam no centro de São Paulo e as três só tinha uma unidade.

Ah tá!

Eu também pesquisei se após eu terminar a faculdade será que aquela faculdade vai me oferecer oportunidade de continuar o estudo e me disseram que ela dá oportunidade de prosseguir com os estudos. E dentre as três, só uma dava essa oportunidade e as três estavam no centro então não tinha como eu fugir do centro eu tinha que me deslocar e dentre as três só uma tinha essa possibilidade de continuar os estudos.

Entendi eu percebi que você escolheu o período de aula noturno. Você teve possibilidade de escolher outro período? Ou melhor porque esse horário?

²² Idem. p. 7.

²³ GUIMARÃES, A. S. A. **Racismo e antirracismo no Brasil**, 2009. p. 226. Disponível em: < https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4116181/mod_resource/content/0/A.%20S.%20Guimar%C3%A3es%20-%20Racismo%20e%20anti-racismo%20no%20Brasil.pdf >. Acesso em: 10 de nov 2017.

Escolhi o noturno porque minha nota deu, no diurno a nota é muito mais alta, é uma quantidade assim de mais de trinta pontos de diferença. Se eu colocasse no diurno eu não seria chamada! (Depoimento de Tainá Dacia)

Apesar de Tainá Dacia ter acessado uma universidade que considerada de boa qualidade ela evidencia que a possibilidade de escolha é restrita a nota obtido por meio da prova de seleção, no caso dela o Enem²⁴ que a avaliou e a partir de ‘suas condições’ será sua margem de escolha. É importante ressaltar que Tainá Dacia foi uma das poucas dentre as entrevistadas, que conseguiu bolsa e pode pensar, como segundo critério, a questão qualidade. Todas as outras demonstram, em suas falas, que a qualidade não foi levada em consideração, a exemplo disso temos a fala da Isabela Chioma²⁵.

Porque escolheu essa universidade?

Essa é uma questão bem complicada. Porque assim, hoje eu me arrependo muito porque a minha universidade eu não classifico como boa tá! Na minha perspectiva de pensamento! Eu não a classifico ela como boa. Mas infelizmente eu tive que escolher ela por conta que era perto de casa e como eu pensava, que eu na época trabalhava em supermercado de domingo a domingo, eu precisava chegar em casa cedo, porque no outro dia tinha que trabalhar e eu tinha acabado de ser assaltada quando eu fui escolher essa faculdade. Então eu pensava eu tenho que chegar em casa cedo e depois eu ficava pensando, o horário que vou chegar em casa é tarde eu vou ser assaltada de novo! Então eu escolhi uma universidade próxima. Ai eu tive esse privilegio de escolher uma faculdade particular próxima, porque eu me matava trabalhando de domingo para pagar ela né! Então eu pensava isso. Hoje eu penso totalmente diferente, fico pensando porque não tentei uma federal, porque não tentei entrar na lei de cotas, são várias questões.

Pelo que compreendi você escolheu está universidade/faculdade e esse campo foi por estar próximo de sua casa por conta da mobilidade?

Sim, sim foi. Foi por conta da mobilidade. Porque assim, quando eu comecei a prestar vestibular queria UNINOVE. Porque classificando Anhanguera com UNINOVE, na minha percepção, que não conheço UNINOVE, mas eu entendia que a UNINOVE era melhor e eu queria UNINOVE. Só que para eu chegar em casa da UNINOVE

²⁴ Exame Nacional do Ensino Médio.

²⁵ Isabela Chioma veio para São Paulo estudar e também para ajudar financeiramente sua família que se mantém na Bahia.

eu iria chegar mais de meia noite. Eu vi que eu não dava conta. Então fui na primeira que era mais próximo. (Depoimento de Isabela Chioma)

A opção delas é totalmente amarrada em condições que limitam suas escolhas, seja quanto ao período, seja quanto à faculdade. Essas condições amarrantes estão relacionadas a questões financeiras e de local. A grande maioria das mulheres daquela região tem como critérios iniciais valores das mensalidades, localização e horário. Esses critérios aniquilam a possibilidade de escolher.

Porque escolheu esta universidade/faculdade e esse campo? Você considerou outras universidades?

Então a razão de ter escolhido a UNISA foi porque eu avalei pelo MEC e eu vi que ela tinha uma pontuação boa e que ela é mais próxima da minha casa e o valor é muito acessível; porque nas outras faculdades que eu vi o valor era bem mais alto e fica bem longe da minha casa então eu iria demorar muito mais para poder estar indo do trabalho para a faculdade e de casa para a faculdade.

Tá então era porque era mais próximo?

Sim e mais acessível no valor.

Quais as razões que te levaram a preferir esse horário?

Porque o período da manhã dá para eu trabalhar para poder pagar a faculdade (risos). (Depoimento de Malu Amina)

4. DESLOCAMENTO COMO UM DIREITO DE MEIO ESSENCIAL

Quanto às perguntas voltadas a questões de deslocamentos e dificuldades enfrentadas para ir e vir das Universidades extraiu-se várias categorias, contudo, o enfoque da discussão se voltará às categorias mais partilhadas pelas colaboradoras quais sejam: segurança, lotação e tempo de espera do ônibus. É importante compreendermos que a construção do Direito a Mobilidade Urbana nasceu do Direito de ir e vir, está intrinsecamente relacionado com o Direito de Liberdade²⁶ e pode ser contextualizada a partir do Direito à Cidade e, no caso em estudo trata-se da capacidade de movimento no espaço para a efetivação do Direito à Educação²⁷.

²⁶ LIMA, R. M; ALBUQUERQUE. C. de. **Direito de ir e vir: Mobilidade Urbana na cidade de São Paulo**. 2015, p. 79. IV Congresso Nacional da Federação Nacional Dos Pós-Graduandos em Direito – FEPODI. Acessado em 3/08/17. Disponível no site < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/z3071234/4mocc71/G7p1Tff24H4e458D.pdf>>.

²⁷ BORBA, F. da S. **Dicionário de usos do português do Brasil**, 2002, p 1049.

Sob a perspectiva jurídica, mobilidade é Direito Social, inserido no artigo 6º da CRFB/88 pela emenda Constitucional nº 90/2015²⁸, é instrumento fundamental para a inclusão, mobilidade social das pessoas e instrumento crucial para a realização da cidadania. É por meio dela que os indivíduos podem atender as suas necessidades e desenvolver aptidões²⁹. Conforme Ferreira Filho, a liberdade de locomoção é “o direito de ir e, vir e também ficar (...) é primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais”³⁰.

Com base em estudos realizados em 2012 pela Companhia Metropolitana de São Paulo³¹, as mulheres usam mais intensamente o transporte coletivo e se deslocam mais a pé que os homens. Enquanto 34,1% da mobilidade das mulheres são feitas a pé, o percentual dos homens é de 27,8%. Na mobilidade feita por ônibus, enquanto a mulher atinge o índice de 24,6%, homens ficam em 18,9%. Mas, quando se trata da mobilidade por automóvel, em que a mulher está dirigindo, o percentual fica em 13,7, enquanto com o homem o valor é 26,4%³². Quando os dados são analisados à luz da renda familiar, “os números mostram um enorme abismo entre mulheres de diferentes classes sociais. Mulheres que ganham até R\$ 2.488, fazem 3% de suas viagens na direção de veículos. Já mulheres com renda mais alta (em valores que superam R\$ 9.330) realizam 45% de suas locomoções”³³.

Na análise dos destinos de viagem e motivos, os resultados demonstram que 34,9% das respostas correspondem à educação como motivo de se locomover na cidade para as mulheres, enquanto para os homens o percentual é de 29,1%. Com isso pode se perceber que a educação é majoritariamente buscada por mulheres, mas sua efetivação é majoritariamente concretizada pelo transporte público e a mobilidade a pé³⁴.

²⁸ A PEC nº 90/2015 inseriu transporte entre os direitos sociais e apresentava como justificativa: a importância do transporte, em especial o público, a sua relevância na vida em sociedade como elemento central para concretização de outros direitos, funcionando como vetor de desenvolvimento relacionado à produtividade e à qualidade de vida da população, à mobilidade das pessoas, ao acesso a bens e serviços e à sua função social vital na cidade. Acessado em 19/11/2016. Disponível do site: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=522343>>.

²⁹ SPECIE, P.; VANETI, V. C.; MOUALLEM, Pedro Salomon Bezerra. **A mobilidade das mulheres na cidade de São Paulo**. Informe urbanos. nº 25 - novembro 2016, Prefeitura de São Paulo. Acessado em 12/06/2017. Disponível no site <<http://www5.each.usp.br/web/prof/oipp/noticias/?32/informe-urbano-a-mobilidade-das-mulheres-na-cidade-de-sao-paulo>>.

³⁰ FERREIRA FILHO, M. G. da S. **Curso de direito constitucional**. 23.ed. São Paulo: Saraiva 1996, p. 255.

³¹ A partir de dados desagregados de padrões de deslocamento na cidade e por meio de pesquisa de origem e destino (OD) que é um levantamento quinquenal, de caráter domiciliar amostral, que descreve as viagens – seus tipos, destinos e modais – realizadas pelos habitantes da Região Metropolitana de São Paulo.

³² MEKARI, D. **Estudo traça panorama da mobilidade urbana de mulheres em São Paulo**. UOL. Acessado em 12/06/2017. Disponível no site <<http://portal.aprendiz.uol.com.br/2016/12/20/estudo-traca-panorama-da-mobilidade-urbana-de-mulheres-em-sao-paulo/>>.

³³ SPECIE, P.; VANETI, V. C.; MOUALLEM, P. S. B. **A mobilidade das mulheres na cidade de São Paulo**. Informe urbanos. nº 25 - novembro 2016, Prefeitura de São Paulo. Acessado em 12/06/2017. Disponível no site <<http://www5.each.usp.br/web/prof/oipp/noticias/?32/informe-urbano-a-mobilidade-das-mulheres-na-cidade-de-sao-paulo>>.

³⁴ MEKARI, D. **Estudo traça panorama da mobilidade urbana de mulheres em São Paulo**. UOL. Disponível em: <<http://portal.aprendiz.uol.com.br/2016/12/20/estudo-traca-panorama-da-mobilidade-urbana-de-mulheres-em-sao-paulo/>>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

Os dados expostos acima são corroborados pelo fato de que todas as entrevistadas da presente pesquisa declararam usar o transporte público como meio para acessar e permanecer na faculdade. Apontaram também, como complicadores a seu acesso e permanência na educação superior, a questão da demora do ônibus em razão do número reduzido da frota para determinados locais e pontos de ônibus e ruas sem iluminação. Esses fatos aumentam a insegurança na ida e principalmente na volta para casa. Somado a isso, muitas relataram medo e por conta desse medo sobem morros, descem ruas, atravessam vielas, escadões e avenidas correndo.

Como é para você usar esses meios de transportes que você citou?

Olha é um pouco desconfortável. Porque como moro em um lugar que só tem essa frota de ônibus e de perua, né só tem a Nakamura é desconfortável porque você tem que sempre ficar pegando uma descendo na metade do caminho para poder esperar ela, então é difícil.

Eu não digo que ruim de tudo, pois como moro no final tem a vantagem de pegar ele e ir sentada (risos), mas na volta eu mal consigo entrar na porta (risos) eu me sinto Gisele Bündchen (risos). Porque eu fico tão magrinha que eu não consigo sentar independente de qualquer lugar eu vou o trajeto inteiro em pé. Mas o meu desconforto maior é o tempo de espera e por ele vir lotado quando eu retorno para casa.

Bom você me disse que o tempo gasto do último ponto para sua casa é de cinco minutos me detalha como é esse deslocamento à sua moradia?

Eu sinto muito medo (risos) eu nem olho, eu coloco o celular (risos) no meio do corpo em qualquer parte íntima (risos tímida) e vou correndo e não olho para lugar nenhum não olho para ninguém e não olho para lugar nenhum e como diz a minha mãe não olhe para trás que não vai te acontecer nada.

Qual o seu maior medo?

Ah é o de estupro, porque assalto é o de menos eles levam e possivelmente mata e no estupro eles estupram e talvez matam. Entendeu? Principalmente para mulher! (Depoimento de Malu Amina)

O trecho acima revela um pouco do contexto de violência do bairro que Malu vive. Quanto a lotação ressalta que o desconforto e o tempo de espera da perua no ponto, aumenta o medo, pois quanto mais tarde, mais perigoso fica transitar nos bairros, principalmente para as mulheres, que sofrem com o incomodo de estarem mais expostas a

violência sexual. Dados da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo³⁵ justificam o medo das mulheres em relação a violência sexual, que desde 2015 aponta à crescente no registro desses crimes.

Ocorrências policiais registradas por ano referente aos crimes de estupro. 2019. São Paulo/SP	
Ano	Quantidade de registro de ocorrências
2015	2.087 estupros
2016	2.316 estupros
2017	2.546 estupros
2018	2.590 estupros

Fonte: confeccionada pela autora com base em dados da Secretária de Segurança Pública – SSP – 2018. São Paulo³⁶.

Em outro depoimento a colaboradora diz:

Certo. Para ver se eu entendi. As suas dificuldades hoje está mais relacionada à segurança?

Sim. É mais a segurança, hoje sim. Porque a faculdade fica bem próximo da minha casa (...). Mas quando eu desço no ponto até minha casa essa é a dificuldade porque é tarde!

Que horas você sai de lá?

Da faculdade eu saio 22:10, umas 22:30 estou lá (no ponto), mas esse horário é perigoso não tem mais ninguém na rua. Eu chego 22:30 tenho que descer uma rua passar por um córrego, passar por uma biqueira para chegar em casa. (Depoimento de Isabela Chioima).

Isabela conta que foi vítima de assalto quando escolhia a universidade que iria cursar e ela tinha medo de ser assaltada novamente. A partir dessa fala ela desenha um pouco de como é o bairro à noite e demonstra um pouco do risco que ela corre todos os dias ao voltar para casa. Em entrevista com outra colaboradora, moradora do Capão Redondo, a questão da ³⁷lotação e da demora do transporte também foi mencionada o que demonstra, que na

³⁵ SÃO PAULO. Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. **Dados estatísticos do Estado de São Paulo**. 2017. Disponível em: < <http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Mapas.aspx>>. Acesso em: 01 de dez. 2019.

³⁶ *Idem*, 2019.

³⁷ Micro-ônibus que prestam o serviço de transporte público em determinadas regiões.

região a disponibilidade de ônibus não supre a demanda que a população exige.

Como é para você usar esses meios de transportes?

Aí é dificultoso, tem vez que eu vou dependurada principalmente na sexta... Sábado de manhã nem tanto, pensado bem também vou dependurada também é complicado. Porque vão muito cheios a aglomeração de pessoas é muita. E esse horário é bem difícil!

Quais as possíveis dificuldades enfrentadas para chegar a universidade e voltar à casa?

Ah. A espera. As vezes a espera do ônibus é tão longa que você fica bastante tempo no ponto esperando o ônibus porque essa linha é muito demorada. Ah também tem hora que o trânsito é muito grande ali perto do metrô capão redondo. Já teve dias que cheguei em casa meia noite e tanta por causa do trânsito, assim quase uma hora de trânsito para voltar para casa. Então essas são as dificuldades.

Qual essa linha que você falou que demora tanto?

É a capão redondo ela vem como Capão Redondo e vai como Santo Amaro é a 6048.

(Depoimento de Maria Anaya)

É importante ressaltar que essa entrevistada mora a 10,3 KM da faculdade que frequenta. Ela não falou na questão da distância, uma vez que escolheu o campus mais próximo de sua casa, apesar disso, no decorrer da entrevista deixou nítido que uma das suas maiores dificuldades é o trânsito lento; o tempo médio para percorrer essa distância com transporte público é no máximo 30 minutos fora do horário de pico, mas é importante ressaltar que na localidade do Capão que ela mora, não tem corredor de ônibus e o metrô Capão Redondo é longe de sua casa.

Como você se sente a usar esses meios de transportes?

Não me sinto muito bem quando pego o ônibus do meu trabalho para a faculdade porque é um horário que tem muita gente, é muito cheio e pega transito né? E é sempre muito lotado, não é confortável. Eu sinto que as mulheres têm que ficar se esquivando, não falo de assédio, mas falo de não se machucar, ter um lugar para segurar. É isso. Não sinto que é um ônibus que comporte todas as nossas necessidades de mulher no espaço que a gente tá. (Depoimento de Isabela Chioma)

O Direito à Mobilidade não pode ser efetivado com um modelo único para toda a cida-

de; é necessário olhar as particularidades, levando em consideração o gênero, o contexto em que as pessoas estão inseridas, as necessidades e história de cada região. Para tanto, compreender o local é imprescindível para desenvolver políticas públicas em um território periférico. Conforme prevê a Carta Magna em seu artigo 182 caput³⁸ e o Plano Diretor Estratégico, no artigo 5º, inciso V, deveríamos ter direito a cidade o que é concretizado através do deslocamento adequado e o Plano Diretor Estratégico da Cidade, no artigo 303, inciso I, tem como objetivo a proteção de grupos sociais tidos como mais vulneráveis, dentre eles reconhece expressamente as mulheres³⁹.

5. CONTINUAR POR QUÊ?

Como forma de equilíbrio diante de todas as dificuldades apontadas pelas colaboradoras, há alguns mecanismos que as auxiliam na sua resistência diária de permanência e insurgência as dificuldades. Dentre elas os mais apontados são: trabalho, família e sonhos. No trecho abaixo, percebe-se que o trabalho é a forma necessária para permanecerem na universidade.

Tem a questão financeira que você tem que trabalhar para poder permanecer na faculdade porque minha faculdade é paga. Eu não tenho bolsa eu até tentei, mas eu não consegui ai eu fiquei com medo de deixar passar mais tempo até o dia que eu conseguir uma bolsa... Aí foi quando eu falei não vou ir vou arriscar vou ir e vou estudar independente, nem que eu trabalhe em dois três lugares para pagar a faculdade. (Depoimento de Malu Amina)

Dentre as entrevistadas, apenas uma tem bolsa pelo Enem 100%, as demais pagam suas universidades, não por opção, mas porque é o que restou, pois todas entrevistadas citaram que tentaram bolsa pelo Enem, contudo, apenas uma conseguiu. A questão não é se esforças mais, ou se esforçar menos, mas é uma questão de ter tempo, ajuda e assistência de cursos. Contudo, a maioria das mulheres que moram na periferia vivem outra realidade e por isso usam o tempo prioritariamente pensando em subsistência como trabalho. Além do mais, para a mulher a questão tem um diferencial, porque ainda recai sobre a maioria delas o dever de cuidar da casa e dos afazeres domésticos para depois passarem a pensar nos seus sonhos e nos seus planos.

³⁸ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. DF: Senado Federal, 1988. Acesso em 23/02/2019. Disponível na internet no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

³⁹ SÃO PAULO. **Plano diretor Estratégico do Município de São Paulo lei nº 16.050 de 2014**. Acessado em 12/06/2017. Disponível em: <http://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/PDE_lei_final_aprovada/TEXTO/2014-07-31%20-%20LEI%2016050%20-20PLANO%20DIRETOR%20ESTRAT%20C3%89GICO.pdf>.

Bom eu vejo que você é bem corrida... como é mais ou menos sua rotina?

Então é porque minha mãe trabalha né. Ela faz os biquinhos dela né. Então eu chego do meu estágio remunerado já trocando de roupa porque tenho que cuidar do almoço porque meu pai já chega o quarto para que ele descansa aí nisso eu vou terminando de limpar o resto da casa, aí tem a cozinha isso vai três horas da tarde eu tô lá mexendo. Só depois que termino que vou sentar no computador fazer o trabalho, ler algum texto, fazer um resumo depois eu vou tentar de tarde descansar um pouco, mas nem sempre consigo e no fim de semestre então! (Depoimento de Sarah Elon)

Mas, se Deus quiser!
Tudo, tudo, tudo vai dar pé
Tudo, tudo, tudo vai dar pé
(Gilberto Gil – Não Chores mais)

O trecho da musica acima vem ao encontro do contexto dessas mulheres no sentido de que no mundo em que quase tudo dá errado, esperam que, por meio da educação e pela fé, as coisas vão dar pé, por isso continuam. Somado a isso, foi apontado, por quase todas entrevistadas, a educação como um meio de atingir a mobilidade social e também um meio de concretizar sonhos. Alguns trechos de falas demonstram um pouco isso.

O que te faz permanecer na faculdade?

Ai então eu não vou mentir, eu acho que é um status, porque ninguém da minha família hoje tem uma formação e era um sonho, quando eu estava no ensino médio, houve um tempo que quando a professora falava quem vai fazer faculdade aqui? Eu não levantava a mão, porque eu falava nossa isso nunca vai ser para mim, né eu nunca vou poder ter essa oportunidade por questões financeiras de mim e da minha família. Depois de um tempo, eu falei, eu quero conseguir eu quero fazer uma faculdade. Depois de mais madura eu escolhi o curso. Então assim é uma realização pessoal. (Grifo nosso)

(Depoimento de Haydee Dandara)

O que promove a sua permanência na universidade?

Porque quero ter um futuro melhor, por conta do meu filho pelo amor a profissão que eu quero exercer, quero ser uma boa psicóloga quero poder ajudar as pessoas eu sempre tive isso comigo. Sempre quis ajudar as pessoas. Então é isso ter um futuro melhor, dar um

futuro melhor para o meu filho e ser boa no que faço. (Grifo nosso)

(Depoimento de Malu Amina)

Porque cursa o ensino superior?

Então para ter um futuro melhor, para ter uma vida estável. Porque hoje em dia é difícil conseguir um emprego sem ter o ensino superior.

O que promove a sua permanência na universidade?

Família! (risos) eu fico pensando na família no futuro em ajudar eles também.

(Depoimento de Keli Badu)

Como visto, a educação é para elas e para toda família meio de ascensão social. A educação se mostra como um agente positivo que viabiliza pensar em uma saída, é uma porta de escape para oferecer mobilidade social. Dyane Brito, fez uma pesquisa sobre o acesso e permanência de negros e negras no ensino superior tendo como estudo de caso a Universidade Federal da Bahia – UFBA. Ao analisar a questão da família a autora diz que

Em muitos casos, esses estudantes negros são os primeiros da família a ingressar na Universidade. Então, a família se reúne para ajudar nos custos de sua manutenção, sobretudo quando o jovem ingressa em cursos de alto prestígio. A Universidade é, para essas famílias, uma possibilidade concreta de mobilidade social e, conseqüentemente, a garantia de um futuro melhor⁴⁰.

O que promove a sua permanência na universidade?

Ah para mim é ter meu objetivo! Impedimento sempre vai existir na nossa vida, então estou fazendo a faculdade porque eu quero futuramente me especializar na área de libras. Então assim, mesmo com

⁴⁰ REIS. D. B. **Acesso e Permanência de negros (as) no Ensino Superior:** O Caso da UFUBA. Org.: Maria Auxiliadora Lopes Maria Lúcia de Santana Braga. 1ª Edição – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade: Unesco, 2007, p. 49 a 69. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154587por.pdf>>. Acesso em: 01 de dez. 2017.

essa dificuldade com trânsito sem trânsito estressada ou não eu estou pensando lá na frente não estou pensando agora porque se eu fosse olhar, talvez eu já teria desistido. Por essa questão que eu continuo caminhando. (Depoimento Sarah Elon)

O que promove a sua permanência na universidade?

Ah porque eu tenho meus ideais, tenho meus objetivos quero me formar quero ser alguém quero alcançar o meu ideal. O que lutei até aqui eu vou conseguir. Então isso é o que me mantém lá. (sorrisos) (Depoimento de Maria Anaya)

6. QUESTÕES DE RAÇA

Das entrevistas também se pode extrair algumas categorias relacionadas à raça, o que não podia ser diferente uma vez que o estudo se volta às questões de mulheres negras; ou seja, faz-se um estudo interseccionalizado. Durante as conversas, essas mulheres levantaram questões como o processo de branqueamento, construção da figura do negro na sociedade, a liberdade do negro quanto a sua possibilidade de escolher o lugar que quer ocupar na sociedade e a dor que o racismo causa. É importante ressaltar que todas as participantes disseram que o racismo existe.

Você acredita que temos discriminação racial e de gênero no Brasil?

Ah sim claro que temos. Você vê isso todos os dias, todos os dias. Por exemplo, pelo banco comunitário da tecnologia social fomos finalistas e a gente começou a reparar que não tinha negros ali. Os negros entravam na hora de colocar as coisas para funcionar, para colocar a planta no lugar, para montar o cenário. Mas eu fiquei reparando isso o tempo todo; o tempo todo eu reparo e eu não vejo os negros ocupando esses espaços, então é claro que tem uma questão aí racial. (Depoimento de Haydee Dandara)

Mas o que é discriminação? Conforme o professor Adilson José Moreira, “a palavra discriminação possui uma pluralidade de significados”. Discriminar “sugere que alguém foi tratado de forma arbitrária” a partir de categorizações de características das pessoas, “para atribuir a elas consequências” de acordo com essas categorizações⁴¹. A discriminação aflora de comportamentos de fazer ou do não fazer, pois a estrutura de discriminação instalada

⁴¹ MOREIRA, A. J. **O que é discriminação?**, 2017, p. 27.

acaba facilitando a sua reprodução na sociedade e algumas vezes de forma não intencional ou sob o véu da neutralidade, como o não estabelecer cotas raciais para vagas em concurso público, cotas raciais para vagas no mestrado ou cotas raciais para vagas em cargos da alta administração de uma empresa. Assim, o não fazer coopera para a reprodução dessas mazelas.

O ato de discriminar viola a expectativa de tratamento isonômico, além de limitar a possibilidade de ação autônoma restringindo o sentido que dá a vida dessas pessoas e suas formas de existência nos espaços da sociedade, uma vez que a discriminação determina o local que se deve estar, que se pode estar e que como deve ser. O racismo limita o sonhar. Ao procurar entender de que forma essas mulheres acham que o racismo interfere nelas, obteve-se respostas relacionadas diretamente a possibilidade delas e de seus familiares acessarem determinados espaços fora da lógica estabelecida. Segue um trecho de uma das falas:

Olha você vê aqui vários empresários, então você me conta quantos negros e negras têm? Não tem! Vamos achar os representantes e todos os que estão envolvidos na instância maior dessa faculdade, por exemplo, e vamos tirar uma foto. Quantos negros você vai achar?

Não quero uma sociedade dessa, tenho um filho negro, marido negro os meus netos vão ser negros eu não quero um mundo desse para eles. E eu vou trabalhar para que eles se coloquem no lugar que eles queiram estar, não o que é o deles, mas o que quer, para ter liberdade de fato, de que o lugar que ele quiser atingir ele vai poder atingir. Sabe? (Depoimento de Haydee Dandara)

Estereótipos e estigmas interferem na possibilidade desse grupo estar em determinados espaços com igualdade. A fala de Haydee se reporta à incerteza do poder de escolha quanto ao que se quer ser, quanto à sua identidade e isso recai não só sobre ela ou sobre sua família; recai em toda a população negra e, nesse caso, as preocupações de uma mãe que sofreu com toda a estrutura de discriminação, que vê o esposo sofrendo com discriminação, pensa como o filho vai enfrentar isso. Cruz e Souza, poeta brasileiro, jornalista engajado nas questões políticas e literárias de seu tempo, ativista do movimento abolicionista no Brasil⁴², em seu poema feito em 1900, após abolição da escravidão, fala de um sentimento parecido com o que foi retratado pela Haydee Dandara. A sombra disso, percebe-se que os sentimentos que circulavam em 1900, retratados no poema intitulado “Meu Filho”, são bem similares aos de hoje. Assim seguem alguns trechos do poema.

Minh 'alma fica presa e se debate ansiosa,
Em vão soluça e clama, eternamente presa
No segredo fatal dessa flor caprichosa,
Do meu filho, a dormir, na paz da Natureza.

⁴² GELEDÉS. INSTITUTO DA MULHER NEGRA. 111 ANOS SEM CRUZ E SOUZA. 2009. Disponível em: < <https://www.geledes.org.br/111-anos-sem-cruz-e-sousa/>>. Acesso em: 05 de 12 2017.

Minh 'alma se debate e vai gemendo affita
No fundo turbilhão de grandes ânsias mudas:
Que esse tão pobre ser, de ternura infinita,
Mais tarde irá tragar os venenos de Judas!

Por que tantas prisões, por que tantas cadeias
Quando a alma quer voar nos paramos liberta?
Ah! Céus! Quem me revela essas Origens cheias
De tanto desespero e tanta luz incerta!

Pois esse filho meu que ali no berço dorme,
Ele mesmo tão casto e tão sereno e doce
Vem para ser na Vida o vão fantasma enorme
Das dilacerações que eu na Minh 'alma trouxe?!

Ah! Vida! Vida! Vida! Incendiada tragédia,
Transfigurado Horror, Sonho transfigurado,
Macabras contorções de lúgubre comédia
Que um cérebro de louco houvesse imaginado!

Meu filho que eu adoro e cubro de carinhos,
Que do mundo vilão ternamente defendo,
Há de mais tarde errar por tremedais e espinhos
Sem que o possa acudir no suplicio tremendo.

Vendo-o no berço assim, sinto muda agonia,
Um misto de ansiedade, um misto de tortura.
Subo e paio dos céus na estrelada harmonia
E desço e entro do Inferno a furna hórrida, escura.

CRUZ E SOUZA

In Faróis, 1900

Assim, a dor que o racismo causa, desde o período colonial até os dias atuais, reflete nas famílias negras como um todo. Somado a isso, o racismo não é apenas uma prática discriminatória; é um sistema de dominação social porque influencia diferentes aspectos nas vidas de determinados grupos. Ele também determina como os atores nos espaços públicos e privados vão tratar a população negra, “além de reproduzirem o ideário social que legitima a subordinação”. Assim, esses sistemas de subordinação social são responsáveis pela criação de desigualdades de status material e de status cultural e “justifica hierarquias de status entre grupos sociais” provocando desvantagens para alguns que, no caso em estudo, é a população negra em especial a mulher negra, e preservam a compreensão de que os oprimidos são os inferiores, são os errados⁴³. O racismo inibe a possibilidade de viver com liberdade, e atravessam essas mulheres e seus familiares determinando os espaços e lugares, mantendo arranjos e diminuindo direitos. Haydee Dandara segue dizendo:

Por isso não dá para você parar, eu faço e trabalho com isso todos

⁴³ MOREIRA, A. J. **O que é discriminação?** 2017, p. 33.

os dias ali em casa porque meu marido chega a me dizer que tem lugares que ele não se sente bem, mas é não se sente bem porque ele é negro, ele vê olhares que ele sente isso só ali, então eu trabalho isso dizendo o seu lugar é o lugar que você quiser, se tiver que abrir um barraco, eu abro; eu não quero saber eu quero ter direito, nós temos o direito de estar onde a gente quiser existir. (Depoimento de Haydee Dandara)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, percebe-se que o estudo a partir da interseccionalidade da raça, gênero e classe permite perceber formas de opressão singulares dentre elas a conclusão de que mulheres negras que moram na periferia resistem e insiste nos estudos indo contra a lógica imposta a elas historicamente.

A mobilidade é instrumento e meio fundamental para efetivação de Direitos. Contudo, quando ela não é pensada a partir do cenário que as pessoas vivem, pode funcionar como verdadeiro obstáculo. No presente estudo percebeu-se que há um constante medo de quase todas as entrevistadas em relação à segurança principalmente quando voltam a noite da faculdade. Muitas apontaram o medo de assalto, outras apontaram o medo constante de estupro.

Percebeu-se também que quase todas participantes apesar de estarem cursando o ensino superior demonstram em suas falas que não escolheram, mas sim foram escolhidas, uma vez que só podem ter acesso a educação dentro daquelas condições que foram colocadas, assim não há uma real escolha quanto as universidades, pois antes de chegar a escolha da universidade precisam ver preços mais acessíveis, localidade mais próxima do bairro e mesmo as que ingressam por meio de bolsa deixam em evidencia que entraram porque a nota deu, ou seja, não escolhi fui escolhida a partir da avaliação que é imposta a elas.

O racismo é um sistema de dominação social que influencia diferentes aspectos da vida de determinados grupos. Ele determina como os atores nos espaços públicos e privados. Assim, esse sistema de subordinação social é responsável pela criação de desigualdades de status material e de status cultural. Apareceram como meios de resistência mecanismos de bolsas e auxílios como passe livre, família, amor a profissão, o querer atingir seus objetivos, sonhos e também o trabalho.

Assim conclui-se que: a mobilidade precisa ser pensada para a mulher no bairro e a partir do olhar feminino. É necessário o resgate da importância da mobilidade urbano-periférica, e de se desenhar soluções a partir da participação popular, em especial das mulheres da respectiva região, como forma de equacionar as dificuldades impostas à mobilidade em regiões periféricas. Esse é um dos caminhos possíveis, que podem diminuir os impactos negativos na vida delas e fomentar sua permanência no ensino superior, o que é imprescindível para o desenvolvimento político cidadão e social em um Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

- BORBA, F. da S. **Dicionário de usos do português do Brasil**. São Paulo: Ática, 2002.
- BRASIL, Decreto nº 7.247, de 19 de abril de 1879. **Reforma o ensino primario e secundario no município da Côrte e o superior em todo o Imperio**. Disponível no site: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html>>. Acesso em: 08 jun. 2017.
- BRASIL. Decreto nº 21.076 de 24 de fevereiro 1932. **Código Eleitoral**. Disponível no site: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 out. 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. DF: Senado Federal, 1988. Disponível na internet no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 23 jun. 2017.
- BRASIL. **Proposta de emenda à Constituição da República Federativa do Brasil nº 90/2011**. Disponível na internet no site: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=522343>>. Acesso em: 03 ago. 2015.
- BRASIL. **Plano diretor Estratégico do Município de São Paulo lei nº 16.050 de 2014**. Disponível no site <http://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/PDE_lei_final_aprovada/TEXT0/2014-07-31%20-%20LEI%2016050%20-20PLANO%20DIRETOR%20ESTRAT%20C3%89GICO.pdf>. Acesso em: 12 jun.2017
- BRASÍLIA. “**Dossiê Mulheres Negras: retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil**”, organizadoras: Mariana Mazzini Marcondes et al. IPEA. Instituto de pesquisa econômica aplicada. 2013, p 168. Disponível no site < file:///C:/Users/Renata%20Miranda/Downloads/dossie_mulheres_negrasipea.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017
- FERREIRA FILHO, M. G. da S. **Curso de direito constitucional**. 23.ed. São Paulo: Saraiva 1996.
- GIL, A. C. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**, 2º Ed. Editora Atlas S.A – 1989, p. 206.
- GUIMARÃES, A. S. A. **Racismo e antirracismo no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 2009. Disponível no site: < https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4116181/mod_resource/content/0/A.%20S.%20Guimar%C3%A3es%20-%20Racismo%20e%20anti-racismo%20no%20Brasil.pdf >. Acesso em: 10 nov. 2017.
- GELEDÉS. INSTITUTO DA MULHER NEGRA. **111 ANOS SEM CRUZ E SOUZA**. 2009. Disponível no site: < <https://www.geledes.org.br/111-anos-sem-cruz-e-souza/>>. Acesso em: 05 dez. 2017.
- HENRIQUES, C. da S. **Do trabalho doméstico à educação superior: a luta das mulheres trabalhadoras negras pelo direito à educação superior**. Revista O Social em

Questão - Ano XX - nº 37- Jan a abr./2017, p. 153 a 171. Disponível no site: < http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_37_art_8_Henriques.pdf >. Acesso em: 10 nov. 2017.

MEKARI, D. **Estudo traça panorama da mobilidade urbana de mulheres em São Paulo**. UOL. Disponível no site <<http://portal.aprendiz.uol.com.br/2016/12/20/estudo-traca-panorama-da-mobilidade-urbana-de-mulheres-em-sao-paulo/>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

MENDES, C. E. **Os sentidos de futuro para jovens: por caminhos do capão redondo e do jardim Ângela na periferia paulista**. Disponível no site <file:///C:/Users/Renata%20Miranda/Downloads/mendes_corrigeada-1.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2017.

MOREIRA, A. J. **O que é discriminação?** – Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017, p. 198.

REIS, D. B. **Acesso e Permanência de negros (as) no Ensino Superior: O Caso da UFUBA**. Org.: Maria Auxiliadora Lopes Maria Lúcia de Santana Braga. 1ª Edição – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade: Unesco, 2007, p. 49 a 69. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154587por.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

ROSEMBERG, F. **Ação Afirmativa no Ensino Superior Brasileiro: Pontos para Reflexão, 2009**, p. 25. Disponível no site: < https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2014/09/AcaoO_AFIRMATIVA_NO_ENSINO.pdf >. Acesso em: 05 dez. 2017

SÃO PAULO. Regulamento de 22 de agosto de 1887 da província do Estado de São Paulo. **Regulamento para instrução pública Provincial 1887**. Disponível no site: < http://www.usp.br/niephe/bancos/legis_detalle.asp?blg_id=205>. Acesso em: 23 nov.2017.

SÃO PAULO. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, censo demográfico**. Sistema nacional de informação de gênero. Total de pessoas pretas ou pardas entre 18 e 24 anos de idade que frequentam o ensino superior. Disponível no site <<http://cidades.ibge.gov.br/cartograma/mapa.php?lang=&coduf=35&codmun=350950&idtema=132&codv=v43&search=sao-paulo|campinas|sintese-das-informacoes-2010>>. Acesso em 20 jul. 2017.

SÃO PAULO, PREFEITURA. **BolitimCEInfo Censo Demográfico**, 2010, nº 02, p. 9. Disponível no site <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/saude/arquivos/publicacoes/Boletim_CEInfo_Censo_02.pdf> Acesso em: 25 jul. 2017

SANTANA, Bianca; MARIANO, Jefferson. **Situação da mulher negra na Região Metropolitana de São Paulo: síntese dos indicadores sociais e análises preliminares**. Disponível no site: < http://www.fespsp.org.br/seminarios/anais5/GT12/Situacao_mulher_negra.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2017.

SÃO PAULO. Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. **Dados estatís-**

ticos do Estado de São Paulo. 2017. Disponível no site: < <http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Mapas.aspx>>. Acesso em: 01 dez. 2017

SÃO PAULO. **Secretaria de coordenação das subprefeituras.** Diagnóstico de M'boi Mirim, 2008, p.74. Disponível em: < http://ww2.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/subprefeituras/spmb/dados/diagnosticos_de_mboi_mirim-08_08_08.pdf >. Acesso em: 23 jul. 2017.

SPECIE, P.; VANETI, V. C.; MOUALLEM, P. S. B. A mobilidade das mulheres na cidade de São Paulo. **Informe urbanos.** n° 25 - novembro 2016, Prefeitura de São Paulo. Disponível em: <<http://www5.each.usp.br/web/prof/oipp/noticias/?32/informe-urbano-a-mobilidade-das-mulheres-na-cidade-de-sao-paulo>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

SPINK; BRIGAGÃO; NASCIMENTO; CORDEIRO. **A produção de informação na pesquisa social: compartilhando ferramentas.** Rio de Janeiro: Centro Edelstein. 2014. p 334.

SPINK, P. K. O pesquisador conversador no cotidiano. **Revista de Psicologia Social.** v.20. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822008000400010>. Acesso em: 23 jun. 2017.

VITUNO, J. **A Amostragem em Bola de Neve na Pesquisa Qualitativa: Um Debate em Aberto.** Revista dos pós-graduandos em ciências sociais. IFCH Unicamp. Temáticas, Campinas, 22, (44): 203-220, ago./dez. 2014. Disponível no site: < <https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/tematicas/article/view/2144/1637>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

WERNECK, J. Nossos passos vêm de longe! Movimentos de mulheres negras e estratégias políticas contra o sexismo e o racismo. Revista da ABPN, vol. 1, n. 1, marjun 2010.

MATERNIDADE NO SISTEMA PRISIONAL: DISPOSITIVOS LEGAIS E POSSÍVEIS ALTERNATIVAS AO ENCARCERAMENTO

MATERNITY IN THE PRISIONAL SYSTEM: LEGAL DEVICES AND POSSIBLE ALTERNATIVES TO INCARCERATION

Karina Camargo Boaretto Lopes

Mestre em Educação pela Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Avantis de Ensino Superior (2008). Advogada.

kari_boaretto@yahoo.com.br

Ana Paula Backes

Advogada.

anapbackes@gmail.com

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo realizar uma abordagem a respeito do sistema carcerário feminino brasileiro, com enfoque na invisibilidade social das mulheres encarceradas e de seus filhos menores enquanto inseridos nas casas prisionais. Para tanto, o trabalho busca identificar as legislações nacionais e internacionais que tratam sobre o tema, denunciar as irregularidades vivenciadas e apontar possíveis alternativas ao encarceramento, utilizando da pesquisa bibliográfica-documental, baseando-se em materiais já publicados sobre o assunto e documentos normativos. Os resultados mostram que nos últimos anos se intensificaram as discussões acerca do encarceramento feminino, o que repercutiu no âmbito legislativo, especialmente no que diz respeito à situação das apenadas mães e gestantes. Entretanto, as normas vigentes carecem de aplicação no campo prático, sendo reiteradamente violadas. Por estas razões, se faz necessária a reafirmação constante daquilo que já está previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Dispositivos Legais. Maternidade no Cárcere. Sistema Carcerário Brasileiro.

ABSTRACT

The present study has as objective to realize an approach about the Brazilian female prison system, focusing on the social invisibility of incarcerated women and their minor children while inserted in prisons. For this, the work seeks to identify the national and international laws that deal with the theme, to report the irregularities experienced and point out possible alternatives to incarceration, using bibliographical-documentary research, based on already published materials on the subject and normative documents. The results show that in the last years discussions about female incarceration intensified, which has had repercussions in the legislative scope, especially about the situation of woman incarcerated mothers and pregnant. However, the current norms need to be applied in the practical field, being repeatedly violated. For these reasons, it is necessary to constantly reaffirm what is already foreseen in the Brazilian legal system.

Keywords: Legal Devices. Maternity in the Prison. Brazilian Prison System.

Data de submissão: 30/09/2018

Data de aceitação: 29/07/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. A REALIDADE VIVENCIADA PELAS APENADAS GESTANTES NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. 1.1 A inserção da mulher no mundo do crime. 1.2 O perfil da mulher encarcerada. 1.3 A experiência da maternidade no cárcere. 2. A LEGISLAÇÃO E OS DOCUMENTOS NORMATIVOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS. 2.1 A Lei de Execução Penal e Lei n. 11.942/09. 2.2 O Código de Processo Penal e Lei n. 12.403/11. 2.3 O Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei n. 12.962/14. 2.4 As Regras de Bangkok e de Tóquio. 3. A APLICABILIDADE DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR COMO SUBSTITUTIVA DA PRISÃO PREVENTIVA OU MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Tem crescido nos últimos anos discussões voltadas às motivações que levam ao aumento das taxas da inserção da mulher no mundo do crime, que induzem à consequente busca de soluções e medidas que evitem o encarceramento feminino, principalmente por meio da adoção sistemática de políticas de alternativas penais¹. Estas conquistas são fruto de um amplo debate inserido na sociedade através das lutas do movimento feminista e da criminologia crítica, mais especificamente, mediante a consolidação de uma criminologia crítica feminista brasileira.

De acordo com Mendes², “o reconhecimento da criminologia feminista como um referencial autônomo permite compreender os diferentes contextos de vitimização e de criminalização das mulheres”. Diante disso, a importância da consolidação da criminologia crítica feminista, que vem permitindo compreender as causas da criminalização das mulheres como classe política. Isso se concretiza por meio de uma análise que se atente às especificidades abarcadas em relação às mulheres no sistema penal, através de uma perspectiva de gênero.

Por outro lado, conforme dados do Informações Penitenciárias (Infopen), fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e enviados ao Supremo Tribunal Federal em agosto de 2017, a população carcerária feminina cresceu 698% no Brasil em 16 anos. De todas as mulheres presas atualmente no país, 43% ainda não tiveram seus casos julgados em definitivo e 80% são mães ou responsáveis principais, ou mesmo únicas, pelos cuidados de suas filhas e filhos³.

Conforme salienta Braga⁴ “o problema do exercício dos direitos relacionados à maternidade no sistema prisional não é, na maioria das vezes, criar leis, mas fazer valer as que já existem”. De forma que sejam aplicadas as soluções que já são previstas por meio dos dispositivos legais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, que objetivam evitar o encarceramento ou, ao menos, dar melhores condições às mulheres e a suas filhas e filhos enquanto inseridos no ambiente prisional.

Cumprido salientar que, ainda que para melhor compreender a temática central do presente estudo se façam necessários, para além do enfoque de gênero, recortes mais aprofundados como os de raça e socioeconômico, estes não serão aqui abrangidos. Desse modo, explicita-se que a pesquisa terá como base o eixo de gênero, maternidade e prisão.

¹ BRASIL. Instituto Terra e Cidadania. **Mulheres em prisão**: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. Disponível em <<https://goo.gl/MZgYgG>>. Acesso em 15 ago 2017, p. 10.

² MENDES, S. da R. **(Re)pensando a criminologia**: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. 2012. 284f. Tese (Pós-graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, p. 252.

³ PONTES, F.; MARTINS, H. População carcerária feminina cresce 700% em dezesseis anos no Brasil. Brasília, ago. 2017. **Agência Brasil**. Disponível em: <<https://goo.gl/S9QrQ9>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

⁴ BRAGA, A. G. **Ana Gabriela Braga**: entrevista [mai. 2016]. Entrevistadores: Fabrício Marques e Carlos Fioravanti. São Paulo, 2016. Entrevista concedida à Revista Pesquisa FAPESP.

À vista disso, este trabalho analisa a maternidade no sistema carcerário brasileiro e identifica as legislações nacionais e internacionais que tratam sobre o tema, denunciando algumas irregularidades vivenciadas na prática por estas mulheres e apontando possíveis alternativas ao encarceramento, dividindo-se em três partes.

Inicialmente o estudo trata da realidade das apenadas gestantes no sistema carcerário brasileiro. Em seguida, passa a identificar as mais relevantes legislações e documentos normativos nacionais e internacionais sobre a temática de mulheres no cárcere, em especial às mulheres mães e gestantes.

Por fim, discute a aplicabilidade de concessão de prisão domiciliar como substitutiva da prisão preventiva ou medidas alternativas à prisão para as mães cumprirem as suas penas, evitando o encarceramento.

1. A REALIDADE VIVENCIADA PELAS APENADAS GESTANTES NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Os estabelecimentos prisionais brasileiros são ambientes de exclusão social, espaços de constante perpetuação das vulnerabilidades e seletividades impostas pelo sistema de justiça criminal, em maior escala nas unidades femininas, que são palcos das maiores violações no tangente ao exercício de direitos de forma geral⁵. Portanto, no que diz respeito à realidade vivenciada pelas apenadas gestantes enquanto inseridas nesse sistema que possui uma situação tão precária, não seria diferente.

O sistema penal no Brasil e no mundo foi criado por homens e para homens, e o fato dos índices de mulheres que perpassam por ele se dar em menor escala, em média de 6,3% em esfera nacional e entre 0% e 29,7% em esfera mundial, fez com que as necessidades dessa parcela da população fossem negligenciadas, desconsiderado em seu processo de institucionalização a criação de políticas públicas e construções de unidades prisionais voltadas a atender às necessidades direcionadas ao gênero feminino⁶. Ou seja, o Estado não se atentou a todos os indivíduos que poderiam, eventualmente, virem a ser inseridos nesse sistema, sejam eles homens ou mulheres. Ao invés disso, se rendeu ao que seria mais conveniente, criando espaços moldados à população masculina.

⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Disponível em: <<https://goo.gl/uTHbQp>>. Acesso em 14 ago. 2017, p. 15.

⁶ CERNEKA, H. A. **Homens que menstruam**: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher. Disponível em: <<https://goo.gl/erdHZZ>>. Acesso em: 02 jun. 2017, p. 61.

1.1 A inserção da mulher no mundo do crime

Nas últimas décadas a questão da relação da mulher com a criminalidade e a sua inserção no mundo do crime vem sendo pautada em inúmeros estudos, nos mais variados aspectos. Isso porque é um fenômeno recente e aponta a necessidade de estudos que levem em consideração a perspectiva de gênero no ambiente prisional, assegurando que cesse a invisibilidade referente às necessidades das apenadas e garantindo que sejam atendidos os direitos específicos das mulheres presas⁷.

Em que pese os índices de delinquência feminina estejam revelando-se de maneira inquietante apenas nos últimos anos, não quer dizer que antes não ocorriam. Ativistas da área, que estudam e tem contato diário com o tema, elaboraram uma tese de que a emancipação da mulher como chefe da casa, sem a equiparação de seus salários com os masculinos, tem aumentado a pressão financeira sobre elas e levado mais mulheres ao crime no decorrer dos anos. Tese está que é comprovada pelos dados, pois se tem notícia de que os delitos mais comuns entre as mulheres são aqueles que podem funcionar como complemento de renda⁸.

Como se vê esta política penal seletiva acaba por prender mais um determinado grupo de pessoas, qual seja, desprovido de recursos financeiros, e que passa a ter seus laços afetivos rompidos, por vezes com seus filhos menores.

Nesse viés, adentra a expansão dos debates trazidos pelo movimento feminista, diante de um discurso que visa igualdade entre os gêneros e que se empenha na luta emancipatória das mulheres. O fato de que as mulheres vêm passando a ocupar os mesmos cargos que antes eram majoritariamente ocupados por homens na sociedade, também tem seu reflexo no campo das condutas desviantes.

1.2 O perfil da mulher encarcerada

No que toca as proporções numéricas em relação à população feminina nos ambientes prisionais, segundo dados da 2ª edição do INFOPEN Mulheres, baseado em coleta de dados referentes a dezembro de 2015 e junho de 2016, haviam cerca de 42 mil mulheres no sistema penitenciário brasileiro, o que representa um aumento de 656% em relação a 2000 – a título de comparação, no mesmo período a população masculina cresceu 293%⁹. Destarte evidencia-se que o incremento do gênero feminino nos ambientes prisionais brasileiros apresenta índices preocupantes, de modo que o Brasil ocupa a 4ª posição den-

⁷ FRANÇA, M. H. de O. **Criminalidade e violência**: a inserção da mulher no mundo do crime. Disponível em: <<https://goo.gl/f5Rqxo>>. Acesso em: 30 set. 2017, p. 1.

⁸ QUEIROZ, N. **Presos que menstruam**: a brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 36.

⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: INFOPEN Mulheres. Disponível em <<https://goo.gl/a1rk11>>. Acesso em: 18 jul. 2018, p. 14-15.

tre os países que mais encarceram mulheres no mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia.

Atente-se, ainda, ao perfil das mulheres aprisionadas no sistema carcerário de nosso país, conforme apontam Braga e Angiotti em documento elaborado pela Secretária de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça¹⁰:

Jovem, de baixa renda, em geral mãe, presa provisória suspeita de crime relacionado ao tráfico de drogas ou contra o patrimônio; e, em menor proporção, condenadas por crimes dessa natureza – este é o perfil da maioria das mulheres em situação prisional no Brasil, inclusive das grávidas e puérperas que estão encarceradas nas unidades femininas.

Assim, denota-se que os crimes que levam as apenadas ao sistema prisional, em regra, não são crimes que envolvam violência. Nessa esteira, demonstra o pensamento de Queiroz¹¹, dispondo que “os crimes cometidos por mulheres são, sim, menos violentos; mas é mais violenta a realidade que as leva até eles”. Vez que, na maioria das vezes as mulheres que recorrem à vida delituosa têm histórico de vidas conturbadas, ladeadas por violências e abusos, constatação que, seja dito de passagem, se estende a realidade dos apenados que habitam o sistema carcerário brasileiro de modo geral, para além do recorte de gênero.

1.3 A experiência da maternidade no cárcere

A experiência da maternidade no cárcere traz uma questão que demanda uma preocupação em maior proporcionalidade de idealizadores de políticas prisionais, pois, além das mães que habitam o sistema prisional, se encontra uma população invisível para a sociedade, que cumpre penas sem ter cometido crime algum, que são as filhas e filhos das presas que vivem nas mais diversas e adversas condições nas prisões brasileiras.

Em relação às mulheres gestantes inseridas nas prisões brasileiras, em conformidade com o que pontua Cerneka¹², “há a necessidade de atendimento pré-natal, um parto seguro e escolta no hospital, bem como de um lugar limpo e propício para cuidar de seu recém-nascido”. Esses pontos, todavia, nem sempre são atendidos da forma esperada, isso porque os estabelecimentos prisionais não estão instituídos em nosso país em plena consonância com a legislação vigente.

Por conseguinte, as mulheres gestantes permanecem submetidas à precariedade do siste-

¹⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Op. cit., p. 15.

¹¹ QUEIROZ, N. Op. cit., p. 36.

¹² CERNEKA, H. A. Op. cit., p. 69.

ma prisional, enquanto mantidas em celas superlotadas, sob condições insalubres que são agravadas pela falta de acesso à assistência em saúde, expondo assim tanto a mãe quanto o feto a diversos riscos¹³.

Algumas determinações estabelecidas pela legislação, tais como a proibição do uso da algema durante o parto, o direito a primeira consulta no pré-natal até 120 dias da gestação e a assistência pré-natal, dentre outros, na maioria das vezes, não são devidamente assegurados às presas.

No que se refere ainda ao constrangimento vivenciado por essas mulheres, ressalta-se que a pressão exercida pelos agentes de segurança e a carga de preconceito contra as pessoas presas contribuem para a naturalização, pelos profissionais de saúde das maternidades, de práticas muitas vezes conflitantes com os preceitos éticos da profissão¹⁴.

Além de todo o sofrimento emocional diante do estigma social, ainda passam as mães encarceradas pelo abandono familiar. Esse abandono ocorre tanto por parte dos pais das crianças, o que é em grande parte das vezes justificado pelo encarceramento ocorrer de maneira concomitante, quanto por parte dos demais membros da família.

2. A LEGISLAÇÃO E OS DOCUMENTOS NORMATIVOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

Quanto ao aporte legislativo em relação às mulheres no sistema carcerário brasileiro, em especial às mulheres mães e às gestantes, Braga e Angiotti¹⁵ afirmam que “aponta nos últimos cinco anos, para um incremento nas leis e atos normativos referentes ao sistema penal feminino, com regulamentações precisas e específicas em relação à maternidade e prisão”.

À vista disso, dos relevantes documentos normativos internacionais, que trazem pontos importantes que refletem diretamente na situação das mulheres mães e gestantes inseridas no sistema prisional, os quais o Brasil é signatário, pode-se elencar as Regras de Bangkok e as Regras de Tóquio.

Já em âmbito nacional, dentre as leis e suas recentes alterações que buscam assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência, nomeia-se a Constituição Federal, como legislação basilar, acompanhada da Lei de Execução Penal e as modificações determinadas pela Lei n. 11.942/09, as alterações trazidas pela Lei n. 12.403/11 ao Código de Processo Penal e as mudanças levadas ao Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 12.962/14.

¹³ SPINOLA, P. F. **A experiência da maternidade no cárcere**: cotidiano e trajetórias de vida. 2016. 251f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Reabilitação) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 12.

¹⁴ LEAL, M. do C. *et al.* **Nascer na prisão**: gestação e parto atrás das grades no Brasil. Disponível em: <<https://goo.gl/Qp3dPw>>. Acesso em: 10 jun. 2017, p. 2.068.

¹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Op. cit., p. 29.

2.1 A Lei de Execução Penal e Lei n. 11.942/09

No tocante à execução penal no Brasil, esta só foi jurisdicionada em 1984, com o advento da Lei de Execução Penal (LEP), antes dela a execução da pena era realizada exclusivamente pela via administrativa e era delegado ao Poder Administrativo o encargo de executar a pena, enquanto o Poder Judiciário era responsável por julgar o crime praticado e extinguir a execução da pena. A partir da vigência da LEP, o Brasil passou a adotar a forma mista de executar, de forma que a competência é distribuída aos Poderes Executivo e Judiciário, possuindo cada um com suas atribuições previamente estabelecidas pela lei¹⁶.

Consoante se extrai do art. 1º da própria LEP, a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

No que se refere às disposições legais introduzidas pela LEP especificamente voltadas às apenadas mães e gestantes introduzidas nos estabelecimentos prisionais, observa-se relevantes mudanças relativamente recentes. Estas mudanças foram introduzidas pela Lei n. 11.942/09, a fim de assegurar a essas mulheres e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Nessa linha, na área da saúde, a legislação em questão assegura em seu art. 14, § 3º, o acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Com relação aos estabelecimentos penais destinados a mulheres, de acordo com o art. 83, em seus parágrafos §§ 2º e 3º, estes devem ser dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo até seis meses de idade, bem como deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas.

Já no que diz respeito às celas dos ambientes em que as condenadas serão alojadas nas penitenciárias nacionais, além dos requisitos básicos dispostos no art. 88 da LEP e que são comuns a ambos os sexos, através do art. 89 os legisladores buscaram atender as particularidades das mulheres. Alinhando na teoria que as penitenciárias de mulheres devem ser dotadas de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 89 e seus incisos instituem como requisitos básicos da respectiva seção e da creche o atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas e o horário de funcionamento que garanta melhor assistência à criança e à sua responsável. Além disso, com fulcro no art. 117 e seus III e IV, somente se admitirá o recolhimento da beneficiária de regime aberto em residência particular quando se tratar de condenadas com filho menor ou deficiente físico ou mental e condenadas gestantes.

As disposições que visam atender às especificidades decorrentes do gênero feminino se coadunam com o princípio constitucional da igualdade, que pressupõe que as pessoas

¹⁶ NUNES, A. **Da execução penal**, 2013.

colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”¹⁷. Assim, o legislador ao acrescentar na LEP e nas demais legislações disposições legais que visaram se atentar a uma realidade vivenciada tão somente pelo gênero feminino, tal qual a maternidade, se atentou ao que remete o princípio supramencionado.

2.2 O Código de Processo Penal e Lei n. 12.403/11

O Código de Processo Penal rege o processo penal em todo o território brasileiro, e com o advento da Lei n. 12.403/11, alterações também foram nele introduzidas. Dessa maneira, com fulcro nos incisos II, III e IV do art. 318, poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar. Essa medida será aplicada quando a agente for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência, gestante ou mulher com filho de até doze anos de idade incompletos, mediante prova idônea do respectivo requisito alegado. Significa dizer que as apenadas gestantes que cumprissem o requisito imposto pela legislação poderiam ter a decretação de substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Todavia, não obstante exista a disposição legal que enseje essa possibilidade favorável às apenadas mães e gestantes, há uma cultura do encarceramento e uma mentalidade punitivista que dificulta a efetivação dos direitos já constituídos e até mesmo a criação de novas formas alternativas para se pensar as questões jurídicas, as penas e as políticas¹⁸. De modo que, ainda que existam os dispositivos legais favoráveis a essas mulheres, deparar-se-á com a sua não aplicabilidade nos casos práticos.

2.3 O Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei n. 12.962/14

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi promulgado em 13 de julho de 1990, a fim de dispor sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. No ECA, as mudanças são ainda mais recentes e foram introduzidas pela Lei n. 12.962/14. Referida legislação alterou o art. 19, § 4º, objetivando garantir a convivência da criança e do adolescente com a mãe privada de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

Estabelece, ainda, o art. 23, § 2º, que a condenação criminal da mãe não implicará a destituição do poder familiar, com exceção da hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.

¹⁷ NERY JÚNIOR, N. Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999, p. 42.

¹⁸ SPINOLA, P. F. Op. cit., p. 15.

2.4 O Decreto n. 9.370/18

Ainda, “considerando a necessidade de implementar melhorias no sistema penitenciário brasileiro e promover melhores condições de vida e a reinserção social às mulheres presas”¹⁹, com fulcro no artigo 84, inciso XII, da Constituição da República, a Presidência da República promulgou o Decreto n. 9.370/18, em 11 de maio de 2018, objetivando conceder indulto especial e comutação de penas às mulheres presas, por ocasião do “Dia Das Mães”.

Desse modo, na linha do Decreto n. 9.246/2017²⁰, porém em caráter mais abrangente e atento ao recorte de gênero, o ato normativo em comento buscou prestigiar a condição excepcional da mulher presa, surtindo seus efeitos, mediante o preenchimento de determinados requisitos, a: mães e avós condenadas, com crianças que necessitem de seus cuidados ou com deficiência; gestantes; condenadas que sofreram aborto espontâneo dentro da unidade prisional; indígenas condenadas; transexuais com a devida alteração no registro civil competente; mulheres submetidas à medida de segurança; mulheres idosas de 60 anos ou jovens menores de 21 anos condenadas; mulheres deficientes condenadas e as diagnosticadas com doenças crônicas graves ou doenças terminais; mulheres condenadas por tráfico privilegiado; e, mulheres com condenações inferiores à oito anos.

Por fim, vale mencionar que no Decreto 9.370/18 optou-se, como regra, por beneficiar apenas aquelas cujas condenações não tenham sido em decorrência de prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, excetuando-se do preenchimento desse requisito tão-somente o seu cabimento para gestantes, ex-gestantes vítimas de aborto natural e as submetidas à medida de segurança. Além disso, para a concessão da benesse, em caráter geral, e, por conseguinte, cumulativo, exigiu-se não constar punição advinda de prática de falta grave nos últimos 12 (doze) meses anteriores a sua publicação.

2.5 As Regras de Bangkok e de Tóquio

No campo internacional atenta-se a um documento normativo internacional de extrema importância aprovado em dezembro de 2010, composto por normas das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para as mulheres infratoras, denominado Regras de Bangkok. Dentre essas regras, afirma especialmente a necessidade de garantia dos direitos das mulheres presas e de suas filhas e filhos²¹.

O referido documento aborda questões como instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes; nos casos

¹⁹ BRASIL. **Concede indulto especial e comutação de penas às mulheres presas que menciona, por ocasião do Dia das Mães.** Decreto n. 9.370, de 11 de maio de 2018. Disponível em <<https://bit.ly/2YWZZQE>>. Acesso em 18 jul. 2019.

²⁰ Concede indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências.

²¹ SPINOLA, P. F. Op. cit., p. 14.

de mulher presa acompanhada de criança, esta também deverá passar por exame médico, preferencialmente por um pediatra, para determinar eventual tratamento ou necessidades médicas; a não aplicação de sanções de isolamento ou segregação disciplinar a mulheres gestantes, nem a mulheres com filhos/as ou em período de amamentação, dentre inúmeras outras, que buscam assegurar um melhor tratamento das mulheres prisioneiras.

Já com relação às Regras de Tóquio, trata-se de um tratado internacional a fim de instituir normas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade, objetivando assegurar às pessoas submetidas à pena privativa de liberdade condições de ensejar recursos a fim de que possam cumprir a sua pena através de meios alternativos ao encarceramento.

3. A APLICABILIDADE DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR COMO SUBSTITUTIVA DA PRISÃO PREVENTIVA OU MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO

Observa-se nesse tópico de maneira crítica a forma que é tratada a aplicabilidade de concessão de prisão domiciliar como substitutiva da prisão preventiva ou medidas alternativas à prisão, que encontram escopo em dispositivos legais vigentes e, de maneira mais recente, na decisão proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, através do *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP.

No que concerne ao encarceramento de pessoas, o pensamento salientado por Bittencourt²²:

A ONU, que tem [seguramente deveria ter] a pessoa humana como seu eixo fundamental de preocupação, na medida em que não se consegue eliminar a prisão, há tempos vem dedicando sua atenção ao *encarcerado*. E não é para menos, porque se sabe que a prisão, como resultado final do exercício do poder punitivo, como *factum* que é, constitui uma sementeira de arbitrariedades, de violência e de corrupção.

Partindo dessa problemática, de um ponto de vista geral ligado ao punitivismo como última saída às pessoas que praticam condutas delituosas na sociedade, adentraram as possibilidades alternativas ao aprisionamento.

A respeito das alternativas ao aprisionamento feminino, as Regras de Bangkok, por exemplo, determinam que as especificidades de gênero precisam ser devidamente observadas pelos gestores e membros do sistema de justiça, o que em massiva parte dos casos não ocorre. Eles, por sua vez, devem priorizar todas as medidas alternativas à prisão nesses

²² BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas, 2011, p. 18.

casos²³. Isso porque, na prática, não raros são os casos de mulheres que, em tese, têm condutas desviantes e se encontram em período gestacional, por exemplo, e ainda que preencham algum requisito legal que autorize a aplicação de uma medida alternativa ao seu encarceramento, acabam inseridas no ambiente prisional.

Por esse ângulo, o aumento crescente do número de gestantes, puérperas e mães encarceradas, é prova inequívoca de que o sistema de justiça criminal vem denegando a aplicação de dispositivos legais que dispõem em sentido contrário ao uso de prisão para essas mulheres. E, se recomendam dessa forma, é porque o melhor caminho para o exercício da maternidade sempre se dará fora da prisão — tanto às mães, que não serão submetidas a essa função em período integral, quanto às filhas e filhos dessas mulheres, que não precisarão ser submetidos a uma pena privativa de liberdade em seus momentos iniciais de vida sem terem perpetrado crime algum —, resolvendo grande parte dos problemas relativos a essa questão. Contudo, sabe-se que esse pensamento ainda causa estranhamento à sociedade, pois por muito tempo o sensacionalismo midiático vende a ideia da cultura do encarceramento como solução mais eficaz.

As Regras de Bangkok enfatizam, também, que o juiz, ao sentenciar ou aplicar medidas cautelares a uma mulher gestante ou a uma pessoa que seja fonte principal ou única de cuidado de uma criança, sempre que possível e apropriado deve dar preferência para a aplicação de medidas não privativas de liberdade, devendo considerar a imposição de penas privativas de liberdade somente nas hipóteses de crimes graves ou violentos²⁴. Importante sobrelevar que a porcentagem numérica de mulheres que vão presas pela prática de crimes graves ou violentos é irrisória, vez que na maior parte das vezes às apenadas são imputados crimes relacionados ao tráfico de drogas ou contra o patrimônio.

Considerando o exposto, instrui Cerneka²⁵, “já passou a hora de ver que a prisão não é a solução para todos os delitos e nem para todos os infratores”. Justamente por isso, os magistrados precisam se atentar aos casos concretos e verificar se motivam a aplicabilidade de prisão domiciliar e medidas cautelares diversas ao aprisionamento, respeitando o aparato legislativo sempre que enseje possibilidade favorável a essas mulheres e a suas filhas e filhos.

No que diz respeito à convivência e à manutenção dos laços familiares entre as mães presas e as suas filhas e filhos, 62% dessas mulheres referem-se como mães solteiras²⁶. Ou seja, essas crianças dependem de suas mães como fonte principal ou até mesmo como única fonte para sua subsistência, e uma mãe estar longe de seu filho, bem como um filho estar longe de sua mãe, são realidades que machucam.

Além de que, em razão do encarceramento, decorrem consequências que vão além dos efeitos traumatizantes nos filhos e filhas das mulheres presas enquanto custodiados pelo

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Disponível em <<https://goo.gl/yaXT5M>>. Acesso em 15 ago. 2017, p. 10.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Op. cit., p. 16.

²⁵ CERNEKA, H. A. Op. cit., p. 69.

²⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Op. cit., p. 44.

Estado. Um exemplo é o risco da guarda permanente das crianças, isso porque após a saída do estabelecimento prisional o Estado impõe exigências para que retornem a conviver com as suas genitoras, que são dificilmente conquistadas de imediato por alguém que possui antecedentes criminais, tais como a comprovação de emprego e residência fixos²⁷. Diante disso, as mulheres vivem em constante estado de apreensão porque além de não poderem acompanhar a vida de seus filhos momentaneamente, correm o risco de perdê-los de modo definitivo.

Nos casos das gestantes, que vivem na companhia de seus filhos no cárcere, de acordo com dados de 2015 sabiam-se da existência de apenas cerca de sessenta berçários e creches em todo o sistema carcerário feminino brasileiro. Portanto, na inexistência de vagas nesses locais, quando possível o procedimento adotado era de enviar as lactantes para berçários improvisados nas penitenciárias, onde elas teriam a possibilidade de ficar com o filho e amamentá-lo²⁸. Entretanto, essa hipótese só ocorria havendo a possibilidade de deslocamento. Enquanto as demais que não podem dispor de procedimentos como esses não têm alternativa senão expor às crianças as mesmas condições subumanas em que são submetidas.

Embora tenha sido identificado um crescimento importante na atenção conferida pelo poder público ao encarceramento feminino, objetivando dirimir os efeitos causados às mulheres criminalizadas, boa parte da sociedade ainda protesta contra a aplicação de direitos humanos aos indivíduos que cometem delitos. Ou, ainda, indagam se este tipo de diferenciação não estaria sendo discriminatório para o homem²⁹.

Ora, os pontos supracitados não merecem prosperar. O primeiro em razão dos direitos humanos serem inerentes a todos os humanos, independentemente de seus eventuais atos desviantes. E o segundo porque, desde o início de sua institucionalização, as prisões foram construídas pensando exclusivamente nos homens, como ocorre em regra em diversos espaços da sociedade, e só agora o poder público busca consertar esse erro.

Além disso, significativo relembrar que a maior parte da população feminina vai parar nas cadeias em decorrência de seu envolvimento com drogas, portando quantias mínimas. Muitas são usuárias ou dependentes, contudo essa condição é apurada somente ao final do processo após terem permanecido presas. Em razão disso, nasce uma necessidade urgente de criação de políticas públicas objetivando o tratamento de dependência química. Por conseguinte, a implementação de programas de apoio psicossocial, programas terapêuticos e grupos de autoajuda, consultas para lidar com dependência química, saúde mental, abuso sexual, violência doméstica, e programas para ser mãe, que ajudem essas mulheres e seus filhos a lidarem com o trauma psicológico de abusos pré e pós encarceramento³⁰.

Quer dizer, diante da ausência dessas políticas sociais específicas para a mulher encarcerada, chama atenção o descaso do poder público em relação as práticas que visem à reinser-

²⁷ CERNEKA, H. A. Op. cit., p. 70.

²⁸ QUERIZ, N. Op. cit., p. 43.

²⁹ CERNEKA, H. A. Op. cit., p. 64.

³⁰ CERNEKA, H. A. Op. cit., p. 70.

ção das mães privadas de liberdade a sociedade livre.

Em 20 de fevereiro de 2018, foi proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP, decisão que pode ser considerada como marco jurisprudencial histórico no que diz respeito ao tema do presente estudo. A impetração perante a Suprema Corte se deu em razão das reiteradas decisões decretando a prisão cautelar em casos concretos envolvendo apenadas mães e gestantes, quando presentes os requisitos legais que ensejam a sua conversão pela prisão domiciliar.

O *Habeas Corpus* 143.641/SP foi impetrado, inicialmente, pelos membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHU). Todavia, ao final da demanda, figurou como legitimada ativa a Defensoria Pública da União, tanto pelo caráter de abrangência nacional da decisão, quanto pela utilização por analogia ao cabimento de mandado de injunção coletivo, no qual consta a Defensoria Pública no rol do art. 12 da Lei 13.300/16. Como pacientes do *writ* constam “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças”.

A medida judicial supracitada teve como relator o Ministro Ricardo Lewandowski e duas foram as principais discussões levantadas na decisão. A primeira com relação ao cabimento do *Habeas Corpus* em caráter coletivo, o qual foi recepcionado por analogia ao mandado de injunção coletivo, sendo que uma das considerações favoráveis ao cabimento do *writ* suscitadas pelo relator do processo foi a “existência de relações sociais burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis”. A segunda relacionada ao mérito, em que foi concedida, por maioria dos votos, a ordem para determinar a substituição da prisão cautelar pela domiciliar de todas as apenadas enquadradas como pacientes do remédio. Por extensão da ordem, de ofício, a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães crianças e de pessoas com deficiência, bem como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional. Restaram excetuados da decisão os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou ameaça, contra seus ascendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, mediante fundamentação do magistrado que denegar o benefício.

Ademais, ficou instituído, pelo caráter de urgência da aplicação do mérito de decisão, o prazo máximo de 60 dias contados de sua publicação para a implementação de modo integral das determinações estabelecidas no julgamento.

Ainda que louvável a decisão emanada pela Suprema Corte e sem retirar o seu devido valor, cumpre ressaltar que, com relação ao julgamento de seu mérito, ela não foi muito além de reafirmar direitos já amparados pelos dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais se encontram os expostos no tópico anterior, que vinham sendo reiteradamente violados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo exposto foi possível concluir que as mulheres em situação de privação de liberdade possuem seus direitos e garantias protegidos amplamente pela lei, contudo, esses são constantemente violados. A situação é notadamente ainda mais grave quando se tratam de mulheres gestantes e mães, uma vez que também passam a serem violados direitos garantidos às crianças. Contudo, limitar a discussão ao questionamento de se é mais adequado manter a criança no estabelecimento prisional com a mãe ou deferir a genitora a prisão domiciliar é reduzir um problema que é muito mais complexo.

Além disso, esta discussão tem sua origem no modelo de sociedade adotado em nosso país, que consequentemente levou nossos estabelecimentos prisionais a serem pensados para homens, sem atender as demandas das mulheres. Porém, a questão não se limita aí, visto que as políticas públicas não foram efetivadas nos anos que se passaram e, atualmente, o quadro permanece degradante.

Destarte, mais do que deferir a prisão domiciliar as mulheres é preciso pensar, repensar e efetivar políticas públicas de proteção e inclusão. O número de mulheres encarceradas, como se pode ver, aumentou de modo alarmante e este fato está diretamente relacionado à seletividade de um sistema que reforça a exclusão.

Conforme adverte Braga³¹, “a academia está longe de sentir na pele o drama da prisão, mas não pode se eximir de retratá-lo como produção concreta da (in)justiça, desde um possível lugar de encontro”. Há muito que se pensar e repensar acerca das problemáticas que transpassam o sistema de justiça criminal, que exigem debates mais aprofundados e específicos, com recortes que envolvam, além do gênero, pilares como os de raça e socioeconômicos, os quais carecem de maior atenção em futuras pesquisas envolvendo a temática.

Não obstante, neste momento, temos a existência de medidas alternativas ao encarceramento. E, para reforçar o seu efetivo cumprimento no campo prático, surge o *Habeas Corpus* 143.641/SP, como importante instrumento para interrupção das reiteradas violações aos direitos humanos sofridos nos ambientes prisionais, sendo o respeito à legislação, tanto em relação à decretação de maneira excepcional da prisão preventiva quanto à sua substituição pela prisão domiciliar, que conduz ao desencarceramento, ao menos o primeiro passo para uma significativa diminuição dos problemas enfrentados pelas mães no sistema carcerário brasileiro.

³¹ BRAGA, A. G. M. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. **Revista Direito GV**, 2015, p. 523-546.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRAGA, A. G. M. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 523-546, jul./dez. 2015.

BRAGA, A. G. **Ana Gabriela Braga**: entrevista [mai. 2016]. Entrevistadores: Fabrício Marques e Carlos Fioravanti. São Paulo, 2016. Entrevista concedida a Revista Pesquisa FAPESP.

BRASIL. **Altera a Lei de Execução Penal**. Lei n. 11.942, de 28 de maio de 2009. Disponível em <<https://goo.gl/Z6hbcs>>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. **Altera o Código de Processo Penal**. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em <<https://goo.gl/2BWVSR>>. Acesso em 24 out. 2017.

BRASIL. **Altera o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 12.692, de 8 de abril de 2014. Disponível em <<https://goo.gl/RAjy5H>>. Acesso em 24 out. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <<https://goo.gl/r9E3ZF>>. Acesso em 24 out. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Disponível em <<https://goo.gl/jqbe3L>>. Acesso em 15 ago. 2017.

BRASIL. **Concede indulto especial e comutação de penas às mulheres presas que menciona, por ocasião do Dia das Mães**. Decreto n. 9.370, de 11 de maio de 2018. Disponível em <<https://bit.ly/2YWZZQE>>. Acesso em 18 jul. 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <<https://goo.gl/uZCGVe>>. Acesso em 24 out. 2017.

BRASIL. Instituto Terra e Cidadania. **Mulheres em prisão**: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. Disponível em <<https://goo.gl/MZgYgG>>. Acesso em 15 ago 2017.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<https://goo.gl/UTzFqu>>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres**. Disponível em <<https://goo.gl/a1rk11>>. Acesso em 18 jul. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em

- situação de prisão. Disponível em: <<https://goo.gl/jAuqTL>>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus* n. 143.641, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018.
- CERNEKA, H. A. **Homens que menstruam**: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher. Disponível em: <<https://goo.gl/kjLdWk>>. Acesso em: 02 jun. 2017.
- FRANÇA, M. H. de O. **Criminalidade e violência**: a inserção da mulher no mundo do crime. Disponível em: <<https://goo.gl/tLvUPA>>. Acesso em: 30 set. 2017.
- LEAL, M. do C. *et al.* **Nascer na prisão**: gestação e parto atrás das grades no Brasil. Disponível em: <<https://goo.gl/ykomt1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.
- MENDES, S. da R. **(Re)pensando a criminologia**: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. 2012. 284f. Tese (Pós-graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.
- NERY JÚNIOR, N. Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.
- NUNES, A. **Da execução penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PONTES, F; MARTINS, H. População carcerária feminina cresce 700% em dezesseis anos no Brasil. Brasília, ago. 2017. **Agência Brasil**. Disponível em: <<https://goo.gl/S9QrQ9>>. Acesso em: 14 nov. 2017.
- QUEIROZ, N. **Presos que menstruam**: a brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras. Rio de Janeiro: Record, 2015.W
- SPINOLA, P. F. **A experiência da maternidade no cárcere**: cotidiano e trajetórias de vida. 2016. 251f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Reabilitação) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo.

A PRISÃO COMO INSTITUIÇÃO DE DESRESPEITO ÀS DIFERENÇAS DE SEXUALIDADE E GÊNERO

PRISON AS INSTITUTION FOR DISREGARD OF SEXUALITY AND GENDER DIFFERENCES

Neon Bruno Doering Moraes

*Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, UNICAP
Servidor da Defensoria Pública da União*

neon.morais@dpu.def.br

Danyelle Do Nascimento Rolim Medeiros Lopes

Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco

danyellerolimlopes@gmail.com

RESUMO

Este estudo propõe uma reflexão sobre a prisão enquanto um ambiente de desrespeito às diferenças de gênero e sexualidade, sendo, portanto, um espaço destinado à violação dos direitos humanos mais sensíveis e intrínsecos do indivíduo, aqueles que orbitam a própria complexidade humana. A maioria dos presídios nacionais não possui acomodações específicas para a população LGBT privada de liberdade, estando este grupo minoritário suscetível às piores barbáries, torturas e violências praticadas pelos outros reclusos. Então, a prisão como instituição de desrespeito às diferenças sexuais imprime a dor e o sofrimento daquelas pessoas que são aprisionadas em um local que não observa questões de gênero e sexo, obrigando-as a uma convivência forçada com pessoas que não respeitam a diversidade e a liberdade sexual.

Palavras-chave: Essência humana. Desrespeito às diferenças de gênero e sexo. Prisão. Violação dos direitos humanos.

ABSTRACT

This study proposes a reflection about prison as an environment of disrespect for gender and sexuality differences, and is therefore a space destined to the violation of the most

sensitive and intrinsic human rights of the individual, those that orbit human complexity itself. Most national prisons do not have specific accommodations for the LGBT population deprived of their liberty, and this minority group is susceptible to the worst barbarism, torture and violence committed by other inmates. Prison as an institution of disrespect for sexual differences thus impresses the pain and suffering of those people who are imprisoned in a place that does not observe gender and gender issues, forcing them to live together with people who do not respect diversity and sexual freedom.

Keywords: Human essence. Disrespect for gender and sexuality issues. Prison. Violation of human of rights.

Data de submissão: 31/10/2018

Data de aceitação: 15/05/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. POR UMA ABORDAGEM CONTEMPORÂNEA DA SEXUALIDADE 2. OS PRESÍDIOS BRASILEIROS E OS DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO LGBT. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Toda expressão humana é guiada pelo contexto histórico-social da época à qual se insere, o que não significa dizer que a trajetória da humanidade é delimitada por um método disciplinado e contínuo de evolução. O direito, como qualquer outra edificação humana, retrata a realidade social cravada por interesses e anseios sociais da ocasião, mas, de uma hora pra outra, pode tomar rumos imprevistos e desconhecidos.

O processo de transformação da sociedade é descontínuo e assimétrico. Portanto, qualquer tentativa de se construir uma interdependência entre os momentos históricos acarretaria num reducionismo na compreensão do mundo. Os direitos humanos e a própria estruturação do direito penal são reflexos do ideal de mundo promovido pela sociedade moderna, capitalista e organizada, mantendo-se sob a forte influência da cultura ocidental.

O sentido de dignidade humana emerge da história, ou seja, dota de significado de acordo com a cultura da época – é determinado em dado tempo e lugar. O positivismo inaugurado com a Revolução Francesa de XVIII confluindo com os objetivos do Estado culmina com uma interpretação do direito em sua literalidade, própria dos valores liberais do período. A partir daí muitas teorias do pensamento jurídico contemporâneo foram elaboradas, a exemplo do normativismo e o pós-positivismo.

É bem verdade que as leis, em sua literalidade, não se aprofundam nas questões de

sexualidade e gênero, assim como o sistema punitivo está estruturado para trabalhar apenas com os dois sexos tradicionais prevalentes na sociedade, quais sejam: “homem” e “mulher”. Não é sem razão que dizem que as instituições prisionais brasileiras são marcadas pelo dimorfismo sexual¹.

No âmbito do direito, segundo Foucault² isso acarreta o desaparecimento da livre escolha, pois não “cabe mais ao indivíduo decidir o sexo a que deseja pertencer jurídica ou socialmente; cabe ao perito dizer que sexo a natureza escolheu, e que conseqüentemente a sociedade exigirá que ele mantenha”.

O público LGBT³ encontra-se em um processo de luta para o seu reconhecimento na coletividade, contudo, as mudanças são lentas e dependem, para atingir plenitude, da aceitação dos demais componentes da sociedade – aceitabilidade social. Então, se para os cidadãos libertos já é difícil ter sua modalidade de ser reconhecida, pior é a situação daqueles que estão privados de liberdade.

Na maioria dos Estados brasileiros existem tão somente presídios femininos e masculinos, excetuando-se pouquíssimos presídios que já instituíram a “ala gay”. Percebe-se, portanto, a influência da predominante abordagem tradicional da sexualidade na política criminal nacional, que vincula o sexo a somente aspectos naturais e biológicos, como o padrão genital e o genético.

O presente trabalho pretende estimular a reflexão dos leitores sobre o sistema penal vigente e os direitos humanos da população LGBT presa, nomeadamente em relação aos aspectos que “identificam” e/ou “orientam” o ser humano em sua sexualidade e/ou gênero. Propõe-se, ainda, ampliar a discussão, para além do modelo sexual tradicional, com intuito de fomentar uma reflexão sobre a multiplicidade de gêneros e sexualidades, em uma abordagem que vai além da combinação binária predominante homem-mulher. Para a pesquisa, utilizou-se preponderantemente a pesquisa bibliográfica.

1. POR UMA ABORDAGEM CONTEMPORÂNEA DA SEXUALIDADE

Em contraposição a uma abordagem tradicional da sexualidade, baseados em aspectos biológicos (genitálias) e cromossômicos, Barros⁴ traz à cena uma perspectiva contemporânea, mais preocupada em dar voz às diferenças e atenta à multiplicidade das

¹ DOERING, N. B. D. M; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. Direito e população LGBT em cárcere: uma análise a partir da experiência pernambucana do Complexo do Curado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 145. ano 26. p. 241-280. São Paulo: Ed. RT, julho 2018.

² FOUCAULT, M. **Herculine Barbin**: O diário de um hermafrodita, 1982, p. 3.

³ Assim como Bruno Doering (2018, p. 17-18), a denominação LGBT foi utilizada como estratégia político-jurídica para referir-se às pessoas cuja expressão ou comportamento contestam a heterossexualidade e, portanto, desafiando as noções de gênero binário.

⁴ BARROS, J. D'A. **Igualdade e diferença**: Construções históricas e imaginárias em torno da desigualdade humana, 2016.

experiências humanas. O historiador e musicólogo brasileiro José d'Assunção Barros, baseado nos estudos contemporâneos sobre gênero e sexualidade de Michel Foucault e Judith Butler, percebe que não somente o gênero é construído, mas também o sexo, mesmo naquilo que parece pertencer à estrutura da natureza humana.

Segundo Butler, faz-se necessário historicizar o sexo e o corpo, porque apenas assim é possível desmontar o modelo heteronormativo e subverter a ordem compulsória heterossexual de coerência entre sexo, gênero e desejo. A autora assevera que “talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revelasse absolutamente nenhuma”⁵. Desta maneira, a filósofa estadunidense desconstrói a ideia primitiva de que o sexo é algo natural (naturalmente adquirido), enquanto o gênero é socialmente construído, ao ponto de desagregar a ingênua e arbitrária dualidade sexo/gênero.

Michel Foucault⁶ aborda a questão da homossexualidade como produto de um discurso de “verdade” e poder. Os homossexuais precisavam ser moralmente controlados: antes tidos como delinquentes (criminosos), por volta de 1870 foram considerados doentes pelo discurso médico.

No século XIX era atribuída ao homossexual uma imagem (perfil-tipo) socialmente desqualificadora – “essa imagem, com a aura repulsiva que a envolve, percorreu séculos” e até hoje atinge aqueles que entram em conflito com a lógica binária⁷.

Não curiosamente, Foucault, ao apresentar o livro **Herculine Barbin: o Diário de um Hermafrodita** problematiza a questão ao perguntar: “precisamos verdadeiramente de um verdadeiro sexo?” Em outras palavras, é realmente necessário que o sexo e/ou gênero defina a posição social/moral de dado sujeito?⁸

Como se depreende, a construção dos corpos – e a divisão entre aqueles que importam ou não⁹ – é um mecanismo sócio-histórico-cultural, tudo isso tem mais a ver com a formação das relações de poder do que com aspectos biológicos. Barros¹⁰ (de modo a simplificar a questão, assimila essa multiplicidade de manifestações sexuais e de gênero (em trânsito) como construções de “modalidades de ser” (não fixas e/ou estáveis): são fenômenos inevitáveis e inerentes ao ser humano.

Bruno Doering, que desenvolveu uma pesquisa de campo multissituada sobre a população GBT privada de liberdade no estado de Pernambucano, em certo momento, afirma que os sujeitos são “atravessados pela indeterminação e pela instabilidade”, “não se fixam em

⁵ BUTLER, J. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**, 2003.p 25

⁶ FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**, 1984. cap. 16, p. 243-76: sobre a história da sexualidade

⁷ FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. 4. ed. Rio de Janeiro, Graal, 1984. cap. 16, p. 243-76: sobre a história da sexualidade.

⁸ FOUCAULT, M. **Herculine Barbin: O diário de um hermafrodita**, 1982, p. 1

⁹ Os corpos que pesam (importam) ao materializar a norma regulatória heteronormativa (BUTLER, 2016).

¹⁰ BARROS, J. D'Assunção. **Igualdade e diferença: Construções históricas e imaginárias em torno da desigualdade humana**, 2016.

papéis de sexualidade e gênero previamente estabelecidos, mas, pelo contrário, podem transitar a qualquer momento em outro sexo ou em outro gênero”. A verdade é: “pessoas habitam identidades e não se cristalizam nelas”.¹¹

Dentro dessa uma perspectiva contemporânea de sexualidade, Barros¹² sinaliza dois contrastes, quais sejam: igualdade e diferença; e igualdade e desigualdades. Enquanto no primeiro enfatiza as “modalidades de ser”¹³, o segundo normalmente trata de aspectos circunstanciais, por exemplo, o tratamento que é conferido às pessoas pelo direito e pelas instituições.

Em suma: no contraste igualdade e diferença existe uma contrariedade e a oposição decorre da própria constituição do ser humano – que, mesmo quando parecidos, são diferentes; já o contraste igualdade e desigualdade, que acontece no âmbito das circunstâncias (por exemplo, no tratamento conferido pelas instituições sociais), é produzido no interior de um processo (possui uma história) e decorre, principalmente, das relações sociais de poder.

Quer-se dizer que as diferenças não podem ser evitadas, porque são pertencentes ao mundo humano: as modalidades de ser (ou não ser) são produzidas culturalmente e normalmente estão atreladas à diversidade/multiplicidade – fazem parte da construção do sujeito, que é, em si, instável. É por isso que lutar contra a diferença significa tentar combater algo intrínseco ao mundo humano – mais fácil seria render-se à diversidade humana.

É importante que se compreenda que as múltiplas manifestações de gêneros e sexualidades resultam das diferenças que existem entre as pessoas. Segundo Barros¹⁴, essas manifestações não decorrem de posições contraditórias, porque, se assim fossem, se estaria a legitimar a abordagem tradicional de sexualidade – o que não se deseja fazer – e, conseqüentemente, os seus dois únicos polos legítimos e legitimados (“homem” e “mulher”). O resultado dessa operação seria marginalizar a diferença, que passaria a ser considerado um desvio às regras de gênero e sexuais. Confira-se:

Quando se fala em contradições (em circunstâncias), passa-se a ideia de algo que pode ou deve ser superado; quando [...] estamos [...] no âmbito de diferenças que se afirmam com o mesmo grau de legitimidade. As desigualdades sexuais (as discriminações contra a

¹¹ MORAIS, N. B. D. **GBT e Prisões: uma análise criminológico-queer do cárcere pernambucano**. 2018. Dissertação. Mestrando. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. p.18

¹² BARROS, J. D'A. **Igualdade e diferença: Construções históricas e imaginárias em torno da desigualdade humana**, 2016.

¹³ O presente artigo discorre sobre as modalidades de ser (e a construção das identidades) pontualmente, apenas como estratégia para garantia de direitos da população LGBT no cárcere – quer-se dizer que, de maneira alguma, defende a ideia de um sujeito fixado à sua essência humana. Até porque o movimento pós-estruturalista desconstrói aquela noção cartesiana de subjetividade, que acredita fielmente na existência de um indivíduo unificado, estável e imutável. Cumpre assinalar que, estudiosos *queer* tecem críticas a respeito da classificação/categorização dos sujeitos, uma vez que “o surgimento das categorias acontece por contingências históricas, em que são reguladas e tornam-se institucionalizadas” (DOERING, 2018, p. 72).

¹⁴ BARROS, J. D'A. **Igualdade e diferença: Construções históricas e imaginárias em torno da desigualdade humana**, 2016.

mulher ou contra certas formas de expressão sexual) situam-se no plano das contradições e, nesse sentido, podem e devem ser superadas; mas as diferenças sexuais teriam o direito de serem afirmadas, se este for o interesse dos indivíduos a elas relacionados.¹⁵

Portanto, a discriminação contra as mais diversas expressões sexuais situa-se no campo da contradição, e é algo a ser superado; enquanto as diferenças devem ser afirmadas com o mesmo grau de legitimidade. De certo modo, a discriminação é um dos instrumentos da desigualdade, em alguns casos, uma de suas etapas. No entanto, “com ‘perversões’ e ‘desvios’, afirma-se aqui um vocabulário da exclusão; a diferença faz-se desigualdade, torna-se legítimo reprimi-la e útil corrigi-la”.¹⁶ O autor aduz que

Cada diferença sexual, antes vista como desviante, trava o seu combate particular nesta complexa guerra de representações. A trajetória do homossexualismo, percorrendo, na história de sua recepção, nuances que vão do “pecado” e do “crime” à “doença” e ao “estilo de comportamento”, revela uma tenaz luta de representações que, entre avanços e recuos, parece conduzir à sua afirmação como Diferença, e não como Desigualdade (desvio, perversão, doença, crime, pecado).

Consoante ensina Sánchez Rubio¹⁷, cada pessoa é única, com nome e sobrenome, e como sujeito vivo, tem o direito de imprimir significados às suas próprias produções, ou seja, significar e ressignificar realidades e mundos em todos os campos da vida, inclusive sexual e libidinal.

O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos destaca sobre a importância da noção de igualdade que reconheça as diferenças, para que não façam delas um instrumento reprodução de desigualdades. Conforme Santos¹⁸, “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”.

Diante disto, percebe-se a importância das instituições punitivas em assimilar os direitos humanos em sua perspectiva emancipadora e libertadora, assim como reconhecer que os seres humanos são plurais e diferentes. Destinar espaços adequados, também no ambiente

¹⁵ BARROS, J. D’A. **Igualdade e diferença**: Construções históricas e imaginárias em torno da desigualdade humana, 2016, p. 55

¹⁶ BARROS, J. D’A. **Igualdade e diferença**: Construções históricas e imaginárias em torno da desigualdade humana, 2016, p. 56

¹⁷ SÁNCHEZ RUBIO, D. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁸ SANTOS, B. de S. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade, 2003, p. 56

prisional, para toda e qualquer realidade sexual, é se render à própria diversidade humana.

Note-se que os estabelecimentos prisionais devem ser pensados a partir da abordagem contemporânea da sexualidade, pois atualmente “são instituições marcadas pelo dimorfismo sexual, ou seja, separadas por sexo – presídios ‘masculinos’ e ‘femininos’”, e por isso mesmo submetem pessoas rotineiramente à violência de gênero¹⁹.

Após ter sido constatada a situação caótica do Complexo Prisional do Curado (de grave violação aos direitos humanos dos reclusos), a Defensoria Pública da União em Pernambuco (DPU/PE) participou de uma reunião para verificar o cumprimento das medidas provisórias e cautelares impostas ao Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Dentre as violações discutidas, apontou-se a falta de espaço de convivência para a população vulnerável, principalmente para a população LGBT privada de liberdade.

Chaib²⁰ destaca que, até recentemente, somente os estados de Minas Gerais, Paraíba, Mato Grosso e Rio Grande do Sul destinavam espaços para os detentos homossexuais (alas/pavilhões LGBT). Segundo a autora, a população LGBT (sobretudo travestis, transexuais e gays) é rotineiramente vítima de abusos nos presídios, por isso o cumprimento da pena privativa de liberdade deve acontecer em locais (alas/pavilhões) separados dos outros detentos. Segundo o conselheiro do CNJ Guilherme Calmon, “trata-se do grupo mais sujeito a violações. É a parcela mais vulnerável. Por isso, a criação das alas pode vir a ser uma recomendação do CNJ”. Para o conselheiro, a criação desses espaços, além de prevenir a violência, permite o reconhecimento da pessoa como ela se vê²¹.

2. OS PRESÍDIOS BRASILEIROS E OS DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO LGBT

O poder punitivo nas mãos do Estado revela o consentimento da sociedade em transferir para uma entidade soberana a regulação das atividades humanas entendidas como crimes, sendo todas elas escritas previamente em códigos e leis extravagantes. O processo criminológico contemporâneo impede uma reflexão aprofundada e complexa dos problemas estruturais do sistema penal adotado.

¹⁹ MORAIS, N. B. D. **GBT e Prisões: uma análise criminológico-queer do cárcere pernambucano**. 2018. Dissertação. Mestrando. Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco- UNICAP. p.16

²⁰ CHAIB, J. **Cadeia exclusiva para homossexuais: Travestis e transexuais de quatro estados, entre eles Minas Gerais, já podem cumprir a pena em espaços separados dos demais detentos**. Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG). Superintendência de Comunicação Integrada. 2013. Disponível em: < file:///C:/Users/Neon/Downloads/Clipping%20Geral%20e%20Espec%20-%2014102013.pdf>. Acesso em: 12 de jul. 2016.

²¹ DIÁRIO DE PERNAMBUCO. 2014. **Travestis e transexuais terão celas exclusivas em presídios**. Disponível em: < <http://blogs.diariodepernambuco.com.br/segurancapublica/?tag=conselho-nacional-de-justica>>. Acesso em: 07 nov . 2016

Pode ser constatada a crise do sistema penal (e de suas instituições, como é o caso do cárcere) não apenas nas condições humilhantes a que são submetidos os presos (quadro estarrecedor de violação massiva dos direitos humanos das prisões brasileiras), mas também na manutenção e prevalência dos interesses de um segmento social privilegiado na escolha das condutas compreendidas como crime e, obviamente, de quem pode praticá-las.

O sistema punitivo, consoante ensina Baratta²², serve para manter a escala social na vertical, selecionando o estrato mais baixo da sociedade. O autor evidencia que o processo de criminalização é atrelado a cultura dominante do capital que blinda classes superiores e estigmatiza segmentos inferiores, deslocando o eixo da criminalização para os setores marginalizados da sociedade. Para o autor, a estrutura verticalizada promovida pelo capitalismo produz contraestímulos a setores inferiores da sociedade, estes obstáculos de acesso de um público estereotipado é o que energiza o sistema de dominação e serve de motor para a discriminação.

O cenário mundial não se mostra propício para mudanças significativas do sistema penal, em especial no Brasil. O sistema penal é uma flagrante ameaça aos direitos humanos, porque a pena (sobretudo a privativa de liberdade) funciona como instrumento de dominação, é seletiva e arbitrária, atua principalmente contra as classes sociais mais fragilizadas, por isso mesmo que se confirma a crise do sistema, sendo as penas aplicadas irracionais – são, na verdade, penas perdidas ²³Eugenio Raúl Zaffaroni afirma, ainda, que “o sentido de ‘crise’ refere-se a uma brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal”.

O discurso sobre os direitos humanos, dentro de uma perspectiva geracional, apesar de contagiante, não serve a todos com a mesma maneira e intensidade. Neste sentido, Sánchez Rubio²⁴ apresenta a faceta de dominação dos direitos humanos que é construída sob a égide da cultura ocidental. O autor defende que a cultura conservadora, aquela proveniente da cultura jurídica ocidental, é simplista, reduzida e provoca passividade, indolência e docilidade, além do mais, não atende todas as reivindicações.

Sánchez Rubio²⁵, bastante atento à dinâmica dos direitos humanos, percebe que por trás de um discurso emancipador – sedutor e encantador –, existe uma lógica de dominação, discriminação e exclusão, através da qual as pessoas são denegridas, vilipendiadas e humilhadas. O autor chama a atenção para a cultura do ocidente, que é considerada, atualmente, a única referência válida – os padrões por ela estabelecidos obstam o reconhecimento de outras corporalidades, porque o ser humano modelo deve ser masculino, proprietário, branco, cristão, maior de idade, europeu e ganhador.

O autor continua, ao afirmar que as instituições na tentativa de melhorar algum aspecto da realidade opressora muitas vezes violenta aquilo que deseja remediar – é o que se denomina de tese da perversidade. Assim funcionam as instituições punitivas, porque

²² BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

²³ ZAFFARONI, E. R. **A situação crítica do penalismo norte-americano**. In: Em busca das penas perdidas, 2001, p. 15

²⁴ SÁNCHEZ R, D. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos**, 2014.

²⁵ SÁNCHEZ R, D. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos**, 2014.

infligem dor para alcançar sua função de reduzir a criminalidade e, conseqüentemente, reduzir a violência e proporcionar segurança pública. Acontece que, dessa essa pretensa “missão” resultam uma série de danos colaterais, que atentam diretamente contra os direitos humanos dos presos.

Na mesma linha de raciocínio, existe a tese da futilidade, que nada mais é do que a imagem ilusória criada dos direitos humanos como universal, isso porque se trata meramente de uma universalidade abstrata – reside apenas no campo das ideias.

Resultado: tudo aquilo que foge ao ser humano modelo, é segregado, ou até, enjaulado. As penitenciárias brasileiras estão abarrotadas de pessoas negras, pobres e de baixa escolaridade. Ademais, os presídios não são organizados para receber, com dignidade, o público LGBT, pois estão programados para trabalhar tão somente com a divisão tradicional baseada no dimorfismo sexual e em muitos casos, apenas programados para lidar com a demanda masculina tendo em vista o fato de o sistema penal ser androcêntrico, pois ele foi fundado para controlar os homens, os quais praticam condutas tidas por masculinas e que em regra geral serão praticadas pelos homens, residualmente recaindo sobre as mulheres.²⁶

É bem verdade que o sistema penal adotado não irá simplesmente evaporar com o fundamento na degradação humana vivenciada pelos presos diariamente nos presídios. Quem sabe um dia, em outro contexto historiográfico, e a depender da reformulação de valores da sociedade, as mudanças ocorram. É por isso da importância de criar espaços de diálogos, onde vozes silenciadas tenham um espaço de fala. Wolkmer²⁷ comenta que os grupos vulneráveis devem tomar consciência da sua condição de vulnerabilidade e lutar, ao invés de quedar-se inerte.

E foi através de um árduo processo de luta que se construiu a primeira “ala gay” no Estado de Minas Gerais, em 2009. O caso de Vitória Rios Fortes incentivou a criação da primeira “ala gay” do Brasil.

[...] era obrigada a ter relação sexual com todos os homens das celas, em sequência. Todos eles rindo, zombando e batendo em mim. Era ameaçada de morte se contasse aos carcereiros. Cheguei a ser leiloada entre os presos. Um deles me ‘vendeu’ em troca de 10 maços de cigarro, um suco e um pacote de biscoitos. [...] Fiquei calada até o dia em que não agüentei mais. Cheguei a sofrer 21 estupros em um dia. Peguei hepatite e sífilis. Achei que iria morrer. Sem falar que eu tinha de fazer faxina na cela e lavar a roupa de todos. Era a primeira a acordar e a última a dormir²⁸

²⁶ BARATTA, A. O Paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana . *In*. CAMPOS, Carmem Hein de (Coord.) **Criminologia e feminismo**, 1999, P.50-51

²⁷ WOLKMER, A. C. **Pluralismo Jurídico**, 2006

²⁸ DIÁRIO DE PERNAMBUCO. 2014. **Homossexuais revelam rotina de abusos em unidades prisionais onde não há ‘ala gay’**. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/brasil/2014/11/25/interna_brasil,544916/homossexuais-revelam-rotina-de-abusos-em-unidades-prisionais-onde-nao-ha-ala-gay.shtml>.

A travesti Vitória Rios Fortes passou a se mutilar, como forma de protesto, objetivando providências da diretoria da penitenciária no sentido de fazer cessar aquelas agressões. Depreende-se do relato supramencionado, que os presos são submetidos às piores barbáries dentro das penitenciárias, e pior, quando a violência é justificada pelo que você é (em razão do sexo). Michel Foucault²⁹ estabelece algumas ponderações sobre a dignidade humana do criminoso, “no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua humanidade. Todo criminoso é um ser humano, devendo então ser tratado como tal”.

No ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com pedido de concessão de medida cautelar, feita pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), objetivando fosse reconhecido o estado de coisas inconstitucional³⁰ do sistema criminal, foi demonstrado que as penitenciárias brasileiras são um verdadeiro inferno, um local onde “as minorias sexuais sofrem, com frequência, abusos sexuais, que vão desde o relacionamento habitual forçado com outro preso até o estupro”.³¹

Na ADPF, o PSOL revelou que existem casos que em que a travesti é violentada por 20 homens em uma mesma noite. As travestis são utilizadas como “moeda de troca” entre os presos, se tornando nos presídios escravos sexuais. E, ainda, são obrigadas a desempenhar tarefas de reputação “femininas”, a exemplo de lavar roupas e pratos, cozinhar.

Na ADPF 347, foi deferida a liminar. No voto feito pelo Ministro Marco Aurélio³², a decisão foi alicerçada nos dados da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2007-2009), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos, foi assinalado entre outras coisas que

[...] a maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

²⁹ FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**: Nascimento da prisão, 2011, p. 72.

³⁰ O “Estado de Coisas Inconstitucional” é um instituto que foi desenvolvido e aplicado pela Corte Constitucional da Colômbia, que “vem sendo trabalhado pelo professor da UERJ Carlos Alexandre de Azevedo Campos” no Brasil

³¹ ADPF 347. **Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ**. Disponível em: <<http://uerjdireitos.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-prisional-adpf-347/>>. p. 49.

³² ADPF 347. **Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ**. Disponível em: <<http://uerjdireitos.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-prisional-adpf-347/>>. p. 4-6

Como se depreende, são muitas as atrocidades vivenciadas pela clientela prisional LGBT, e o mais assustador é que são legitimadas pela lei e ratificadas pela atuação Estatal. Contudo, para o grupo vulnerável não é uma realidade que se revela somente com a chegada à prisão. O preconceito, segundo a diretora Fernanda Viana, é reflexo da sociedade lá fora. Para ela a “maior homofobia vem de casa. Eles nunca recebem visitas. A família já não aceita a homossexualidade do filho e o isola ainda mais quando ele comete um crime”. Walkíria La Roche, coordenadora de Diversidade Sexual do governo de Minas, também comenta que “muitos evitavam declarar a homossexualidade dentro da prisão para não sofrer preconceito”.³³

A implementação dessas “alas gays” pode ser pensada como medida paliativa para o período de privação de liberdade, pois evitaria inúmeras violências que ocorrem em razão da sexualidade e/ou gênero.

Mas a violência produzida pelas instituições punitivas não termina aqui, o sistema punitivo tem alvo certo e deve ser analisado a partir da noção de interseccionalidade – é possível perceber da análise de outras variáveis que o sistema penal tira da circulação normalmente as pessoas pertencentes ao segmento social inferior e os negros.

No estado de Pernambuco, uma delegação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, realizou visita *in loco* nas dependências do Complexo Penitenciário de Curado e arredores em 8 de junho de 2016. Desta visita resultou um relatório e uma série de recomendações ao Estado brasileiro.³⁴ Na referida recomendação consta que: “a cela LGBT é um espaço bastante reduzido, com espaços de dois ‘andares’ onde vivem seis internas transexuais e seus companheiros. Nesse espaço reportaram que são ameaçadas de serem queimadas dentro de suas celas pelo ‘chaveiro’ do pavilhão”. Além disso, foi constatado que esta cela localizada atrás de um pavilhão com mais de 200 internos. Para poder chegar a esta cela, foi necessário retirar a todos os internos desse pavilhão. A cela tinha dimensões muito reduzidas, e cerca de seis pessoas 4 vivem nesse espaço.

De mais a mais, a complexidade do sistema penal é algo para ser esmiuçada de todos os ângulos, e de modo algum se esgota aqui. O interesse da pesquisa foi destacar um olhar para aquelas pessoas que, depois de selecionadas por um sistema ilegítimo e perverso, sofrem com a situação precária e degradante dos presídios brasileiros, não tendo, sequer, proteção e sua “identidade” sexual reconhecida e afirmada.

³³ DIÁRIO DE PERNAMBUCO. 2014. **Homossexuais revelam rotina de abusos em unidades prisionais onde não há ‘ala gay’**. Disponível em: < http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/brasil/2014/11/25/interna_brasil,544916/homossexuais-revelam-rotina-de-abusos-em-unidades-prisionais-onde-nao-ha-ala-gay.shtml >.

³⁴ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_04_por.pdf>.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os presídios brasileiros, com raríssimas exceções, não possuem ala exclusiva para o público LGBT, o que faz do ambiente prisional um espaço de desrespeito às diferenças e, portanto, de violação aos direitos humanos mais sensíveis e intrínsecos dos sujeitos, aqueles que orbitam a própria a construção humana.

A população LGBT está submetida rotineiramente a abusos nas penitenciárias, sendo violentada por funcionários da prisão e outros detentos. O presente trabalho propõe-se a fugir do paradigma simplista, baseado na concepção tradicional de sexualidade (oposição binária “homem” e “mulher”), na tentativa reconhecer uma multiplicidade de sexualidade e gênero.

Assim, sem mais delongas, as condições de habitação fazem da vida das pessoas, principalmente aquelas que não se amoldam à lógica binária, muito mais difícil, porque elas são submetidas a uma maior inflição de dor.

Portanto, o que realmente se busca com esse estudo é reduzir dores produzidas por “um sistema penal ilegítimo e discriminatório, fundado em um discurso jurídico-penal falso. Acredita-se que a colocação de LGBT’s em espaço inadequado acentua ainda mais a inflição de dor”³⁵.

Por fim, faz-se necessário adotar uma racionalidade comprometida com o sofrimento e a dor do ser humano, colocando a vida humana como critério de julgamento para toda e qualquer ação.

REFERÊNCIAS

ADPF 347. **Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ**. Disponível em: <<http://uerjdireitos.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-prisional-adpf-347/>>. Acesso em: 26 de abril de 2016.

Defensoria Pública da União – DPU. **DPU acompanha medidas impostas ao Brasil pela OEA para o Presídio do Curado**. <<http://www.dpu.gov.br/noticias-pernambuco/157-noticias-pe-slideshow/31338-dpu-no-recife-participa-de-reuniao-sobre-o-complexo-prisional-do-curado>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, A. O Paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. *In*.

³⁵ DOERING, N. B. D. M.; MELLO, M. M. P. de; AMAZONAS, M. C. L. de A. Direito e população LGBT em cárcere: uma análise a partir da experiência pernambucana do Complexo do Curado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, julho 2018.

CAMPOS, Carmem Hein de (Coord.) **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, P.50-51

BARROS, J. D'A. **Igualdade e diferença**: Construções históricas e imaginárias em torno da desigualdade humana. Petrópolis: Vozes, 2016.

BUTLER, J. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **Gênero, sexualidade, desigualdade e diferença**: Quatro noções atravessadas pela história. *Sociais e Humanas*, Santa Maria, v. 23, n. 02, jul/dez 2010, p. 47-66.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. Voto do ministro Marco Aurélio. Acesso em: 03/03/2016. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1693_2._SBDP-Relatorio_e_Voto_Marco_Aurelio_ADPF_347.pdf>.

CHAIB, J. **Cadeia exclusiva para homossexuais**: Travestis e transexuais de quatro estados, entre eles Minas Gerais, já podem cumprir a pena em espaços separados dos demais detentos. Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG). Superintendência de Comunicação Integrada. 2013. Disponível em: <<file:///C:/Users/Neon/Downloads/Clipping%20Geral%20e%20Espec%20-%2014102013.pdf>>. Acesso em: 12.07.2016.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. 2014. **Homossexuais revelam rotina de abusos em unidades prisionais onde não há 'ala gay'**. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/brasil/2014/11/25/interna_brasil,544916/homossexuais-revelam-rotina-de-abusos-em-unidades-prisionais-onde-nao-ha-ala-gay.shtml>. Acesso em: 05 de jun. 2016.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. 2014. **Travestis e transexuais terão celas exclusivas em presídios**. Disponível em: <<http://blogs.diariodepernambuco.com.br/segurancapublica/?tag=conselho-nacional-de-justica>>. Acessado em: 07.07.2016.

DOERING, N. B. D. M. **GBT e Prisões**: uma análise criminológico-*queer* do cárcere pernambucano. 2018. Dissertação. Mestrando. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP.

DOERING, N. B. D. M.; MELLO, M. M. P. de; AMAZONAS, M. C. L. de A. **Direito e população LGBT em cárcere**: uma análise a partir da experiência pernambucana do Complexo do Curado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 145. ano 26. p. 241-280. São Paulo: Ed. RT, julho 2018.

FOUCAULT, M. **Herculine Barbin**: O diário de um hermafrodita. Tradução de Irley Franco. Rio de Janeiro: F. Alves, 1982

_____. **Microfísica do poder**. 4. ed. Rio de Janeiro, Graal, 1984. cap. 16, p. 243-76: sobre as história da sexualidade.

_____. **Vigiar e Punir**: Nascimento da prisão. ed. 39. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Assunto do complexo penitenciário do Curado. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_04_por.pdf Acesso em 07.05.2019

SÁNCHEZ RUBIO, D. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SANTOS, B. de S. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

ZAFFARONI, E. R. **A situação crítica do penalismo norte-americano**. In: Em busca das penas perdidas. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001

WOLKMER, A. C. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nueva cultura del Derecho. Sevilla: Mad, 2006

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ACORDOS AMBIENTAIS COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO AMBIENTE

BRIEF CONSIDERATIONS ON ENVIRONMENTAL AGREEMENTS AS AN INSTRUMENT OF ENVIRONMENTAL PROTECTION

Carolina Rodrigues de Freitas

*Mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra – Portugal.
Advogada
carolinarodfreitas@gmail.com*

RESUMO

Este trabalho trata do surgimento e aplicação dos acordos voluntários ambientais, especialmente em sua utilização no ordenamento Brasileiro, através do compromisso de ajustamento de conduta. Inicialmente é abordada a ideia conceitual, caracterização e necessidade do instrumento de co-regulação em prol da proteção do ambiente sob o âmbito da comunidade europeia e na legislação brasileira. Na sequência, procura-se destacar a contribuição da adoção de instrumentos alternativos na promoção do princípio do acesso à Justiça e maior eficiência na tutela jurisdicional. Por fim, analisa os novos mecanismos na solução dos conflitos ambientais, que devem ser sustentados na participação do cidadão, em prol do fortalecimento da democracia. Neste ensejo, propõe uma reflexão sobre a implementação e efetividade dos acordos em busca de prevenção e reparação dos danos ambientais.

Palavras-chave: Acordos ambientais. Compromisso de ajustamento de conduta. Acesso à justiça. Efetividade. Proteção do ambiente.

ABSTRACT

This paper deals with the emergence and application of the voluntary environmental agreements, focusing on their use in the Brazilian legal order, through a commitment to conduct adjustment. Initially the paper works with the conceptual idea, characterization and necessity of the instrument of co-regulation in favor of the protection of the environment under the European Community and the Brazilian Legislation. Then, it seeks to highlight the contribution of the adoption of alternative instruments in promoting the principle of access to justice and greater efficiency in judicial protection. Finally, it analyzes the new mechanisms in the solution of the environmental conflicts that aim the citizen participation, the strengthening of democracy and the stimulus to social pacification, leading to a reflection on the implementation and effectiveness of the agreements in search of prevention and reparation of environmental damages.

Key words: Voluntary environmental agreements. Commitment of conduct adjustment. Access to justice. Effectiveness. Environmental protection.

Data de submissão: 16/03/2018

Data de aceitação: 07/02/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. OS ACORDOS VOLUNTÁRIOS AMBIENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA 2. ACORDOS AMBIENTAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. 3. A QUESTIONÁVEL EFETIVIDADE DA REGULAMENTAÇÃO AMBIENTAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: ACESSO À JUSTIÇA E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA. CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, houve uma tomada de consciência, por parte da população, dos riscos associados aos problemas globais do ambiente e da irreversibilidade dos bens naturais. Logo tornou-se inevitável um desenvolvimento do conhecimento ecológico, a modelação de instrumentos de ação, a reformulação de metodologias de trabalho, o investimento e a criação de tecnologias voltadas ao equilíbrio do uso da natureza pelo homem¹.

A sociedade pós-industrial conheceu nova modalidade de riscos: os riscos abstratos, que se distinguem por serem globais, imprevisíveis, transfronteiriços, transtemporais, e que podem assumir proporções de grande magnitude. A partir disso, urge mensurar os limites da atuação humana em prol da permanência da vida na Terra, pois, sendo o homem responsável pelo seu futuro², deve procurar um nível elevado de proteção ambiental ao menor custo, tanto financeiro como temporal.

Diante de um fraco desempenho das técnicas tradicionais de *command and control*³, tenta-se encontrar nos sistemas de gestão ambiental uma forma de oxigenar a política ambiental, com base em quatro linhas de força: participação, voluntariedade, complementariedade e prevenção⁴.

¹ Neste sentido e tratando especificamente do direito do tratamento dos resíduos, Aragão, Maria Alexandra De Sousa. **O Princípio do nível elevado de proteção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos**. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

² A ampliação do campo de atenção pelo direito em virtude da maior sensibilidade às consequências ambientais da ação humana e às dinâmicas que a condicionam, conduz ao desenvolvimento da prudência como virtude humana, refletida no quadro de sua liberdade. Logo, consagra-se que a proteção ambiental é de responsabilidade de todos, cidadãos e Estado, tanto perante a presente (justiça intrageracional) como para as futuras gerações (justiça intergeracional). Neste sentido, a figura do Sujeito Geração, em CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo, in **A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro**, publicado no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Juridica, nº 81, 2005, pag. 47.

³ BLACK, J. **Critical Reflections on Regulation**, 2002.

⁴ Conforme Carla Amado Gomes e Eduardo Figueiredo Dias, a participação acontece numa tripla vertente: público em geral, operadores económicos e trabalhadores de empresa ou organização; o sistema é de adesão voluntária, deixando às empresas/organizações a decisão de implementar a avaliação do seu desempenho ambiental e o momento de o fazer, convertendo-os em poluidores-colaboradores. Os sistemas de gestão ambiental são complementares ao regime de *command and control*, pois o setor privado é estimulado a incrementar o desempenho ambiental e sua implementação, ao apontar para índices de proteção superiores aos mínimos exigíveis, tem uma importante componente preventiva e formativa, na medida em que reduz as hipóteses de ocorrência de danos ambientais e ecológicos resultantes da atividade das empresas (GOMES, Carla Amado; DIAS, José Eduardo Figueiredo. Notas reflexivas sobre sistemas de gestão ambiental. In: **Revisita do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**. Nº 31, Ano XVI, 1.2013, p. 15-16).

A dimensão e gravidades dos problemas ambientais convenceram políticos e industriais de que seria urgente o aparecimento de novos instrumentos⁵ de política ambiental baseados na cooperação. Com isso, abriu-se espaço para a co-regulação⁶.

Foi neste contexto que surgiram os Acordos Voluntários Ambientais⁷, baseado na cooperação para assegurar a prevenção e a reparação de danos ao ambiente. Esta nomenclatura segue o termo utilizado pela União Europeia, qual seja *voluntary environmental agreements*.⁸ Já no Brasil é conhecido por compromisso de ajustamento de conduta⁹.

Diante da morosidade e da grande demanda submetida ao Poder Judiciário, as alternativas extrajudiciais se destacam como solução para a resolução dos conflitos. Além disso, a complexidade do conhecimento ambiental requer um saber transdisciplinar e interdisciplinar nas situações concretas de dano iminente ou consumado em que o responsável deve reparar a lesão. Logo, é preciso um instrumento eficaz, com atuação de *experts* e cuja atuação seja o mais célere possível.

⁵ Outro instrumento regulatório em matéria de Meio Ambiente é a *Smart Regulation*, que compreende não apenas formas de controle direto, no sentido do comando e controle, mas também formas flexíveis, criativas e inovadoras de controle social, que poderiam ser aplicadas seja para particulares, seja para governos e terceiros envolvidos. A regulação *smart* ou inteligente é espécie de autorregulação e mesmo de regulação compartilhada (*self-regulation* ou *co-regulation*), utilizando tanto interesses comerciais quanto interesses de organizações não governamentais, o que promoveria formas mais efetivas de regulação ambiental, ante os déficits regulatórios normalmente apresentados. Tal estratégia lograria retornos positivos, como o fato de encorajar *third parties*, a exemplo de empresas e organizações não governamentais, a adotarem mecanismos de adesão aos comandos estatais (*compliance*). Traria custos mais baixos, além de aumentar a *compliance* das empresas com as regras legais já existentes, a partir de esquema *win-win*. Sobre o assunto: GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Designing Smart Regulation**, Oxford: Clarendon Press, 1998. GUNNINGHAM, Neil. **Beyond compliance: next generation environmental regulation**. Melbourne: Australian Institute of Criminology, 2002. WOLF, Brian. **Organized environmental crime: an analysis of corporate noncompliance with the law**. Lewiston/Queenston/Lampeter: The Edwin Mellen Press, 2009.

⁶ A co-regulação possui como características a natureza contratual, o voluntarismo e a cooperação e tem como objetivos fazer cumprir os princípios do poluidor pagador, da responsabilidade partilhada e da prevenção. Sobre a co-regulação e sua forma de ação consubstanciada nos acordos voluntários, ver CABUGUEIRA, Manuel. **Os acordos voluntários como instrumento de política ambiental**. Porto: Editora Vida Econômica, 1999, Pagina: 56-65, 174-176. Também em DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **A reinvenção da autorização administrativa no direito do ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2014, p. 930-956.

⁷ Importante ressaltar que alguns ambientalistas criticam este tipo de solução baseada em instrumentos de mercado ou que envolvam entidades empresariais, sendo conhecidas como “forma de *greenwashing*”, termo criado por Jay Westervelt em 86.

⁸ Sobre os *voluntary environmental agreements* na União Europeia. Disponível em: <http://ec.europa.eu/reducing_co2_emissions_from_cars/doc_contrib/beuc_voluntary_environmental_agreements_en.pdf>, acesso em 15 de março de 2016.

⁹ MAZZILLI, H. N. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. In: **Revista de Direito Ambiental**, vol. 41, Jan/2006, DTR\2006\25, p. 93.

Para isso, em primeiro lugar será feita uma introdução reflexiva sobre o lugar do direito na proteção do ambiente¹⁰, em seguida um enquadramento teórico dos acordos voluntários ambientais na comunidade europeia. Passando a uma análise da aplicação concreta dos acordos no ordenamento brasileiro, abordando questões relacionadas com essa implementação. Por fim, uma análise crítica e avaliativa de sua efetividade na promoção do princípio do acesso à Justiça, da participação do cidadão e do fortalecimento da democracia.

A metodologia utilizada na pesquisa consiste na análise exploratória e descritiva sobre o objeto de estudo, por meio de levantamento bibliográfico. Como resultados, busca-se mostrar o compromisso de ajustamento de conduta como mecanismo alternativo na solução dos conflitos ambientais, objetivando soluções mais céleres e eficazes, haja vista a relevância dos bens ambientais no Estado Democrático de Direito, bem como a percepção do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um bem ambiental de todos.

1. OS ACORDOS VOLUNTÁRIOS AMBIENTAIS NA UNIÃO EUROPÉIA

Os instrumentos da política ambiental como os acordos voluntários possuem um conteúdo importante na regulamentação ambiental, e continuam a evoluir e mudar em consonância à experiência da gestão ambiental humana¹¹. A partir dos anos 1970, o *command and control*, através da política de regulação ambiental e da política de incentivo econômico orientado para o mercado, desempenhava um papel efetivo no controle da proteção do ambiente.

Entretanto, ao longo do tempo, essas políticas se tornaram insuficientes, e o surgimento da gestão ambiental voluntária tornou-se inevitável. Os acordos voluntários possibilitam uma maior aproximação entre o Estado e os agentes poluidores, e caracterizam-se por uma certa flexibilidade, elemento fundamental quando se trata de problemas complexos com vários agentes econômicos.

É difícil encontrar na literatura um consenso quanto à definição de acordos voluntários, mas pode ser genericamente descrito como um acordo informal, criado por via consensual entre governo e indústria, visando a redução das diversas consequências ambientais do desrespeito de regras relativas ao processo de produção, ao uso de energia ou aos pro-

¹⁰ Em atenção ao livro com o mesmo título de Maria da Glória Garcia, **O lugar do direito na proteção do ambiente**, Almedina, Coimbra, 2007. Através de uma via pluridimensional e realista, a autora faz considerações sobre os perigos éticos, políticos, sociais, econômicos e científicos que hoje rodeiam a construção do chamado “Estado Ambiental”. Defende um direito do ambiente condicionado a decisão politicamente legitimada, cientificamente fundada, tecnicamente adequada, economicamente eficiente e eticamente sustentada.

¹¹ GOMES, C. A. DIAS, J. E. F. Notas reflexivas sobre sistemas de gestão ambiental. *In: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Nº 31, Ano XVI, 1.2013, p. 9-27.

ditos¹². Logo, os acordos voluntários ambientais possuem como objetivo melhorar o desempenho dos atores e a efetividade da política ambiental, através de um acordo informal e consensual entre governo e indústria. Acrescenta Ortiz e Solano que:

a doutrina identificou dois tipos de acordos voluntários: os primeiros considerados como verdadeiras formas de auto-regulação ou acordos voluntários (acordos de cavalheiros) e a segunda categoria, comumente desenvolvida nos Estados Unidos, que correspondem aos acordos para os quais o legislador estabeleceu as bases da regulamentação, determinando os objetivos e mecanismos de sua implementação, bem como as possíveis sanções para garantir o cumprimento. Esta segunda categoria corresponde a uma manifestação de co-regulação entre governo e indivíduos, no desenvolvimento das obrigações encarregadas do último¹³.

Garcia afirma que os Acordos Ambientais, designadamente os contratos de adaptação ambiental¹⁴, além de introduzirem justiça na lei, mediante a negociação dos termos de seu cumprimento, indicam que a norma ambiental não pode ser cumprida por todos igualmente, demonstrando um desejo de incentivar e premiar a diferença¹⁵. Assim os incentivos que movem os agentes econômicos a implementar acordos voluntários derivam do fato de estes se basearem no consenso, na parceria, na busca de benefícios comuns, na rápida implementação e por encorajarem o progresso técnico.

As indústrias, de um lado, veem neles a possibilidade de evitar uma legislação coercitiva, pois permitem atingir objetivos ambientais de forma mais flexível, melhorando simultaneamente a sua imagem quando envolvida em infrações ambientais e estimulando a procura, principalmente, dos denominados consumidores verdes¹⁶. Já as autoridades, por outro lado, veem nos acordos voluntários uma oportunidade de reduzir a assimetria de informação por parte das empresas, e de aumentar a eficiência da legislação ambiental.

O objetivo de qualquer política implementada pelo Governo na área do ambiente é a redução da poluição ao menor custo possível. Deste modo, é importante que sejam cumpridas as condições estabelecidas e de forma transparente, permitindo uma maior influência/participação dos grupos de interesse nas negociações. A ameaça de uma possível legislação fortalece o poder de negociação das autoridades públicas, o que possibilita atingir objeti-

¹² BAILEY, P. M. The Creation and enforcement of environmental agreements, In: **European Environmental Law Review**, jun., vol.8, n.º 6.1999, p.171.

¹³ Ortiz, I. y Solano, D. La Libre Competencia Económica y la Protección del Medio Ambiente: Una aproximación al estudio de los Acuerdos Voluntarios de Cumplimiento Ambiental. In: **Revist@ E-Mercatoria**, vol. 15, N° 1, enero-junio, 2016, p. 21.

¹⁴ Termo utilizado em Portugal.

¹⁵ GARCIA, M. da G. **O lugar do direito na proteção do ambiente**. Coimbra: Ed. Almedina, 2007, p. 407 e ss.

¹⁶ Consumidores que estão dispostos a pagar um preço superior por um bem mais ecológico. PAIVA, Teresa Maria Dias de. **O modelo de comportamento dos consumidores “verdes” portugueses: uma análise crítica**. Tese de doutoramento em Marketing apresentada ao Instituto Superior das Ciências do Trabalho e da Empresa. Lisboa, 2003.

vos mais ambiciosos no âmbito dos acordos voluntários.

A aplicação dos acordos voluntários no âmbito da política ambiental europeia, emanada dos órgãos comunitários, vinha sendo muito limitada¹⁷. Com efeito, estes poderiam apenas tomar a forma de compromissos unilaterais se reconhecidos pela Comissão e fossem não vinculativos¹⁸. Assim, é fácil compreender que a utilização de acordos pela Comissão só poderia ser efetuada em determinados casos e não como um instrumento amplamente generalizado e fundamentado nas disposições do Tratado da CE.

No entanto, existem outras dificuldades que limitam a aplicação dos acordos voluntários a nível comunitário como, por exemplo, a enorme dimensão dos processos, a questão de como reunir todos os envolvidos/interessados, o problema de possíveis *freeriders*¹⁹ e a verificação do cumprimento do acordo. Também estes acordos tendem a incluir a participação do Governo e/ou das empresas, excluindo terceiros como o Parlamento, grupos ambientais e sindicatos da elaboração cooperativa dos processos. O que poderia pôr em causa a legitimidade dos acordos voluntários.

Os acordos voluntários só recentemente ganharam expressão no âmbito da política comunitária de ambiente, sendo, inclusive, reconhecidos e apoiados pelos órgãos da União Europeia. No entanto, com o crescente uso desta medida de proteção ambiental, começam a verificar-se alguns conflitos entre os acordos voluntários e a defesa da concorrência²⁰. Uma vez que a obrigação de proteção ambiental constitui um encargo acrescido para a indústria, a eventual exoneração de alguns desses custos poderá ser considerada uma violação das regras de concorrência.

¹⁷ Segundo a Comunicação da Comissão Europeia de 1996, os acordos não podem ser utilizados como instrumentos de política em sentido estrito, uma vez que não se tratam dos instrumentos vinculativos explicitados no Tratado da CE. **Comunicado da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Conselho de Ministros sobre os Acordos Voluntários**, a 27 de Novembro de 1996. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-97-204_pt.htm>, acesso em 30 de junho de 2016.

¹⁸ No entanto, torna-se necessário referir o caso específico holandês, na medida em que representa cerca de um terço de todos os acordos voluntários negociados da UE e preconiza uma tipologia perfeitamente oposta à da generalidade dos países-membros. Com efeito, os acordos negociados na Holanda são independentes em relação à legislação nacional, pressupõem uma responsabilização individual e são vinculativos. Por outro lado, enquanto que nos outros países os acordos negociados são utilizados de uma forma selecionada, na Holanda cobrem todo o tipo de problemas ambientais, constituindo o instrumento de política ambiental fundamental neste país, apoiado por uma forte estrutura legal. Vide em MAÇÁS, Maria Fernanda. Os acordos sectoriais como um instrumento da política ambiental. In: **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**. Ano III, 1. 2000, p. 41.

¹⁹ O efeito de boleia, para maior detalhamento vide GARCIA, Maria da Gloria F.P.D. **O lugar do direito na protecção do ambiente**. Coimbra: Ed. Almedina, 2007, P. 167-168.

²⁰ Segundo o artigo 81º, número 1, do Tratado da C.E., é proibido qualquer acordo ambiental que envolva empresas ou associações de empresas e que tenha “por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum”, conforme conclusões do advogado-geral Wahl apresentadas em 21 de Maio de 2015. AC-Treuhand AG contra Comissão Europeia. Recurso de decisão do Tribunal Geral. Processo C-194/14 P. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62014CC0194>>, acesso em 30 de junho de 2016. Embora não seja provável que um acordo ambiental tenha o objetivo de restringir a concorrência, é evidente que pode ter o efeito mencionado. Assim, são medidas as restrições à concorrência impostas pelo acordo e comparadas com o valor dos benefícios ambientais alcançados, no sentido de decidir quanto à validade do mesmo acordo.

Na maioria dos Estados-membros da União Europeia, ainda se utilizam instrumentos de política ambiental tradicionais de mercado (negociação de licenças) ou fiscais (utilização de impostos), relativamente mais rígidos quando comparados com os acordos voluntários. Assim, é do interesse geral que sejam desenvolvidas novas abordagens que fomentem a cooperação entre as indústrias e as autoridades públicas, isto é, que se propague a utilização de acordos voluntários no âmbito comunitário.

Em conformidade com o artigo 11.º do TFUE, as regras e os princípios para a proteção do meio ambiente devem ser integrados com as políticas económicas da União Europeia gerando um amalgama legal cuja consequência imediata e necessária é a geração de um cenário de Desenvolvimento sustentável da Comunidade.

Nesta direção, sua consolidação se deu com base no Quinto Programa Comunitário de ação em matéria de Ambiente da Comissão Europeia de 1992 – Em direção a um desenvolvimento sustentável, programa que defende a adoção de uma abordagem global e voluntarista, que inverta as tendências atuais de degradação do ambiente, definindo a partilha de responsabilidades e a utilização de novos instrumentos, nomeadamente os acordos voluntários²¹.

Seguindo o mesmo rumo, o Sexto Programa de Ação em Matéria de Ambiente – Ambiente 2010: o nosso futuro, a nossa escolha – sustenta que, para enfrentar os desafios dos problemas ambientais da atualidade, não se pode limitar a uma abordagem legislativa e defende que os novos métodos de governância, alternativos à regulamentação tradicional, tais como os Acordos Ambientais, são aptos a melhorar a capacidade de inovação das empresas.

Observa-se que a Comissão Europeia (CE) vem reconhecendo a necessidade de alargar o conjunto de instrumentos de política ambiental utilizados na União Europeia, defendendo ainda que os acordos voluntários possuem um papel vital neste processo²². Assim, aborda as vantagens e riscos da utilização dos acordos voluntários, como encorajar uma aproximação com a indústria, ao dar uma certa liberdade no estabelecimento de objetivos ambientais, permitindo uma maior contabilização dos gastos e tempo necessário para o cumprimento das metas estipuladas.

O conhecimento das questões ambientais por parte dos cidadãos é também importante, já que pode incentivar ambas as partes do acordo a tomarem um papel mais proativo e

²¹ **Fifth European Community environment programme: towards sustainability.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:l28062>>, acesso em 30 de junho de 2016.

²² Em Portugal, os acordos foram objeto de reformulação para garantir sua eficácia e o alcance dos objetivos ambientais. Os Contratos de Adaptação Ambiental são verdadeiros contratos com obrigações bem definidas para as partes, cominando sanções para o não cumprimento das prescrições e um cronograma de adaptação, conforme previstos no Capítulo V, art. 35º, nº 2, da Lei de Bases do Ambiente e no art. 41º da Lei nº50/2006 que possibilita a substituição de medidas cautelares por contratos-programa. Logo, por se tratar de medidas cautelares, a substituição ocorreria em um momento inicial do procedimento administrativo e não implicaria necessariamente a ocorrência de situações consideradas pela lei “graves” ou “muito graves”, mas somente por estar em causa, em alguma medida, o ambiente. MELLO, Roberta Corrêa Vaz de. Acordos ambientais: um panorama luso-brasileiro. In: **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA)**, Coimbra, a. XIV, n. 27, p. 101-121, 2011, p. 105 e 112.

célere na resolução dos problemas. Contudo, ressalta-se que a ausência de critérios de fiscalização e de sanções no caso de incumprimento podem incentivar o não cumprimento do acordo. Sendo assim, os próprios acordos devem ser orientados de forma que sejam efetivamente cumpridos, recorrendo-se a mecanismos tais como pressão pública e ameaça de uma nova legislação ambiental.

Como vantagens, a doutrina e as instituições europeias²³ elencam que esses acordos, através da co-regulação, constituem uma extensão de padrões em áreas inalcançáveis pelas autoridades ou que extrapolassem a capacidade de ressarcimento por parte do poluidor. Destarte, permitem ainda que as partes envolvidas, por saberem o custo-benefício da implementação de uma política ambiental, estabeleçam de forma ponderada, o alcance de seus compromissos, mediante os seus próprios limites.

2. ACORDOS AMBIENTAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O compromisso de ajustamento de conduta é uma solução extrajudicial de conflito de direitos transindividuais²⁴, surgido no mesmo contexto da Constituição Federal de 1988, um momento de redemocratização das instituições e de adaptação do ordenamento jurídico. Essa inovação no sistema jurídico brasileiro permitiu uma nova amplitude de atuação do Ministério Público e por outros órgãos públicos para compor conflitos relativos a direitos indisponíveis.

Procura-se nesta composição uma participação negociação²⁵, adequando a conduta do cidadão desviada a evitar ou reparar um dano ao interesse público. Ressalta-se que na área ambiental a conciliação dos interessados é fase valiosa, havendo inclusive, segundo Michel Prieur, um princípio de “*négociation avec les pollueurs*”²⁶.

Dessa forma, conjugadas a previsão de eficácia executiva de acordos celebrados pelo Mi-

²³ Ortiz, I. y Solano, D. “La Libre Competencia Económica y la Protección del Medio Ambiente: Una aproximación al estudio de los Acuerdos Voluntarios de Cumplimiento Ambiental”. In: **Revista E-Mercatoria**, vol. 15, N° 1, enero-junio, 2016, p. 22.

²⁴ O ajuste de conduta é um instituto estabelecido em favor da tutela dos direitos transindividuais, ou seja, não é finalidade da norma favorecer o violador do direito. Neste sentido, a realização do termo de ajuste de conduta tem que ocorrer à luz do fim da norma, ou seja, só deve ocorrer quando se revelar a melhor solução para a tutela do direito ambiental (CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública**. Tese aprovada no 9º Congresso Nacional do Ministério Público, em Salvador, 1992, p. 237).

²⁵ ANTUNES, L. F. C. **A tutela dos interesses difusos em direito administrativo. Para uma legitimação procedimental**. Coimbra: Almedina, 1989.

²⁶ Prieur ensina que a política ambiental se caracteriza pelo seu caráter pedagógico. É necessário convencer e persuadir, em vez de apenas obrigar os poluidores a cessarem suas atividades nocivas. Embora a legislação ambiental seja essencialmente um regime policial destinado a limitar ou proibir a poluição por atos unilaterais autoritários, a realidade administrativa é favorecida por medidas concertadas e negociadas com a indústria. Porém, deve ser permitida se for acompanhada de controle. PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. Paris: Dalloz, 2001, p. 116.

nistério Público e por outros órgãos legitimados, a experiência da prática administrativa concertada, a possibilidade de composição de direitos transindividuais indisponíveis e a adequação da tutela extrajudicial desses direitos, tem-se a concepção do instituto do termo de ajustamento de conduta²⁷.

Dentre os princípios regulatórios do ajustamento de conduta, tem-se o princípio do acesso à justiça, ao conceber um novo mecanismo de composição de conflitos envolvendo direitos transindividuais complementares à atividade jurisdicional; o princípio da tutela preventiva, que preconiza que sempre que possível o sistema jurídico deve evitar a ocorrência dos atos ilícitos e dos danos, inclusive em muitas situações estabelece uma forma de promover a justiça coexistencial²⁸; o princípio da tutela específica, por privilegiar a tutela preventiva de direitos, ou seja, tutela plenamente adequada para a satisfação dos deveres jurídicos para com uma comunidade; a aplicação negociada da norma jurídica, uma vez que o conflito de interesses entre, por exemplo, a proteção de um ecossistema e a manutenção da atividade econômica que o ameaça, exige do juiz uma nova responsabilidade, logo a informalidade presente na possibilidade de negociação é altamente compatível com a construção da forma mais efetiva de proteção dos direitos transindividuais; o princípio democrático, posto que é um meio de se honrar os fundamentos do Estado Democrático de Direito, desde que sejam incluídos mecanismos de participação daqueles afetados e a obrigação de transparência dos atos ou procedimentos administrativos relacionados a tais acordos²⁹.

O compromisso de ajustamento de conduta não foi introduzido no Direito Brasileiro pela Lei de Ação Civil Pública (Lei nº7.347/85), mas surgiu alguns anos depois, já no início da década de 1990, primeiro quando da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente e, em seguida, do Código de Defesa do Consumidor que o inseriu na Lei de Ação Civil Pública.³⁰ Com isso, os órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva³¹ pas-

²⁷ RODRIGUES, G. de A. Princípios da celebração do compromisso de ajustamento de conduta em matéria ambiental. In: **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**. Nº 13, ano VII, 1.2004, p. 69-70.

²⁸ SANTOS, B. de S. O Direito e a comunidade. As transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. In: **Revista Direito e Avesso**, Brasília, col. II, nº 3, p.138-156, jan/jul. 1983, p. 139.

²⁹ Sobre os princípios regulatórios do compromisso de ajustamento de conduta. RODRIGUES, Geisa de Assis. Princípios da celebração do compromisso de ajustamento de conduta em matéria ambiental. In: **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**. Nº 13, ano VII, 1.2004, p. 72-87.

³⁰ Conforme Hugo Nigro Mazzilli (Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. In: **Revista de Direito Ambiental**, vol. 41, p. 93, Jan/2006, DTR\2006\25, p. 2, nota de rodapé nº2) em que destaca ainda que o art. 211 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) introduziu o compromisso de ajustamento de conduta em matéria de defesa de interesses das crianças e adolescentes; logo depois, o art. 113 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) inseriu o § 6º ao art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), por meio do qual o compromisso de ajustamento de conduta passou a ser admissível em matéria referente a quaisquer interesses transindividuais, sejam relativos ao consumidor ou não.

³¹ A legitimidade é conferida ao Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas e fundações ou sociedades de economia mista.

saram a poder tomar do causador de danos a interesses difusos e coletivos o compromisso escrito, chamado termo de ajustamento de conduta (TAC).

Conforme previsto no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85, o compromisso de ajustamento de conduta é lavrado em termo, contendo uma obrigação de fazer ou não fazer e é tomado por um dos órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública ou coletiva. Mediante esse instrumento, o causador do dano a interesses transindividuais (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, ordem urbanística etc.) se obriga a adequar sua conduta às exigências da lei, sob pena de cominações já pactuadas no próprio instrumento, o qual terá força de título executivo extrajudicial.

Tanto a doutrina como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça têm aceitado a validade do compromisso de ajustamento, o qual vem sendo aplicado desde 1990 pelo Ministério Público e pelos demais órgãos públicos legitimados à ação civil pública. É isso se faz com grande proveito social, já que os compromissos de ajustamento de conduta são consensuais, visam à defesa de interesses transindividuais, evitam milhares de ações individuais, e, mantem a possibilidade de que os co-legitimados e os lesados individuais, caso discordem dos ajustes, compareçam a juízo em busca do que entenderem devido.

O compromisso de ajustamento de conduta não tem natureza contratual³², pois os órgãos públicos que o tomam não têm poder de disposição. Assim, o compromisso de ajustamento de conduta pode ser considerado um negócio jurídico bilateral, que consubstancia uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a do particular, causador do dano. Por conseguinte, os órgãos públicos legitimados não podem dispensar direitos ou obrigações, nem renunciar a direitos, mas devem limitar-se a tomar, do causador do dano, obrigação de fazer ou não fazer e podem estipular cláusulas compensatórias como garantias mínimas³³.

Tendo em vista sua natureza negocial, o compromisso de ajustamento de conduta se desconstitui pelas mesmas vias com que foi feito ou por via judicial, pelos vícios do ato jurídico em geral³⁴. Por via consensual, pode ser recompromissado, desde que advenha fato novo, ou se o causador do dano aceder em ampliar suas próprias obrigações em proveito do grupo lesado. O que não se admite é que qualquer co-legitimado público reduza ou dispense as exigências já constantes de compromisso tomado por um co-legitimado. Uma vez celebrado o compromisso de ajustamento de conduta, apenas fica vedado o acesso jurisdicional para todos os co-legitimados coletivos pedirem aquilo que o título já lhes dá,

³² Embora a doutrina não tenha um entendimento pacífico a respeito da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, se seria entendido como transação, negócio jurídico ou contrato, tendo sido objeto de estudo de Ana Luiza de Andrade Nery, em **Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos**. São Paulo: Ed. RT, 2010, entendemos que o mais adequado seria considerá-lo negócio jurídico bilateral, em consonância ao pensamento de Milaré, pois a bilateralidade é fundamental na celebração do ajuste, devendo haver manifestação coincidentes, recíprocas e concordantes de ambas as partes em prol da proteção do meio ambiente (MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015 p. 1468 e 1469).

³³ MELLO, R. C. V. de. Acordos ambientais: um panorama luso-brasileiro. In: **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA)**, Coimbra, a. XIV, n. 27, p. 101-121, 2011, p. 114.

³⁴ Vícios do negócio jurídico constantes do art. 117 do Código Civil Brasileiro.

porque, nesse caso, lhes faltaria interesse de agir.

O causador do dano pode ser executado em caso de inadimplemento da obrigação assumida, seja porque não a cumpriu na forma prevista, seja porque não observou o prazo pactuado³⁵. Consoante o §6º do art. 5º da Lei 7.347/1985, são previstas cominações em caso de descumprimento da obrigação³⁶. O compromisso de ajustamento também não pode gerar qualquer limitação máxima de responsabilidade material do causador do dano, pois isso poderia prejudicar os verdadeiros lesados.

A eficácia do compromisso de ajustamento inicia-se no momento em que o órgão público legitimado toma o compromisso, independentemente de qualquer outra formalidade, que a lei federal, aliás, não impôs. É frequente, pois, que os interessados pactuem no próprio instrumento o início, o termo, as condições ou os prazos para que seja cumprido o compromisso de ajustamento.

As vantagens em comparação com a ação civil pública estão ligadas à permissão de uma solução negociada para grande parte das lesões transindividuais, ajudando a descongestionar a Justiça, evitando a lentidão dos mecanismos formais de justiça, e até mesmo, poder evitar a ocorrência de dano. Assim, tem-se a regência do princípio da prevenção, garantindo eficaz acesso dos lesados à tutela individual e coletiva de seus interesses. Além disso, o ajuste é menos oneroso, pois não pressupõe recolhimento de custas ou taxas.

Com efeito, quando o Compromisso de ajustamento de conduta tem por objeto a proteção ambiental, esse instrumento se mostra eficaz, principalmente, ante a morosidade dos processos judiciais. Isto porque, o TAC traz vantagens e se mostra adequado e eficiente quando, por exemplo, uma indústria que se compromete em corrigir em tempo razoável a emissão de sons e ruídos que estão causando incômodos e danos à saúde da vizinhança³⁷.

Também são considerados benéficos pela parte poluidora, porque acarretam uma maior consciência da realização do possível através da assunção voluntária e consciente da obrigação, possibilitando um aprendizado ambiental e a preservação da imagem e da marca da empresa. Importante ainda, o estabelecimento na convenção de condições de cumprimento das obrigações no que se refere a modo, tempo, lugar, considerando as peculiaridades do caso concreto, a capacidade econômica do infrator e o mínimo para sua manutenção e o interesse da sociedade.

³⁵ Vide como exemplo acórdão do **STJ**: REsp 1333251/RS, com relatoria do Ministro Hermam Benjamin, DJe 05/05/2017.

³⁶ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015, p. 1472.

³⁷ AKAOUI, F. R. V. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.106.

3. A QUESTIONÁVEL EFETIVIDADE DA REGULAMENTAÇÃO AMBIENTAL: ACESSO À JUSTIÇA E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

A título de exemplificação e não menosprezando os danos ambientais advindos de outras atividades industriais e de produção, parte-se o raciocínio a partir da análise dos impactos da mineração no Brasil³⁸. Os quase 500 anos da atividade no território brasileiro deixaram grandes passivos ambientais, envolvendo milhares de minas e garimpos. Há também diversos tipos de conflitos socioambientais³⁹, envolvendo populações tradicionais como índios, quilombolas e populações ribeirinhas; populações atingidas pela instalação de megaprojetos de mineração, populações afetadas pela contaminação decorrente da extração mineral, além de conflitos decorrentes da oposição de interesses e da visão divergente sobre o que é desenvolvimento, especialmente em áreas de grande riqueza natural e com potencial turístico e áreas de concentração populacional.

No início de junho do corrente ano, a Comissão Interamericana denunciou o Brasil à OEA por casos como o de Mariana e outros 12⁴⁰, nos quais há desrespeito aos direitos humanos causados por atividades mineradoras no país⁴¹. Também foram condenados os retrocessos trazidos pelas alterações legislativas que o PLS 654/2015 e a PEC 65/2012 que pretendiam introduzir como a flexibilização do licenciamento ambiental⁴².

Observa-se, geralmente, uma dependência das comunidades das áreas de mineração com relação a este setor econômico, uma vez que as condições de pobreza e desigualdade social são usadas como facilitadores da ação das empresas, pois sob tais condições há uma tendência à população aceitar mais facilmente os impactos negativos da atividade minerária. Além disso, verifica-se que sua estrutura econômica se centra no atendimento das demandas diretas e indiretas para o funcionamento da exploração minerária.

Desse modo, as cidades e vilas onde se encontram instaladas as empresas mineradoras tornam-se reféns dessa atividade econômica, considerando um privilégio contar com os recursos provenientes da arrecadação pela presença deste setor no território. Entre as violações denunciadas estão a ausência de assistência emergencial às vítimas, o não cumpri-

³⁸ Desde o desastre em Mariana, houve um aumento da preocupação ambiental com as formas de prevenção e reparação dos danos provocados pela atividade minerária.

³⁹ ARAÚJO, E. R.; FERNANDES, F. R. C. **Mineração no Brasil**: crescimento econômico e conflitos ambientais. In: *Conflitos ambientais na indústria mineira e metalúrgica: o passado e o presente*. Edição: Centro de Investigação em Ciência Política (CICP), Portugal; Centro de Tecnologia Mineral, Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (CETEM/MCTI), Brasil, Évora e Rio de Janeiro, 2016., p. 75.

⁴⁰ Comissão Interamericana denuncia Brasil à OEA por tragédia em Mariana. **El País**. Disponível em <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/07/politica/1465319140_029773.html>, acesso em 30 de junho de 2016.

⁴¹ Sobre a denúncia do Brasil à OEA, vide informe completo apresentado da Solicitação de Audiência Temática: Afetações aos Direitos Humanos devido à Mineração no Brasil. Conectas. Disponível em <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/informe_audiencia-mineracao%20revisado.pdf>, acesso em 28 de junho de 2016.

⁴² Em que pese as contestações dos ambientalistas, no dia 03 de março de 2018, foi publicado no Diário Oficial de Minas Gerais o Decreto estadual nº 47.383, que substitui na íntegra o Decreto estadual nº 44.844/2008, com mecanismos de flexibilização ou facilitação do licenciamento ambiental.

mento do dever de informação e violação dos direitos à água, à saúde, à moradia, à vida e à integridade física, além de violações a outros direitos econômicos sociais e culturais.

Na atualidade, a busca pelo acesso à justiça e a participação pública é crescente e constante. Sendo uma tendência mundial, no ordenamento brasileiro, o legislador, através da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, vem demonstrando uma preocupação com a defesa de direito transindividuais, facilitando e incentivando a tutela ambiental, por meio, por exemplo, da inversão do ônus da prova, da dispensa de quaisquer despesas e da não condenação da associação autora, ressalvada a comprovação de má-fé.

Para garantir o princípio do livre acesso à justiça, o Estado deve providenciar mecanismos adequados, de modo a encorajar a defesa dos interesses coletivos e difusos. Neste sentido, o artigo 25 da Convenção Americana (Online, 1969) sobre os Direitos Humanos, ao tratar da proteção judicial, ressalta:

Art. 25. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

No entanto, diante da crise do Poder Judiciário, marcada pela morosidade, falta de efetividade, de credibilidade na maioria dos casos concretos submetidos a sua apreciação, decorre a necessidade urgente de medidas alternativas na solução dos conflitos em geral e, em especial, os de raiz ambiental, por envolver direitos fundamentais de terceira dimensão, como o meio ambiente, que é imprescindível para as presentes e futuras gerações.

Em situação de desastres ambientais de grande dimensão como o ocorrido na cidade de Mariana em Minas Gerais em 2015, nota-se que são interpostas uma multiplicidade de ações tratando do mesmo tema, cada uma ao seu modo, mas todas buscando o ressarcimento dos prejuízos causados à coletividade. Ocorre que a existência de tantas ações judiciais, muitas com pedidos liminares, afasta a possibilidade de satisfação de todos os pedidos formulados contra os mesmos réus, em prejuízo da proteção dos bens jurídicos em questão. Podendo, inclusive, correr o risco de haverem sentenças conflitantes.

Tal cenário de tumulto processual é característico desses casos, nos quais uma infinidade de agentes é atingida, repercutindo diretamente em várias esferas de interesse, que transcendem os prejuízos imediatamente apuráveis. Situação muito semelhante se deu com a explosão, no Golfo do México, da plataforma *Deepwater Horizon*, pertencente à *Transocean* e operada pela *British Petroleum* (BP)⁴³. Da mesma forma, uma série de ações (civis e criminais) foram propostas contra a BP e outros corréus, seja por iniciativa de particulares ou pelos poderes públicos dos Estados Unidos, incluindo ações individuais e coletivas.

Com o intuito de solucionar as perdas de ordem econômico-financeira, dentre outras reivindicações era necessário encontrar uma solução global para as ações propostas. Assim, os entes da federação americana envolvidos entenderam por bem reunir todos os processos em um único juízo, a fim de buscar a composição de um acordo global, a ser submetido à homologação judicial. No total, essa solução chegou à cifra de mais de US\$20 bilhões, sendo o mais caro acordo celebrado com uma única entidade da história do Departamento de Justiça dos EUA.

Tal qual se sucedeu no caso do Golfo do México, as causas envolvendo a Samarco e suas controladoras, tendo em vista a defesa de interesses coletivos, também demandariam uma análise completa, de modo a permitir um melhor aproveitamento do rito processual e esgotamento dos meios de prova, evitando-se, dessa maneira, a fragmentação da solução final. Logo, a solução mais adequada, em atendimento aos princípios da efetividade, economicidade e uniformização, seria a reunião de todas as ações coletivas em um único juízo⁴⁴.

No entanto, como visto, diante da crise dos meios tradicionais de acesso à justiça, pode

⁴³ Em 20/04/2010, a uma distância de cerca de 80km da costa do estado de Louisiana, o poço *Macondo* sofreu uma ruptura catastrófica, causando um incêndio que perdurou por alguns dias. O acidente levou à morte onze homens a bordo e, por um período de quase três meses, foram sendo derramados mais de três milhões de barris de petróleo nas águas do Golfo, atingindo até 2.000km da costa do Texas à Flórida. O óleo se espalhou por profundas correntes marítimas e chegou a centenas de milhas de distância do foço, produzindo manchas com mais de 110.000km² de extensão e depositando resíduos químicos em mais de 1.000km² do fundo do mar. Como resultado, a qualidade da água foi drasticamente afetada, expondo plantas aquáticas e animais selvagens a substâncias de alta nocividade. Em virtude do derramamento, foram danificadas atividades econômicas essenciais ao complexo regional, como a pesca, que ficou temporariamente paralisada. E ao olear centenas de milhas de praias, zonas húmidas costeiras, pântanos, foram exterminadas milhares de aves e outros animais marinhos, causando incalculáveis lesões de ordem econômica e natural. U.S. and Five Gulf States Reach Historic Settlement with BP to Resolve Civil Lawsuit Over Deepwater Horizon Oil Spill. The United States Department of Justice. Disponível em: <<http://www.justice.gov/opa/pr/us-and-five-gulf-states-reach-historic-settlement-bp-resolve-civil-lawsuit-over-deepwater>>; Deepwater horizon. The United States Department of Justice. Disponível em <<http://www.justice.gov/enrd/deepwater-horizon>>, acessos em 25 de junho de 2016.

⁴⁴ E é também seguindo essa mesma linha que o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) estabeleceu mecanismos inovadores no trato da litigiosidade repetitiva e de massa. E para aprimorar ainda mais a resolução de problemas análogos, criou o chamado “incidente de resolução de demandas repetitivas” (IRDR), com previsão no Capítulo VIII do Título I do Livro III (artigos 976 e seguintes), por meio do qual poderá ser definido um padrão-decisório ou decisão-modelo, quanto à matéria de direito, a ser aplicado a casos idênticos. OLIVEIRA, F.A.R. Competência. In: THEODORO Jr., H.; OLIVEIRA, F.A.R.; REZENDE, E.C.G.N. (eds.). **Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro: de acordo com o Novo Código de Processo Civil**, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 64-81, p. 76.

ser mais proveitoso a utilização dos meios alternativos do que recorrer ao Poder Judiciário. Assim, procura-se a solução dos conflitos ambientais por meio de instrumentos como o TAC, mediante a comunicação, o diálogo e o entendimento. Por conseguinte, novas estratégias de solução dos conflitos efetivam o princípio do acesso à Justiça e redemocratizam a participação do cidadão e da comunidade. Neste sentido Fink *apud* Milaré vem ensinar que:

Antes de se lançar mão de tão desgastante, cara e difícil solução para o conflito ambiental, deve-se buscar a via da negociação, por meio da qual todos encontrarão seus lugares e ao final do processo sairão muito mais fortalecidos do que se fossem obrigados a obedecer um comando frio e inexorável de uma sentença⁴⁵.

O Compromisso de ajustamento de conduta disposto na Lei n. 7.347/81 constitui-se exatamente como um meio alternativo de se alcançar a tutela jurisdicional, de forma a consolidar o acesso à Justiça no Estado Democrático de Direito. Os mecanismos de solução de conflitos como mediação, arbitragem, conciliação e o TAC são procedimentos voluntários, caracterizados pela informalidade, rapidez, participação da comunidade, com diálogo entre as partes, o que reflete maior inovação da política judiciária.

Além de prezar por uma composição em tempo suficiente, é fundamental a participação pública nos processos de tomadas de decisão pública⁴⁶, que tenha transparência por meio de publicidade e que possibilite controle social. Em desastres de grandes dimensões, ONGs como o Greenpeace, por exemplo, desenvolvem estudos das diferentes áreas afetadas pelo desastre como fauna, flora, água, impactos sociais e direitos humanos, pois incentivar a pesquisa na região atingida por uma tragédia é um importante passo para dimensionar os efeitos da devastação.

Isso porque, especificamente, nas demandas relativas a conflitos ambientais, por sua natureza complexa, são envolvidos conhecimentos de áreas diversas do saber, podendo o acordo entre as partes ser realizado antes da Ação Civil Pública ou durante o curso desta. Acredita-se que a participação de experts seja substancial na elaboração do termo, para uma identificação mais precisa dos danos ambientais e a sua mensuração. Assim, o compromisso de ajustamento de conduta se apresenta como instrumento democrático complementar na resolução dos conflitos ambientais por meio de novas alternativas à jurisdição estatal.

Ressalta-se que embora a maioria dos Termos de ajustamento de conduta sejam firmados com o Ministério Público, a Defensoria Pública também possui plena legitimidade desde a edição da Lei 11.448/2007, que a incluiu entre os atores coletivos do rol previsto no

⁴⁵ MILARÉ, E. **Direito do ambiente**. 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1466.

⁴⁶ Conforme artigo 41º da Carta dos Direitos Humanos Fundamentais da União Europeia, a Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento, a Convenção de Aarhus, a participação pública é um dos elementos essenciais da democracia ambiental, integrantes de uma decisão responsável e atuação administrativa mais prudente. LOPES, Cristiana Maria Cardoso. “A legitimação participativa de uma decisão ambientalmente responsável” in **Revista CEDOUA**, nº 29, Ano XV, 1.2012, p. 117-129.

art. 5º da Lei da Ação Civil Pública. Além disso, tendo a LC 132/2009 acrescentado funções relativas a tutela ambiental, a Defensoria, até que a ADIn 3.943-1 seja decidida⁴⁷, pode e deve possibilitar a tutela dos necessitados ou quando a sua esfera jurídica possa ser atingida, ou seja, quando a tutela do bem jurídico esteja inserido no âmbito de sua competência.

Por fim, discute-se os modos de aperfeiçoar o acordo ambiental voluntário. Verificam-se como aspectos negativos a fraca participação popular na construção das soluções propostas ao envolver somente alguns atores em específico na sua propositura, o irrealismo dos prazos, demonstrando uma falta de atenção na elaboração do termo ou uma tentativa de burlar o cumprimento da legislação ambiental por parte do causador do dano. Além disso, a irrestrição no número de termos aditivos, a dilação dos prazos e a exclusão da sociedade no processo, pode ocasionar um efetivo dano ambiental ou seu alargamento, logo a inadequação entre o dano causado e a sanção aplicada, compromete a melhoria da qualidade ambiental. Em suma: deficiência na elaboração do TAC e faltosa ou deficiente monitorização⁴⁸.

Em face da indisponibilidade do direito ao meio ambiente, a proposta do compromisso deve ser de reparação integral do dano. O que se admite são as condições para o seu cumprimento, tendo em vista cada caso em concreto, a capacidade econômica do poluidor/infrator e o interesse social. Em consonância à sumula 21, aviso 140/2004 do Conselho Superior do Ministério Público, é recomendável que o agente celebrante sempre fiscalize o cumprimento do TAC. Este acompanhamento deve ser periódico e requerido do compromitente a comprovação do cumprimento das obrigações assumidas, conforme os prazos estabelecidos sejam findados⁴⁹ e diante de irregularidades, deve o órgão público intimar o poluidor para esclarecê-las ou saná-las, conforme o caso.

Todavia, a celebração do TAC não esgota o processo de efetivação da norma. Como anota Milaré, a formalização dos termos de ajustamento deve primar pelos princípios regentes da Administração Pública e dependem de um mínimo de agilidade para ser eficaz e eficiente⁵⁰. Além disso, se o TAC é justificado como forma de atender ao caráter de urgência de ação contra as lesões ou ameaças de lesões aos direitos transindividuais, os seus prazos e seus termos aditivos não podem ser prorrogados indefinidamente. Irrelevante seria a existência de cláusulas referentes a cominações em caso de descumprimento da obrigação assumida se houver a possibilidade de, a cada expiração do prazo de sua vigência, prorrogarem-se as obrigações via sucessivos termos aditivos. Logo, para sua implementação é necessário um critério claro e objetivo para o estabelecimento de prazos e possibilidade

⁴⁷ Em razão do dissenso relativo à legitimidade ativa da Defensoria Pública foi instaurada a ADIn 3.943-1 (MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015, p. 1412).

⁴⁸ Conforme estudo da real efetividade dos acordos ambientais realizado por Roberta Corrêa Vaz de Mello em **A insônia da princesa da fábula: acordos ambientais e governância**, dissertação de mestrado em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009.

⁴⁹ MILARÉ, E. **Direito do Ambiente**. 10ª Edição Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015, p. 1474-1475.

⁵⁰ MILARÉ, E. **Direito do Ambiente**. 10ª Edição Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015, p.1475.

de prorrogação.

Por fim, no que tange à participação popular, o órgão público legitimado que o propõe, pode criar possibilidades para um envolvimento direto por meio da inclusão, como partícipes do acordo, de representantes dos grupos sociais cujos interesses coletivos estejam envolvidos no TAC, ou condições para um envolvimento indireto via controle social, por meio da garantia de uma correta e efetiva publicidade desse TAC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os acordos voluntários ambientais são um instrumento cujo âmbito de aplicação é relativamente recente, mas têm ganhado uma expressão notável, devido à especificidade que os caracteriza. De fato, a possibilidade de diálogo e cooperação entre empresas e Estado agrada a ambos os setores, pois constitui um grande avanço a composição extrajudicial de conflitos coletivos com defesa de interesses transindividuais. Assim, esta solução ganhou forma, permitindo maior flexibilidade e objetividade na resolução de problemas concretos.

Observa-se que tanto no âmbito europeu, como no ordenamento jurídico brasileiro, os institutos utilizados como meio de proteção do meio ambiente advêm da atual prática administrativa. Por conseguinte, através de negociação, são adotadas medidas sobre a forma de cumprimento de normas legais, visto que sem o ajuste das condições de cumprimento das obrigações impostas, o poluidor, muitas vezes, não teria possibilidades de cumprir o que lhe é imposto.

Os efeitos dos acordos voluntários revelam-se nas mais diversas esferas: competitividade das empresas, eficiência técnica, estrutura de mercado, influência sobre as decisões do Estado, destacando a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução no meio ambiente. Além disso, confrontado com a longa instrução probatória e prolação de sentença, o processo de restauração ocorre de forma mais rápida, evitando inclusive o risco de decisões conflitantes.

De forma geral, percebe-se uma preocupação no campo acadêmico, quase que exclusiva, sobre a incidência, o objeto e os legitimados para a propositura do TAC, sem, contudo, haver uma concreta avaliação sobre a implementação e aperfeiçoamento do mesmo. Entretanto, apesar de suas deficiências, acredita-se na aptidão desses instrumentos como mediadores da necessidade de implementação da política ambiental e da possibilidade de cumprimento dessa política.

Para a sua real efetividade, resta aprimorar a elaboração do TAC e sua fiscalização. É importante a participação efetiva dos envolvidos no processo de implantação de um empreendimento, bem como na solução das violações de direitos humanos dele decorrentes. Para a composição do acordo, um certo grau de flexibilidade deve ser mantido, pois o êxito do compromisso depende da análise concreta de cada caso para uma justa ponderação. Portanto, a aplicação dos princípios de acesso à justiça, da participação social, de lealdade

ao cumprimento do acordo e a fiscalização por parte do órgão público podem revelar o compromisso de ajustamento de conduta como um excelente mecanismo de defesa do ambiente.

As tendências recentemente evidenciadas apontam para uma maior exigência dos acordos voluntários, em termos de metas ambientais, bem como a afirmação do Estado como líder no estabelecimento dos objetivos dos acordos em detrimento das empresas. Num mundo cada vez mais consciente e atento no que diz respeito às questões relacionadas com o meio ambiente, espera-se que os acordos voluntários possam constituir-se como um caminho viável e eficaz e não como uma saída mais fácil para empresas e governos.

REFERÊNCIAS

AKAOUI, F. R. V. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ANTUNES, L. F. C. **A tutela dos interesses difusos em direito administrativo. Para uma legitimação procedimental**. Coimbra: Almedina, 1989.

ARAGÃO, M. A. De S. **O Princípio do nível elevado de proteção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos**. Coimbra: Almedina, 2006.

ARAÚJO, E. R.; FERNANDES, F. R. C. Mineração no Brasil: crescimento econômico e conflitos ambientais. In: **Conflitos ambientais na indústria mineira e metalúrgica: o passado e o presente**. Edição: Centro de Investigação em Ciência Política (CICP), Portugal; Centro de Tecnologia Mineral, Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (CETEM/MCTI), Brasil, Évora e Rio de Janeiro, 2016.

BAILEY, P. M. **Environmental Agreements and Compliance with the Treaty: Issues of Free Trade, Competition and State Aid**. Brussels: CAVA Working Paper, 2000.

BAILEY, P. M. The Creation and enforcement of environmental agreements. In: **European Environmental Law Review**, jun., vol.8, nº 6, 1999.

BLACK, J. **Critical Reflections on Regulation**. Londres: Centre for Analysis of Risk and Regulation at the London School of Economics and Political Science, 2002.

BÖRKEY, P.; LÉVÊQUE, F. **Voluntary Approaches for Environmental Protection in the European Union – a survey**. European Environment, Volume 10, Issue 1, pages 35–54, OCDE, 2000.

CABUGUEIRA, M. **Os acordos voluntários como instrumento de política ambiental**. Porto: Editora Vida Econômica, 1999.

CANOTILHO, J. J. G. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: **A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro**, Boletim da Faculdade de Direito da

Universidade de Coimbra, *Studia Juridica*, nº 81, 2005.

CARNEIRO, P. C. P. **A Proteção dos Direitos Difusos Através do Compromisso de Ajustamento de Conduta Previsto na Lei que Disciplina a Ação Civil Pública**. Tese aprovada no 9º Congresso Nacional do Ministério Público, em Salvador, 1992.

Comunicado da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Conselho de Ministros sobre os Acordos Voluntários, a 27 de Novembro de 1996. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-97-204_pt.htm>, acesso em 30 de junho de 2016.

Convenção Americana de Direitos Humanos. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 21 set. 2017.

CONVERY, F.; LÉVÊQUE, F. **Applying Voluntary Approaches – Some Insights from Research**. CAVA International Policy Workshop on the Use of Voluntary Approaches, 2001.

CORDEIRO, A. Menezes de. Tutela do ambiente e direito civil. In: **Direito do Ambiente**. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1993.

DIAS, J. E. de O. F. **A reinvenção da autorização administrativa no direito do ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2014.

Fifth European Community environment programme: towards sustainability. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:l28062>>, acesso em 30 de junho de 2016.

GARCIA, M. da G.F.P.D. **O lugar do direito na protecção do ambiente**. Coimbra: Ed. Almedina, 2007.

GOMES, Carla Amado; DIAS, José Eduardo Figueiredo. Notas reflexivas sobre sistemas de gestão ambiental. In: **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**. Nº 31, Ano XVI, 1.2013, p. 9-27.

GUNNINGHAM, N. **Beyond compliance: next generation environmental regulation**. Melbourne: Australian Institute of Criminology, 2002.

GUNNINGHAM, N.; SINCLAIR, D. **Designing Smart Regulation**. Oxford: Clarendon Press, 1998.

KIRKBY, M. B.-M. **Os contratos de adaptação ambiental: a concertação entre a administração pública e os particulares na aplicação de policia administrativa**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

LOPES, C. M. C. A legitimação participativa de uma decisão ambientalmente responsável. In: **Revista do centro de estudos de direito do ordenamento, do urbanismo e do ambiente**. Nº 29, Ano XV, 1.2012, p. 117-129.

MAÇÁS, M. F. Os acordos sectoriais como um instrumento da política ambiental. In:

Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente. Ano III, 1. 2000, p. 37-54.

MAZZILLI, H. N. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. *In: Revista de Direito Ambiental*, vol. 41, p. 93, Jan/2006, DTR\2006\25. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf>

MELLO, R. C. V. de. Acordos ambientais: um panorama luso-brasileiro. *In Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento do Urbanismo e do Ambiente (CE-DOUA)*, Coimbra, a. XIV, n. 27, p. 101-121, 2011.

MELLO, R. C. V. de. **A insônia da princesa da fábula:** acordos ambientais e governança. Dissertação de mestrado em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009.

MILARÉ, E. **Direito do ambiente.** 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015

NERY, A. L. de A. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos.** São Paulo: Ed. RT, 2010.

OLIVEIRA, F.A.R. Competência. In: THEODORO Jr., H.; OLIVEIRA, F.A.R.; REZENDE, E.C.G.N. (eds.). **Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro:** de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 64-81.

ORTIZ, I. y SOLANO, D. La Libre Competencia Económica y la Protección del Medio Ambiente: Una aproximación al estudio de los Acuerdos Voluntarios de Cumplimiento Ambiental. *In: Revist@ E-Mercatoria*, vol. 15, N° 1, enero-junio, 2016.

PAIVA, T. M. D. de. **O modelo de comportamento dos consumidores “verdes” portugueses:** uma análise crítica. Tese de doutoramento em Marketing apresentada ao Instituto Superior das Ciências do Trabalho e da Empresa. Lisboa, 2003.

PRIEUR, M.. **Droit de l'environnement.** Paris: Dalloz, 2001.

RODRIGUES, G. de A. Princípios da celebração do compromisso de ajustamento de conduta em matéria ambiental. *In: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente.* N° 13, ano VII, 1.2004, p. 67-88.

SANTOS, B. de S. O Direito e a comunidade. As transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. *In: Revista Direito e Avesso*, Brasília, col. II, nº 3, p.138-156, jan/jul. 1983.

Sexto programa de acção em matéria de ambiente. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A128027>>. Acesso em: 30 jun 2016.

Voluntary Environmental Agreements. Bureau Européen des Unions de Consom-

mateurs, BEUC/X/060/2006. Disponível em: <http://ec.europa.eu/reducing_co2_emissions_from_cars/doc_contrib/beuc_voluntary_environmental_agreements_en.pdf>, acesso em 15 de mar. de 2016.

WOLF, B. **Organized environmental crime: an analysis of corporate noncompliance with the law**. Lewiston/Queenston/Lampeter: The Edwin Mellen Press, 2009.

UMA SÍNTESE HISTÓRICO JURÍDICA DA SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL E DO IMPACTO AMBIENTAL DOS AGROTÓXICOS

A LEGAL HISTORICAL SYNTHESIS OF FOOD AND NUTRITIONAL SAFETY AND THE ENVIRONMENTAL IMPACT OF PESTICIDIS

Vânia Márcia Damasceno Nogueira

*Defensora Pública Federal de Categoria Especial
Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna/MG
Membro do Grupo de Trabalho Segurança Alimentar e Nutricional da DPU*

vania.nogueira@dpu.def.br

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo pincelar estatutos conceituais, históricos e legislativos sobre a Segurança Alimentar e Nutricional no âmbito do Direito, debatendo o modelo atual agropecuário dos países em desenvolvimento, em especial Brasil e Chile, apontando os impactos ambientais nocivos do uso indiscriminado de agrotóxicos e discutir o Pacote do Veneno (PL nº 6.299/2002) e o seu opositor legislativo PNaRA (PL nº 6.670/16).

Palavras-chave: Segurança Alimentar e Nutricional. Agronegócio. Agrotóxico.

ABSTRACT

The purpose of this article is to outline conceptual, historical and legislative statutes on Food and Nutrition Security within the scope of Law, debating the current agricultural model of developing countries, especially Brazil and Chile, pointing out the harmful environmental impacts of the indiscriminate use of pesticides and discuss the Poison Package (PL nº 6.299 / 2002) and its legislative opponent PNaRA (PL nº 6.670/16).

Keywords: Food and nutrition security. Agribusiness. Pesticides.

Data de submissão: 18/09/2018

Data de aceitação: 21/06/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. O AGRONEGÓCIO NO BRASIL 2. ALIMENTAÇÃO ADEQUADA 3. SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL NO MUNDO 4. AGROTÓXICO 4.1. O prejuízo para saúde humana 4.2. As indústrias que fabricam o veneno 5. PL DO VENENO (LEI Nº 6.299/02) 5.1. Produção orgânica e incentivo fiscal 6. PNARA (PL Nº 6.670/16). CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

Embora a Declaração de Estocolmo (Conferência das Nações Unidas de 1972) já tivesse estabelecido o meio ambiente sadio como direito fundamental da humanidade, no Brasil foi o Texto Constitucional de 1988 que veio tutelar o meio ambiente equilibrado, como direito e dever de todos (art. 225). Se o meio ambiente é de todos, tanto humanos quanto não-humanos o possuem. Até porque, meio ambiente não é somente o verde e o azul. Meio ambiente é fauna, flora, humanos, não-humanos, todos inseridos num contexto único e planetário, indissociável, difuso, impossível de individualizar e sem limites fronteiriços.

Em junho de 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - ECO-92- (realizada no Rio de Janeiro), também conhecida como Cúpula da Terra, iniciou amplo debate conceitual do termo desenvolvimento sustentável. Até os dias atuais, ainda soa como algo fictício, encontrando dificuldades operacionais no lucro e na irresponsabilidade.

Apesar de já existir um arcabouço legislativo mínimo e amplo debate sobre como proteger o meio ambiente sem impedir o desenvolvimento econômico, países emergentes

que possuem base econômica no agronegócio, como o Brasil¹, sucumbem-se ao poder econômico para manter um sistema defasado e arcaico ambientalmente.

A Segurança Alimentar e Nutricional ultrapassa a questão da “quantidade” para ocupar-se também com a “qualidade” dos produtos alimentícios. O Pacote do veneno (PL nº 6.299/2002) vem trazer holofortes para a utilização irresponsável e desenfreada do uso de agrotóxicos, enquanto a sociedade luta para combater o processo através da Política Nacional de Redução de Agrotóxicos (Pnara).

1. O AGRONEGÓCIO NO BRASIL

O modelo de produção e preservação ambiental dos países emergentes gira em torno do agronegócio, principalmente da monocultura que utiliza grande quantidade de agrotóxico na lavoura. Ao contrário dos países desenvolvidos, como EUA e a maioria dos países do continente europeu, que já proibem em larga escala o uso de substâncias químicas comprovadamente venenosas à saúde humana e ao meio ambiente.

Os países que utilizam como medidor apenas os impactos positivos do agronegócio na balança comercial e no PIB, como Brasil e Chile, não consideram os efeitos maléficos e gastos econômicos com a saúde e a devastação ambiental. Há uma ilusão de que parcela dos milhões que contabilizam o PIB brasileiro é lucro produzido pelo agronegócio, pois além dos gastos com a saúde pública ainda há as perdas financeiras com incentivos e isenções fiscais para facilitar a importação, uso e comércio destes produtos.

O Brasil é o terceiro maior produtor de alimentos do mundo. Este enorme celeiro mundial é também o número um em utilização de agrotóxico. Em um hectare de soja hoje se utilizam 12 litros de agrotóxico, quase o dobro de 10 anos atrás. Os grandes fornecedores dominam o mercado de agrotóxicos, de sementes e de medicamentos, cuja utilização é justamente no combate dos efeitos destes venenos no organismo humano, é um ciclo lucrativo. Normalmente as mesmas empresas que fabricam a semente, fabricam o medicamento e o agrotóxico, como a Bayer.

¹ Este artigo é resultado de conclusões obtidas no estágio Programa de Intercâmbio do Bloco de Defensores Públicos Oficiais do MERCOSUL (BLODEPM), denominado *Pasantía*, realizado no Chile, nas cidades de Santiago e Valparaíso, no período de 4 a 8 de Junho de 2018, onde formou-se um comitê técnico composto por representantes da Defensoría Penal Pública de Chile, da Agencia Chilena de Cooperación Internacional para el Desarrollo – AGCID e de alguns membros das Defensorias Públicas Brasileiras, dentre as quais, a autora como representante da Defensoria Pública da União (DPU), Processo SEI n. 08038.002263/2018. Sendo participante do Grupo de Trabalho de Segurança Alimentar e Nutricional (GSAN) da DPU, a autora sintetizou seus conhecimentos através deste trabalho.

O Brasil é o maior criador de gado bovino do planeta, existem mais cabeças de gados no país que pessoas.² A produção de cereal é uma das maiores do mundo, tanto para alimentar os humanos como para alimentar o gado, aves e suínos. Há grande produção de açúcar, etanol, madeiras, frutas, algodão, arroz, feijão, milho e soja. Em toda a cadeia produtiva há riscos sanitários e dano ambiental, com o uso de “químicos dependentes” (herbicida, inseticida, fungicida). Desde o desmatamento, passando pelo transporte, armazenamento, pecuária, agricultura até a industrialização. Pisciculturas são construídas em meio a plantações de soja, milho e algodão, contaminando-se pelo solo e pela pulverização³.

O agrotóxico cria uma cadeia de contaminação direta e indireta, contamina-se o produto agrícola, o trabalhador rural que o manuseia, os moradores que residem próximo ao local, principalmente com pulverizações, o animal que se alimenta destes produtos, o ser humano que se alimenta da carne do animal e do produto agrícola, o solo e o lençol freático, o produto industrializado e as chuvas que são provenientes de água que evaporam com material tóxico. Além do processo produtivo, utilizam-se agrotóxico para homogeneizar o amadurecimento da soja e outros cereais, especialmente a transgênica (dessecantes como *Paraquat* ou *Diquat*, extremamente tóxicos aos rins e pulmões)⁴.

O modelo produtivo de monocultura brasileira baseado em latifúndios é arcaico, insustentável e utiliza-se de técnicas obsoletas, postas em desuso em países industrializados. Uma herança de sesmarias que privilegia a concentração de renda, porque muitas terras estão nas mãos de poucas pessoas. Este modelo já vem sendo debatido por impedir a erradicação da pobreza e não resolver o problema da fome, já que em época de grande produção prevalece a lei da oferta e da procura. Para não perder valor na alta produção, os produtos são jogados fora pelo produtor para elevar o preço. Além do que, são destinadas principalmente à exportação, deixando o mercado interno desabastecido, nas mãos de pequenos agricultores da economia familiar. O brasileiro paga internamente mais pelo quilo do café nacional do que o estrangeiro paga lá fora.

A industrialização brasileira recebeu enormes incentivos fiscais em 1965 por meio do

² A Organização Mundial de Saúde (OMS) classificou as carnes processadas como carcinógeno do grupo 1, o mesmo que inclui o Tabaco, amianto e plutônio. Nos EUA, 1 a cada 3 dólares gastos com tratamentos de saúde estão voltados ao combate do diabetes. Já existem inúmeras pesquisas que relacionam o desenvolvimento de diabetes e câncer com o consumo em excesso de proteínas de origem animal. O documentário norte-americano ‘*What the Health*’ alerta que as indústrias alimentícias possuem estreita ligação com as pesquisas pagas que escondem a nocividade de alguns produtos e substâncias utilizadas como alimento. A Mc Donald’s, a Coca Cola e a indústria de carne como um todo investe pesado em propagandas de promoção de seus produtos e ganha apoio de bancadas ruralistas com poderoso *lobbying* no Congresso Nacional. *What the Health*. Documentário. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=NoYINMgImGs>, 2017. Acesso em 9/9/18.

³ “É importante dizer, este um bilhão de litros do produto formulado, comprado nas casas da lavoura, que serão diluídos, em média, na proporção de um para cem litros de água. Quer dizer, temos cem bilhões de calda tóxica, pulverizados nas lavouras de soja, de milho, de algodão, de cana, nas nossas hortaliças, no feijão, no arroz. Cem bilhões de litros de calda tóxica, todo ano. Tóxica vai parar nos alimentos, e a outra parte, vai para onde? Penetra no lençol freático. Uma parte evapora e fica no ar, para depois se condensar e descer na chuva”. PIGNATI, Wanderlei. **Agronegócio, agrotóxicos e saúde**. In: OLIVEIRA DE SOUZA, Murilo Mendonça (Org). *Agrotóxicos – violações socioambientais e direitos humanos no Brasil* Anápolis: Editora Universidade Estadual de Goiás, 2016, pages 17 a 45.

⁴ *Ibid.*

Sistema Nacional de Crédito Rural (SNRC). A facilidade do crédito acabou prejudicando os pequenos agricultores em detrimento dos grandes exportadores monocultores. Em meados da década de 90, criou-se o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf), para diversificar a produção que realmente atende o mercado interno, que alimenta o brasileiro, por meio da economia familiar. Mas não teve o sucesso almejado. Com o pacote tecnológico campestre do SNRC chegaram os agrotóxicos sem nenhuma legislação reguladora até final da década de 80 quando veio a Lei nº 7.802/89 (Lei dos Agrotóxicos).

Em outros países em desenvolvimento como o Chile, o sistema não foi tão diferenciado. Nos últimos anos, a tecnologia cresceu notadamente graças ao impulso dado às grandes companhias estrangeiras como a Monsanto, produtora de produtos químicos como agrotóxicos e sementes, por meio da aquisição da *Seminis Vegetables Seeds*, que iniciou suas operações no mercado Chileno em 2005, e hoje fornece os mais variados insumos agrícolas.

As intoxicações por pesticidas aumentaram o dobro nos últimos 10 anos e muitos casos não são relatados pelo receio dos trabalhadores de perderem seus empregos. Continua-se a utilizar na agricultura Chilena vários inseticidas altamente perigosos para saúde humana, como o *Tamaron 600*, distribuído pela Bayer, ou o *Azinfos Metil*, organofosforado que pertence ao grupo mais perigoso do nível 1b, dentre seus nomes comerciais o *Gusathion M*.

Quase os mesmos produtos tóxicos utilizados no Brasil são utilizados no Chile e ambos comercializam entre si produtos contaminados, o brasileiro come Salmão e toma vinho chileno, enquanto o chileno toma café brasileiro contaminado.

2. ALIMENTAÇÃO ADEQUADA (DHAA)

Em 1994, o sociólogo Herbert de Souza, o Betinho, com o slogan “Quem tem fome tem pressa”, criou a organização não-governamental “Ação da Cidadania Contra a Fome, a Miséria e pela Vida”, no Rio de Janeiro. Betinho convocou a população em geral, empresários, ricos, classe média e imprensa, para fazerem uma cruzada para levar alimentos a quem não os tinha. Ao lançar esta campanha ele tentava minimizar os dados alarmantes da *Food and Agriculture Organization* (FAO), agência da ONU, que noticiava 32 milhões de brasileiros sem ter o que comer. Quase um terço da população passava fome na década de 90. Morriam 25 mil pessoas por dia vítimas da miséria e da pobreza. A cada 3,6 segundos alguém morria de fome no mundo.

No ano de 2000, o Brasil se classificou dentre os 25 países em desenvolvimento que atingiram as metas propostas pela ONU, reduzindo pela metade a proporção de pessoas com fome e o número absoluto desta população de famintos.⁵ Betinho já falecido não viu seu mérito. Lamentavelmente, hoje, passados 20 anos, o país voltou a alcançar índices preocupantes de pobreza. O IBGE mostrou em abril de 2018, que após anos de avanço

⁵ FAO. **State of Food Insecurity in the World. A Food and Agriculture Organization (FAO)**. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/a-i4037e.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.

no combate à pobreza, houve um retrocesso durante a crise econômica brasileira dos últimos 3 anos, o número de pessoas em situação de extrema pobreza e fome no país passou de 13,34 milhões em 2016, para 14,83 milhões em 2017, um aumento de 11,2% na pobreza absoluta do país.⁶

A fome é um dos maiores prejudiciais para economia e desenvolvimento de um país. Impacta diretamente nas relações de emprego, na produtividade, no aprendizado e aumenta o índice de acidente de trabalho. Afeta o desenvolvimento físico e intelectual das crianças e afeta diretamente o rendimento e abandono escolar. A Defensoria Pública da União em inúmeros itinerantes nos rincões do país, não raro se depara com as chamadas doenças de fome e baixa imunidade: anemia, hepatite, desnutrição, epilepsia e cegueira, Doenças comuns em determinadas regiões brasileira devido a carência de vitaminas e nutrientes, como ferro, iodo, zinco e vitaminas A e D. Doenças invisíveis que reduzem ou acabam com a capacidade laborativa do indivíduo.

“A anemia, sozinha, é capaz de reduzir o PIB de um país de 0,5% a 2%”. Em 1998 havia 840 milhões de pessoas desnutridas no mundo, das quais 799 milhões vivem em países em desenvolvimento, 30 milhões nos países em transição e 11 milhões nos países industrializados.⁷ Observa-se que existe desnutrição mesmo em países desenvolvidos. Destruição causada menos pela fome e mais pela alimentação inadequada, com produtos de baixa ou nenhuma qualidade nutricional, a exemplo dos alimentos industrializados.

O consumo exagerado de produtos industrializados e *fast foods*, a má informação e doenças associadas à depressão tem gerado graves problemas de desnutrição bulímica, anorexia nervosa e obesidade. Com 25 milhões de crianças e 250 milhões de adultos obesos, a obesidade virou epidemia e problema de saúde pública. Este exagero apresenta prejuízos para saúde humana e para o orçamento do SUS, em razão de doenças periféricas como diabetes, pressão alta, problemas cardíacos e depressão.⁸ Sendo que a obesidade, embora configure excesso energético, também pode apresentar baixa de nutrientes.

“Direito Humano à Alimentação Adequada” (DHAA) foi uma expressão cunhada embrionariamente no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc) de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992 (Decreto legislativo nº. 591/1992). Tem sua definição no artigo 2º da Lei de Segurança Alimentar (Lei nº 11.346/2006) que Criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Ssisan)⁹, como sendo:

⁶ VILLAS BOAS, B. **Pobreza extrema aumenta 11% e atinge 14,8 milhões de pessoas**. Valor Econômico, 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5446455/pobreza-extrema-aumenta-11-attinge-148-milhoes-de-pessoas>. Acesso em :9 set. 2018.

⁷ CHAIM, C. **Quem tem fome tem pressa**. Isto É. 2002. Disponível em: <https://istoe.com.br/27047_QUEM+TEM+FOME+TEM+PRESSA>. Acesso em: 9 set. 2018.

⁸ BURITY, V. **Direito humano à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional**, 2010.

⁹ O SISAN é integrado por um conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e pelas instituições privadas, com ou sem fins lucrativos, afetas à segurança alimentar e nutricional e que manifestem interesse em integrar o Sistema, respeitada a legislação aplicável. A Defensoria Pública da União faz parte do SISAN, sendo representada pelos membros do Grupo de Trabalho (GT) de Segurança Alimentar e Nutricional (GSAN).

Art. 2º. A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.¹⁰

A adoção das políticas para promover a segurança alimentar deverá levar em conta as dimensões ambientais, culturais, econômicas, regionais e sociais. Se é uma política pública e um direito fundamental do indivíduo, umbilicalmente ligado ao Princípio da Dignidade Humana (art. 1º, III, CF) tem que ser protegido e promovido pelo Estado. Observa-se que o direito à alimentação está incluído no rol de direito social do art. 6º do Texto Constitucional (EC 64/2010).

Para respeitar as dimensões ambientais do Brasil, deve-se observar em cada comunidade e região brasileira, os seguintes componentes:

- Disponibilidade (terras produtivas, recursos naturais disponíveis, como a água, produtos fornecidos na rede de comércio local);
- Adequação (preparação e consumo de acordo com a cultura, tradição, hábitos e padrões alimentares e de saúde, próprias ao consumo e sem riscos para saúde, desenvolvidos através de técnicas sustentáveis e sem dano ambiental);
- Acessibilidade física (idosos, crianças, lactentes, portadores de necessidades especiais, doenças terminais, presos, vítimas de calamidades e risco social);
- Acessibilidade econômica (financeira) e a estabilidade no fornecimento.¹¹

Portanto, Direito à Alimentação Adequada pressupõe a realização de outros direitos consagrados no texto constitucional como meio ambiente equilibrado, saúde, educação, informação, para que se promova os objetivos fundamentais da nação, (I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação).

3. SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL NO MUNDO

O homem era nômade e com o tempo fixou-se na terra, desenvolvendo a agricultura e interferindo no meio ambiente. A erosão do solo já preocupava Platão no ano 400 a.C.

¹⁰ **Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional - Lei 11.346 de 15 de setembro de 2006.** Disponível em: <http://www.abrandh.org.br/downloads/losanfinal15092006.pdf>. Acesso em: 10/9/18.

¹¹ *Op. cit.* BURITY, Valéria.

e eliminou a civilização Maia em 900 d.C.¹² Os instrumentos que antes eram manuais, como pá e enxada, evoluiu ao arado, carro de boi e charrua na Idade Média, aumentando a produção agrícola.

Nos fins do século XIII, a degradação dos recursos naturais e do solo e o superpovoamento levou o homem a uma crise famélica que o tornou vulnerável às epidemias, como a peste bubônica, tuberculose e varíola. “A peste negra dizimou grande parte da população entre 1347 e 1351, o que ocasionou a regressão do desenvolvimento agrícola, industrial, comercial e artesanal”.¹³ Com a revolução industrial (século XVII), a produção de máquinas agrícolas aumentou novamente a produtividade do campo.

As práticas de fertilização orgânicas foram abandonadas em 1840, com a descoberta do químico alemão Justus Von Liebig, de que a nutrição das plantas se dava por meio de substâncias químicas presentes no solo, que poderiam aumentar a produção, caso fosse acrescidas estas substâncias, nasceu assim o mercado de fertilizantes químicos.

Após a 2ª Guerra Mundial, as indústrias químicas, bélicas e farmacêuticas desenvolveram-se bastante para atender os interesses da guerra e do pós-guerra com a reconstrução dos países destruídos. Os fertilizantes e agrotóxicos até então utilizados como explosivos e armas químicas, passaram a ser utilizados na agricultura (explosivos transformaram-se em adubos sintéticos, gases em agrotóxicos e tanques de guerra em tratores).¹⁴

Temendo boicotes, cercos e embargos militares e políticos, alguns países europeus começaram a utilizar o termo **segurança alimentar** durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), porém restrito-o à ideia de segurança nacional. A partir da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), especialmente após a criação da ONU e da FAO (1945), o termo passa a estar relacionado à insuficiência passou a ser relacionado na disponibilidade de alimentos.

Na década de 60 e 70, deflagrada pelo Revolução Industrial, iniciou-se mundialmente a Revolução Verde. Um modelo de aumento de produção agrícola mundial para solucionar a fome no mundo. Aumentou a produção, a poluição e as mudanças climáticas. A **Revolução Verde** baseava-se na utilização de sementes geneticamente melhoradas e uso de fertilizantes e agrotóxicos, principalmente nos países em desenvolvimento. A Índia foi o cenário experimental com um enorme aumento na produção de alimentos. Em poucos anos verificou-se que a fome não foi erradicada e o meio ambiente sofreu impactos devastadores com redução da biodiversidade, menor resistência a pragas, êxodo rural e contaminação do solo e dos alimentos com agrotóxicos.¹⁵

O Brasil também foi adepto da Revolução Verde na década de 70, durante a ditadura

¹² REIS, S. N. N. **Uma visão holística do direito: manual prático para o jurista do 3º milênio**, 1997. p. 256.

¹³ COSTA, G. S. V. da. **Da regulamentação dos agrotóxicos**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11864&revista_caderno=5>. Acesso em: 9 set. 2018.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Op. cit.* BURITIY, Valéria.

militar. O governo adotou a monocultura, modernização do campo com isenções fiscais para instalação de indústrias químicas produtoras de agrotóxicos, uso de variedades genéticas e crédito rural para aquisição de fertilizantes e maquinário. Em 1975, o Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), obrigava o agricultor a comprar tais produtos para obter recursos do crédito rural. Investiu-se na propaganda dos fertilizantes. Houve um enorme impulso na produção de soja, ocasionando excedente de produção com queda de preços. Para controlar o preço, o produtor jogava o alimento fora. Não havia uma política de armazenamento estratégico.

Nos EUA, iniciou-se movimentos ambientalistas com a publicação do livro “*The Silent Spring*” (Primavera Silenciosa) da pesquisadora americana Rachel Carson em 1962.¹⁶ No livro a autora expôs os perigos do uso de pesticidas (DDT), questionando a vulnerabilidade e crença do homem moderno no progresso tecnológico. O governo estadunidense de John Kennedy, por meio de seu comitê científico, investigou as denúncias feitas no livro, culminando na proibição de uso do pesticida naquele país. Mas o grande mérito do livro foi a repercussão junto à população, pelo fato de ter sido lançado em edição de bolso nos EUA, não ficando restrito à academia, e ainda o surgimento da inversão do ônus da prova na questão ambiental. Passou a ser responsabilidade dos fabricantes provar que seus produtos eram seguros, o que lógico, as indústrias químicas não conseguiram fazer.

Em 1972, um grupo de pesquisadores, empresários, políticos e cientistas de todo o mundo, conhecido como Clube de Roma, encomendaram um relatório (*Meadows*) para o *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), devido à crise ecológica deflagrada e suas consequências para a área comercial, visando obter uma visão sistêmica dos problemas. O relatório denominou-se “os limites do conhecimento”¹⁷. No mesmo ano, efetuou-se o primeiro acontecimento ambiental estatal, a Primeira Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente Humano, Conferência de Estocolmo, que fixou princípios comuns para preservação ambiental e desenvolvimento socioeconômico equitativo (eco desenvolvimento).

Em 1974, aconteceu a Conferência Mundial de Alimentação, discutindo e redimensionando o conceito de segurança alimentar no final da década de 80, que passou a incorporar também “a noção de acesso a alimentos seguros (não contaminados biológica ou quimicamente); de qualidade (nutricional, biológica, sanitária e tecnológica), produzidos de forma sustentável e equilibrada, com acesso à informação”.¹⁸

Passa-se a utilizar o termo Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), agregando-se o

¹⁶ Rachel Louise Carson, escritora, cientista e ecologista norte-americana, demonstrou cientificamente que o DDT, inventado por um prêmio Nobel, destruía de imediato inúmeras espécies de insetos, mas acumulava-se no sistema gorduroso dos animais, causando extermínio de espécies inteiras, câncer e mutação genética. Para maior alcance popular a autora utilizou-se do recurso da fábula para contar a história de uma cidade fictícia que foi dizimada pelo pesticida, tendo silenciado todos os pássaros daquela primavera.

¹⁷ Em 1983, a Assembleia Geral da ONU cria a Comissão para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, presidida pela Primeira Ministra da Noruega Gro. Harlem Brundtland, com a incumbência de pesquisar os problemas ambientais globais, dando origem ao Relatório *Brundtland* de 1989 (*Our Common Future*), onde se cunhou o conceito de “*desenvolvimento sustentado*”, que foi trazido ao Brasil na ECO 92.

¹⁸ *Op. cit.* BURITY, Valéria.

aspecto nutricional e sanitário na Conferência Internacional de Nutrição (1992) e Cúpula Mundial da Alimentação (1996), ambas realizadas pela FAO em Roma. “A partir de então, de forma progressiva, a SAN começa a ser entendida como uma possível estratégia para garantir a todos o Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA).”¹⁹

4. AGROTÓXICO

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) os Agrotóxico e afins (inseticidas, acaricidas, bacteriostatos, fungicidas e herbicidas defensivos agrícolas, pesticidas, praguicidas, biocidas, agroquímicos) são produtos químicos nocivos à saúde humana que são utilizados no controle e prevenção de pragas, principalmente na agricultura. No Brasil o termo é definido na Lei n.º 7.802 de 11 de julho de 1989 (Lei do Agrotóxico), regulamentada pelo Decreto n.º 4.074/2002, que excluiu como afins os fertilizantes e hormônios utilizados em animais, muitas vezes também produtos tóxicos ao organismo humano.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se:

I - agrotóxicos e afins:

a) os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas e também de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos;

b) substâncias e produtos, empregados como desfolhantes, dessecantes²⁰, estimuladores e inibidores de crescimento;

II - componentes: os princípios ativos, os produtos técnicos, suas matérias-primas, os ingredientes inertes e aditivos usados na fabricação de agrotóxicos e afins

¹⁹ *Ibid.* A Lei de Segurança Alimentar, Lei nº 11.346/2016 (LOSAN), em seu artigo 4º, esclarece a abrangência do termo segurança Alimentar Brasileira.

²⁰ *Desfoliante e dessecante* são substâncias químicas utilizadas na lavoura. O *Desfoliante* induz a queda prematura das folhas, já foi utilizado na guerra como arma química, a exemplo do “*agente laranja*” utilizado na guerra do Vietname na década de 60 pelos Estados Unidos, criando uma geração de crianças com deformação em braços e pernas. O *Dessecante*, absorve água e umidade em geral, utilizado em várias situações na indústria e lavoura. Os mais sílica gel, sulfato de cálcio, cloreto de cálcio e argila. Um conhecido dessecante natural é o sal, utilizado na conservação de alimentos como carne.

Há uma classificação taxonômica dos agrotóxicos, de acordo com sua nocividade que inicia-se no nível 1, rótulo vermelho extremamente perigoso e termina no nível 04, rótulo verde.²¹ Muitos agrotóxicos do primeiro nível são proibidos no mundo e no Brasil desde 2009, mas são comercializados clandestinamente. O *diclorodifeniltricloroetano* (DDT), uma síntese do cloral e clorobenzeno, foi muito utilizado durante a Segunda Guerra Mundial e no controle da malária em todo mundo. Sua toxicidade e danos ambientais foram alertados no livro de Rachel Carson, como já mencionado em item anterior.

O DDT foi bem eficaz na década de 70 no Brasil combatendo pragas, no entanto, desenvolveu nas mesmas pragas uma enorme resistência biológica que prejudicou enormemente a agricultura e o meio ambiente, pois elevou ao dobro o consumo de agrotóxicos no país nos últimos 10 anos. Os organofosfatos (*Sarin, Soman, Tabun*) vieram com força total na substituição do DDT, porque eliminam os insetos diretamente e também são absorvidos pelo vegetal que se torna tóxico ao próprio inseto, porém, pelo mesmo motivo, são mais contaminantes, porque facilmente absorvidos pelo lençol freático.

Existe grande problema de insuficiência na fiscalização e controle no manuseio dos agrotóxicos. A classificação taxonômica seria de grande relevância para a população que manuseia o produto se a maioria não fossem pessoas leigas ou de baixa escolaridade que não leem rótulo. A falta de etiquetagem apropriadas, expondo o risco dos químicos e dos transgênicos à saúde humana e ao meio ambiente como um todo é uma realidade.

Ademais, pequenos agricultores não utilizam equipamentos de segurança e utilizam métodos perigosos de difusão dos agrotóxicos. Os pequenos agricultores usam pulverizadores de mochila (extremamente perigosos) e os grandes agricultores utilizam pulverizadores em aviões, em desacordo com Instruções Normativas do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), que estabelece um limite mínimo de 500 metros longe de qualquer área habitada, córregos, criações e escolas.

Estas pulverizações aéreas têm causado acidentes graves como o caso da escola rural de

²¹ “O agrotóxicos podem ser divididos em inseticidas, herbicidas e fungicidas. O inseticidas são utilizados para exterminar insetos, destruindo ovos e larvas principalmente. Os herbicidas são usados na agricultura para o controle de ervas daninhas. Já os fungicidas destroem ou inibem a ação dos fungos que geralmente atacam as plantas. Os inseticidas formam 3 grandes grupos, os organoclorados, os organofosforados e carbamatos e piretrinas. Os herbicidas têm como grupos mais importantes Paraquat, clorofenoxois e dinitrefenóis. Quanto à finalidade os agrotóxicos podem ser classificados em: ovicidas (atingem os ovos dos insetos), larvicidas (atacam as larvas), acaricidas (para ácaros) ou formicidas (atacam formigas). Os agrotóxicos podem agir através da ingestão (a praga ingere a planta com o produto), microbiano (o produto contém microorganismos que atacam a praga ou o agente causador da doença) e por contato (ao tocar o corpo da praga o produto já faz efeito). Dentre os pesticidas utilizados no setor agrícola, destacam-se os seguintes: Aldrin, utilizado no controle de pragas do solo (principalmente cupins), no milho, no algodão e na batata por pulverização. Clordano, inseticida utilizado em vários tipos de lavoura e contra cupins. Dieldrin, inseticida usado em pomares de frutas, no solo e no cultivo de sementes. Endrin, raticida e inseticida usado na cultura de algodão, arroz e milho. Heptacloro, inseticida usado contra insetos do solo, cupins e saúvas. Hexaclorobenzeno, fungicida e, também, subproduto na fabricação de defensivos e contaminadores em outros agrotóxicos. Mirex (MR), um dos pesticidas mais estáveis e persistentes, é um inseticida usado para o combate de saúvas, corta-folhas e cupim segador; e Toxaphene (MR), inseticida usado especialmente contra carrapatos, acarinos e larvas e no algodão, composto de 670 produtos químicos.” *Op. cit.* Costa, Geovana Specht Vital.

Rio Verde, Goiás, Pontal dos Buritis, cercadas de plantação de milho, onde um avião pulverizou dezenas de crianças no ano de 2013, cuja responsabilização ficou apenas no âmbito da negligência.²²

Estudos da Anvisa apontam que o pimentão é o alimento mais contaminado por agrotóxico (92% dos pimentões pesquisados estava inapropriado ao consumo). Morango (63%), pepino (57%), alface (54%), cenoura (49%), abacaxi, beterraba e mamão passam dos 30%, além do alimento *in natura*, também os processados estão contaminados (leite, derivados e carnes processadas)²³. O Programa de Análise de Resíduo de Agrotóxico em Alimentos (Para), do Ministério da Saúde, coordenado pela Anvisa, fez uma pesquisa em 2012 recolhendo amostras em mais de mil supermercados em todo o país e detectou que apenas um terço dos alimentos não possuem resíduos de agrotóxicos além do permitido. Na pesquisa não constaram os agrotóxicos a base de *glifosato*, cujo princípio ativo é o *Roundap*, o que provavelmente teria demonstrado que nos alimentamos com 100% de vegetais contaminados.²⁴

Os países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), dentre os quais EUA, China, União Europeia, Costa Rica e Bolívia, tradicionalmente conhecidos por utilizarem muito agrotóxicos, já proibiram bastante o uso de químicos que ainda são utilizados no Brasil. Mais de 70% dos agrotóxicos proibidos no mundo ainda são utilizados aqui. É como se cada brasileiro consumisse 5 litros de veneno por ano.

Desde 2007 e principalmente durante a Conferência Internacional sobre a Gestão de Produtos Químicos, em 2015, a FAO vem elaborando recomendações com iniciativas de reduzir o risco e uso de agrotóxicos no mundo, recomendando a proibição progressiva destes químicos.

²² TALGA, Dagmar. **Pontal do Buriti. Brincando na chuva de veneno.** Diretora Dagmar Talga, 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=qHQdWwZcGlg>>. Acesso em: 9 set. 2018.

A responsabilização pelo uso inadequado de agrotóxico abrange as três esferas de atuação e possui inúmeros normativos que são pouco eficazes no combate ao dano, principalmente porque não repara a saúde humana e o meio ambiente danificado, senão, quanto muito, atribui responsabilidades. A responsabilidade civil está no Texto Constitucional de 1988, em seu art. 225, § 3º. A Lei 6.938/81, em seu artigo 14 atribuiu responsabilidade a uma cadeia de profissionais envolvidos na comercialização do agrotóxico, mas do agente financiador. A responsabilidade Penal está no artigo 56 da Lei de Crimes Ambientais, (Lei 9.605/98), e a responsabilização administrativa segue as normas do art. 43 do Decreto 3.179/99 dentre outros. Quanto as propagandas comerciais, a Lei nº. 7.802/89 determina que em qualquer meio de comunicação, seja clara a advertência “*sobre os riscos do produto à saúde dos homens, animais e ao meio ambiente*”, sendo aplicado a mesma lei que regula propaganda de cigarro e bebidas, Lei 9.294/96 (Decreto 4078/02 c/c art. 220 § 4º da CF). A Convenção n.º 184 da OIT (Relativa à segurança e saúde na Agricultura) incentivou Normas Regulamentadoras, como a NR 31(NR31) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), que também trata do tema.

²³ ROSSI, M. El país. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/29/politica/1430321822_851653.html?rel=mas>. Acesso em: 9 set. 2018.

²⁴ TALGA, D. O. e TALGA, J. V. B. **O poder do agronegócio e a mídia: Análise a partir da pulverização aérea de agrotóxico sobre a escola municipal São Jose do pontal**, in OLIVEIRA DE SOUZA, Murilo Mendonça (org.) Agrotóxicos – violações socioambientais e direitos humanos no Brasil. Anapolis: Editora Universidade Estadual de Goiás, 2016, pag 137-170.

4.1 O prejuízo para saúde humana

Dados do IBGE de 2013, “mostram que a cada US\$ 1 (um dólar) gasto na compra de agrotóxicos, o Sistema Único de Saúde (SUS) gasta R\$ 1,28 com a saúde de camponeses intoxicados.”²⁵ Entre os anos de 2007 a 2014 o Brasil tinha 1 morte a cada 2 dias e meio em razão de contaminação por produtos agrotóxicos, 8 intoxicações por dia, mais da metade crianças.²⁶

Organoclorados permanecem até 30 anos no meio ambiente. São absorvidos por via oral, respiratória e dérmica, e atingem o sistema nervoso central e periférico, provocando câncer. Os *carbamatos* ainda atingem os músculos do cérebro e glândulas. *Organofosforados*, como o *Tamaron* causam Polineuropatia retardada (fraqueza progressiva e ataxia das pernas, podendo evoluir até uma paralisia flácida); conhecida como Síndrome Intermediária²⁷ (paralisia que afeta principalmente os músculos flexores do pescoço, músculos da perna e respiratórios, diarreia intensa, e perda de potássio, depressão respiratória e morte) e efeitos comportamentais diversos (insônia, ansiedade, dificuldade de concentração, apatia, irritabilidade, depressão, esquizofrenia, falhas de memória). Os sintomas mais comuns identificados são dores de cabeça, tonturas, náuseas, vômitos, sudorese intensa, salivação, lacrimejamento e constrição pupilar, fraqueza, contração muscular, convulsões, podendo progredir ao coma. As *piretrinas* (alergizante) causam crises de asma e bronquite. *Paraquat*, causa lesões no rim e fibrose no pulmão.

“Segundo estudos, os municípios que mais usam organofosforados no Rio Grande do Sul são os que apresentam os maiores índices de suicídio no estado”.²⁸ Regiões com monoculturas (principalmente de soja e milho), onde o agronegócio é mais intenso, são também os que apresentam mais índices de casos de envenenamento, má formação genética, câncer e problemas neurológicos, endócrinos e imunológicos, como Goiás (Rio Verde) e Mato Grosso (Rondonópolis, Sinop, Lucas do Rio Verde e Tangara da Serra).²⁹

²⁵ *Op. cit.* TALGA, D. O.

²⁶ BOMBARDI, L. M. *Atlas “Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia”*. FFLCH USP. São Paulo, 2007. Disponível em: <www.larissabombardi.blog.br/atlas>. Acesso em: 9 set. 2018.

²⁷ (...) Outro quadro neurológico grave, desencadeado por exposições aos OPs, foi identificado mais recentemente, e passou a ser conhecido como “síndrome intermediária”. A Síndrome Intermediária (SI) caracteriza-se pela acentuada fraqueza dos músculos respiratórios, e diminuição da força dos músculos do pescoço e das extremidades proximais dos membros. Esses sintomas aparecem algumas horas após o início dos sintomas de hiper-estimulação colinérgica (intoxicação aguda). O comprometimento respiratório na SI, se não houver pronto atendimento em hospitais equipados com aparelhos de respiração assistida, pode levar à morte (...). *Idid. BOMBARDI, Larissa Mies.*

²⁸ *Op. cit.* Costa, Geovana Specht Vital.

²⁹ CARNEIRO, Fernando Ferreira. **Dossiê ABRASCO: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde**. In: CARNEIRO, Fernando Ferreira (org). Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015. Disponível em: content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf. Acesso em: 9/9/18. “Nas amostras de leite materno de mulheres moradoras da cidade de Lucas do Rio Verde-MT, 100% do material analisado apresentavam algum tipo de composto químico tóxico, incluindo o veneno diclorodifenilicloroetano, conhecido como DDT, proibido desde 2009 no Brasil e desde 1972 nos EUA. Também foi encontrado nas amostras o agrotóxico Endosulfan, hoje proibido no Brasil.” *Op. Cit.* TALGA, Dagmar Olmo.

É assustador ver a quantidade de cidades do interior do Brasil que inauguraram hospitais de câncer na última década, como Umuarama no Paraná, aliás, o Paraná se destaca como a capital brasileira que mais teve notificações com casos de envenenamento, quase o dobro da média nacional dos últimos anos.³⁰

Os agrotóxicos não causam somente problemas de saúde de forma aguda, onde as maiores vítimas são a população rural e ocupacional, causam graves problemas crônicos também na população urbana e não ocupacional, contraídos ao longo dos anos através da alimentação e água contaminada. Atraso no desenvolvimento das crianças, doenças neurológicas, como doença de Parkinson, esclerose lateral amiotrófica e Alzheimer, desenvolvimento de alguns tipos de câncer, como leucemia, próstata, mama e linfoma de Hodgkin, efeitos deletérios no nível citogenético e na capacidade reprodutiva, efeitos teratogênicos, alterações neurocomportamentais e cognitivas, efeitos endócrinos, abortos espontâneos, malformações congênitas.³¹

4.2 As indústrias que fabricam o veneno

Há um ditado atribuído ao médico Paracelso do século popular XVI, afirmando que “a diferença entre o remédio e o veneno é a dosagem”. As mesmas empresas químicas que produzem o agrotóxico, produzem as sementes geneticamente modificadas que necessitam cada vez mais de agrotóxico e ainda produzem o medicamento para combater as doenças causadas por estes agrotóxicos, ou seja, “a doença é um ótimo negócio no capitalismo”, explica Thomas Toledo, quanto ao funcionamento deste ciclo macabro de envenenamento:³²

“A Bayer compra a Monsanto, formando um truste. A parte Monsanto joga veneno nas frutas, verduras, legumes e cereais. As pessoas consomem e ficam doentes. Aí entra a Bayer com o remédio. Ela não cura, mas a prolonga o tratamento para ganhar mais. Como tem patentes e monopoliza o mercado, ela coloca o preço que quiser. Da mesma forma que a agricultura com veneno é subsidiada pelo governo, o sistema público de saúde também pagará pelo tratamento. O político bancado por essas empresas trabalha para tirar as restrições ao veneno e para encarecer o custo dos orgânicos. Com aumento no número de doentes, ele promete construir hospitais. O povo vota e ele trabalha para as empresas. Assim, o Estado gira essa roda de envenenamento, doença, político vendido.”

No documentário “O Mundo Segundo a Monsanto” (*Le monde selon Monsanto*, 2008), de Marie-Monique Robin, há um alerta sobre como grandes corporações de empresas

³⁰ PIGNATI, W. **Os efeitos dos agrotóxicos na saúde humana**. UFMT Seminário internacional contra os agrotóxicos e pela vida Fórum estadual de combate aos agrotóxicos do Paraná 2012. Disponível em: http://www.meioambiente.mppr.mp.br/arquivos/File/EFEITO_DOS_AGROTOXICOS_PIGNATI.pdf. Acesso em: 8/6/2006.

³¹ *Op cit.* QUEZADA, María Teresa Muñoz .

³² TOLEDO, T. **A doença é um ótimo negócio no capitalismo**. Disponível em: <https://caviarquerda.blogspot.com/2018/07/a-doenca-e-um-otimo-negocio-no.html>. Acesso em 9/9/18.

dominam a agricultura global através de práticas de pressão política e econômica, manipulação e controle de mercado e de dados científicos, tornando-se o mais lucrativo e seguro do mundo. A produção de fitofarmacêuticos, fitossanitários, defensivos agrícolas, agrotóxicos em geral decorrem prioritariamente de interesses lucrativos e não de melhoria de alimentos para acabar com a fome no mundo. Ao contrário, a história nos mostrou que nem sempre a tecnologia veio reduzir a fome e a desigualdade social.

As sementes são alteradas geneticamente e a cada vez necessitam de quantidades maiores de agrotóxicos para controlar as pragas cada vez mais resistentes. A população fica cada vez mais doente e a venda de medicamentos aumenta. É uma compra casada, “os agricultores tem que pagar pelas sementes e estas implicam na compra de um determinado agrotóxico, tornando-se assim não um modelo de produção, mas um modelo de domínio econômico”. É impressionante a quantidade de farmácias que existem em Belo Horizonte (MG). Cada esquina, literalmente possui uma farmácia. É um mercado que não vê crise.

Seis grandes empresas transnacionais controlam mais de 80% do mercado agroquímico: Syngenta (Suíça), Dupont (Estados Unidos), Dow Chemical (Estados Unidos), Bayer (Alemanha), comprou a Monsanto (EUA), Novartis (Suíça), Basf (Alemanha) e Milenia (Holanda/Israel).³³

A Monsanto da Bayer, a maior e mais conhecida, foi fundada nos EUA (1901), especializando-se em produção de produtos químicos, agropecuários e farmacêuticos. Seu carro chefe era o herbicida glifosato (*Roundup*). Fabrica também medicamentos e hormônios como aspirinas, Vanilina, aspartame, ácido sulfúrico e somatropina bovina (BST)³⁴ e o nocivo óleo *Ascarel* (PCB), utilizado em tintas, transformadores e lubrificantes hidráulicos. Na década passada, entrou no mercado de insumos agrícolas em geral como sementes geneticamente modificadas.

A história de sua constituição é assustadora. Indústria química alemã, inicialmente voltada para produção de tintas e corantes, integrava um cartel poderoso (IG Farben, juntamente com a BASF, Hoechst AG e outras) que doou dinheiro na campanha de Adolph Hitler, desenvolveu produtos utilizados pelo exército alemão e ainda produziu o gás *Ziklon-B* utilizado nas câmaras de extermínio. Seus medicamentos e vacinas foram testados em trabalhadores de suas fábricas. Cresceu bastante durante a Primeira Guerra Mundial produzindo gases tóxicos e explosivos.

Durante o Fórum Social Mundial de 2005, realizado em Porto Alegre, a *Action Aid* publicou um relatório denunciando que a Monsanto era uma das empresas que mais estava contribuindo para fome no mundo, ao controlar grande parte do comércio internacional de alimentos e produtos agrícolas.³⁵

³³ Op. Cit. TALGA, Talga, Dagmar Olmo.

³⁴ O *somatropina bovina* (BST), conhecido como hormônio do crescimento, é utilizado para aumentar a produção do leite nas vacas e já está proibida em diversos países do mundo por causar mastite e outras infecções nos animais e nos seres humanos.

³⁵ ACTIONAID INTERNACIONAL. **Power hungry six reasons to regulate global food corporations**. 2005. Disponível em: https://www.actionaid.org.uk/sites/default/files/doc_lib/13_1_power_hungry.pdf. Acesso em: 11 set. 2018.

Existem inúmeros casos judiciais tramitando contra a Monsanto nos EUA e em todo mundo com pedidos de indenizações decorrentes dos efeitos maléficos e mortais da utilização dos seus produtos, principalmente do *Roundup*.³⁶

5. PL DO VENENO (LEI Nº 6.299/02)

O art. 225, §1º, V, da CF/88, estabelece que incumbe ao Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”, este controle é exercido legislativamente, de forma concorrente pela União, Estados e Distrito Federal, estes de forma suplementar, (CF/88 e Lei nº 7.802/89) e quanto ao uso e armazenamento de forma supletiva pelos Municípios. É uma competência vertical, a União estabelece normas gerais, cabendo aos Estados e o Distrito Federal detalhá-las de acordo com especificidade de cada região, não podendo suplantá-las ou confrontá-las. Desta forma, cabe aos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Saúde e do Meio Ambiente, no âmbito de suas respectivas áreas de competências (Decreto nº 4.074/2002) a concessão do registro e avaliação de toxicologia humana e ambiental, cujas análises são pautadas em padrões determinados pela FAO.³⁷

Esporadicamente a bancada ruralista do Congresso Nacional brasileiro, apresenta um Projeto de Lei visando flexibilizar normas de controle de uso de agrotóxicos no país ou aplicar incentivos fiscais sobre estes produtos.³⁸ A Frente Parlamentar de Agropecuária

³⁶ O caso Dewayne Johnson (São Francisco, EUA, 1918), é um destes processos. Johnson em fase terminal de câncer ganhou indenização de 290 milhões de dólares. A Monsanto foi acusada de omitir informações de risco do produto e agir com omissão quando acionados. LEVIN, Sam. **Monsanto ordered to pay \$289m as jury rules weedkiller cause of man's cancer - Court finds in favor of DeWayne Johnson, ill man who was first to take Roundup maker to trial over allegations.** The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/business/2018/aug/10/monsanto-trial-cancer-dewayne-johnson-ruling> Acesso em 11/9/18.

Recentemente a Shell e Basf fecharam indenização milionária com os ex-trabalhadores da fábrica de agrotóxicos controlada pelas empresas que funcionou de 1974 a 2002 no município de Paulínia, no interior de São Paulo. A Shell contaminou o solo e o lençol freático com agrotóxicos contaminando mais de 6 mil pessoas. Muitos desenvolveram câncer. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2013/04/shell-e-basf-terao-que-pagar-indenizacao-milionaria-por-contaminacao-em-fabrica-de-agrotoxicos/2013>. Acesso em: 11/9/18.

Em 2017 o TST rejeitou agravo da Rhodia Brasil Ltda. (Concessionária da multinacional francesa *Rhône-Poulenc*), contra decisão que a condenou a pagar R\$ 100 mil de indenização por dano moral a um empregado contaminado por hexaclorobenzeno, substância cancerígena. A decisão concluiu que a conduta omissiva da empresa ficou amplamente demonstrada, pois desde 1976 ela despejava na baixada Santista toneladas de resíduos. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24221928, 2018. Acesso em: 11/9/18.

³⁷ Op. cit. COSTA, Geovana Specht Vital.

Existem inúmeros acordos internacionais de regulamentação, redução e eliminação de agrotóxicos: Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes- POP, Protocolo de Montreal Convenção de Roterdam, Convenção de Basileia, convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre o uso de produtos químicos e segurança e saúde na agricultura, dentre outros.

³⁸ A Bancada ruralista tenta também insistentemente impedir as ações de combate ao trabalho escravo no Brasil. Como exemplo, citamos a Proposta de Emenda Constitucional (PEC 57A/1999) do trabalho escravo. Op. cit. TALGA, Dagmar Olmo.

(FPA), bancada que atua na defesa de interesses econômicos do agronegócio brasileiro, composta em sua maioria por latifundiários que financiam as campanhas eleitorais de seus políticos, sempre mostrou resistências ao normativo de proteção ambiental.

Em 2002, a bancada ruralista propôs, através do atual Ministro da Agricultura Blairo Maggi (um dos maiores produtores rurais de soja do Mato Grosso, na época era senador), o Projeto de Lei nº 6.299/2002, origem no PLS 526/1999, que altera os arts 3º e 9º da Lei nº 7.802/89, que ficou conhecida como “PL do veneno”. Durante sua tramitação, o Projeto de Lei 6.299/02 absorveu outros projetos apresentados no Congresso e teve sua redação final apresentada pelo deputado relator Luiz Nashimori (PR-PR)³⁹.

O PL do Veneno determina dentre outros, a flexibilização das regras para a fiscalização e para a aplicação dos “agrotóxicos”, facilitando o processo de registro e comercialização para favorecimento do agronegócio. Segundo os ruralistas, as medidas propostas de alteração conferem eficiência ao setor da agricultura, porque uma nova substância que queira adentrar no mercado demora de 4 a 8 anos para ser liberada, já que necessita de ser avaliada pelo Ministério da Agricultura, pelo Ibama, órgão vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, e pela Anvisa, órgão vinculada ao Ministério da Saúde. Segundo eles, muitas destas substâncias já se tornam obsoletas quando são aprovadas.

Pelo Projeto, a Ministério da Agricultura, composto basicamente pelos agropecuaristas, teriam mais poderes no processo de autorização que os demais Ministérios envolvidos na análise e caso esta análise demore mais que 2 anos, o produto iria adentrar no mercado de forma provisória, mesmo sem todo o trâmite analítico de periculosidade concluída. Vai valer ainda um registro temporário dado em 30 dias, caso os produtos já tenham sido autorizados em países membros do Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (como dito acima, tradicionalmente utilizadores de agrotóxicos), ainda que seus efeitos ambientais sejam desconhecidos.

Atualmente se um produto se revela nocivo, com características teratogênicas, carcinogênicas ou metagênicas, causem dano ao meio ambiente e/ou não possuam antídoto, ele não poderá ser aprovado. O PL do Veneno vai omitir estas expressões legais hoje existentes. Uma das partes mais polêmicas refere-se a nomenclatura dos agrotóxicos que passarão a ser denominados de pesticidas (antes da polêmica cogitou-se até a nomenclatura de fitossanitários), com a desculpa de padronização junto ao Mercosul, no entanto, o real objetivo é ocultar ainda mais da população a periculosidade de consumo e manuseio destes produtos.

Luiz Nashimori chegou a lançar uma campanha em seu site intitulada “Lei do Alimento mais Seguro”, onde rebate informações e pesquisas que denunciam a nocividade dos agrotóxicos. O agronegócio intensificou campanhas midiáticas televisivas para angariar

³⁹ Projeto de Leis absorvidos no Pacote do Veneno: PL 2495/2000 (6) , PL 3125/2000 (4) , PL 5884/2005 , PL 6189/2005 (1) , PL 4933/2016 , PL 3649/2015 , PL 5852/2001 ; PL 1567/2011 (1) , PL 4166/2012 ; PL 1779/2011 ; PL 3063/2011 ; PL 1687/2015 (4) , PL 3200/2015 , PL 49/2015 (2) , PL 371/2015 , PL 461/2015 ; PL 461/2015 ; PL 958/2015 ; PL 7710/2017 ; PL 8026/2017 ; PL 6042/2016 ; PL 713/1999 (5) , PL 1388/1999 , PL 7564/2006 , PL 4412/2012 (1) , PL 2129/2015 , PL 5218/2016 ; PL 5131/2016 (1) , PL 10552/2018 ; PL 8892/2017 ; PL 9271/2017.

simpatizantes do agronegócio brasileiro com o slogan “o agro é pop”.⁴⁰

O Ministério Público da União considera inconstitucional o Projeto do Veneno, em face do artigo 225 e outros da Carta Magna, pelo prejuízo ambiental e à saúde humana causada pela flexibilização e mudanças trazidas no pacote legislativo. Dentre as entidades opositoras e ativistas ambientais, encontram-se a Defensoria Pública, o Ibama, a Anvisa e o Instituto Nacional do Câncer (Inca), Arasco, Fundação Oswaldo Cruz, autoridades e artistas conhecidos.

A OAB durante sua IV Conferência Internacional de Direito Ambiental (Vitória, 2018), elaborou documento pugnando pela rejeição do PL 6.299/02 e de seus substitutivos. Para OAB o PL, nestes 30 anos de Constituição Ambiental, seria o maior retrocesso em matéria ambiental brasileiro.

A Defensoria Pública da União, instituição expoente no acesso à justiça e garantia constitucional da preservação dos Direitos Fundamentais, deixou de ter um cunho exclusivo no assistencialismo jurídico individual, para atender a coletividade como um todo, dentre os quais os direitos ambientais (LC 132/09). Além de tutelas individuais, há uma política de litigância judicial de impacto por meio de Tutelas Coletivas. As Defensorias atuam na orientação e realização de projetos e acordos educativos diante das infrações ambientais, expedição de Notas Técnicas, atuação consultiva e participação em grupos, fóruns e processos legislativos de proteção ao meio ambiente e populações vulneráveis.

No âmbito da Defensoria Pública da União foi criado o Grupo de Trabalho Garantia à Segurança Alimentar e Nutricional (GSAN), instituído pela Portaria DPGF n. 291/2014, SEI 08038.008958/2014-37), com a ocupação de traçar estratégias de atuação relacionadas ao tema, abrangendo ações que visem a proteção do meio ambiente, garantia de alimentos seguros e saudáveis, tutela e uso racional da água, busca de um modelo de produção, consumo alimentar inteligente, sustentável e sem desperdício e combate ao uso inadequado de agrotóxico.

O combate ao PL 6.299/02 tornou-se um dos eixos principais de atuação no trabalho do GSAN. Segundo a Coordenadora Thais Aurélia, as proposições do PL são uma “tentativa de fragilizar situações de extrema relevância, albergadas por direitos fundamentais e que já estão asseguradas pela legislação infraconstitucional, constitucional e no âmbito do direito internacional”.

O PL do veneno apresenta “um grave retrocesso nas políticas públicas brasileiras de proteção da saúde e do meio ambiente, no que se refere ao uso de agrotóxicos, uma verdadeira farra do veneno”.⁴¹ É certo que os agrotóxicos causam danos graves imediatos e mediatos à saúde e ao meio ambiente e ainda é difícil excluir o uso por completo de toda substância que controla pragas na agricultura, no entanto, flexibilizar as medidas legais protetivas existentes na atualidade é retroceder e desconsiderar as inúmeras informações

⁴⁰ MOLINA, D. **A Farra do Veneno**. Disponível em: <https://www.brasil247.com/pt/colunistas/danilomolina/359767/A-farra-do-veneno.htm>, 2018. Acesso em: 11 set. 2018.

⁴¹ *Ibid.*

hoje existentes quanto aos danos causados pelos agrotóxicos. Informações estas inexistentes em décadas passadas, quando foram utilizados libertinamente porque não foram estudados e ainda não existiam pesquisas a respeito. Mesmo diante da existência de proibitivos legais, ainda há um mercado irregular e informal que atua clandestinamente utilizando e comercializando substâncias proibidas.

As medidas legais protetivas básicas estão sendo totalmente desconsideradas no PL do Veneno, como se os próprios parlamentares e agropecuaristas que as desconsideraram também não fossem vulneráveis diante da nocividade dos produtos tóxicos aplicados nas suas lavouras. A busca pelo lucro rápido dá aos mesmos uma falsa ideia da tutela da própria saúde e de suas famílias. O tempo mostrará que todo homem está inserido no mesmo meio ambiente, sem fronteiras de qualquer espécie. Caso o PL do Veneno seja aprovado, ficaremos todos vulneráveis.

5.1 Produção orgânica e incentivo fiscal

Uma das grandes estratégias para promover o desenvolvimento rural sustentável é indiscutivelmente o aumento da produção de produtos orgânicos. O consumo orgânico é saudável e compatível com o equilíbrio ambiental. A agricultura orgânica embora pareça inicialmente mais trabalhosa e cara ao agricultor (precisa de mais pessoas para trabalhar a terra em substituição de tanto maquinário), a médio e curto prazo traz benefícios imensuráveis; gera empregos, protege o meio ambiente (animais não humanos, solo e água), o trabalhador e sua família e o consumidor do produto. Gera uma enorme economia para os cofres públicos e para o bolso da população no que se refere aos gastos com saúde.

Enquanto na monocultura há cada vez menos geração de empregos, já que não há necessidade mais de muitos trabalhadores que foram substituídos pelo maquinário agrícola (no plantio, na colheita e na pulverização), a produção de orgânicos movimenta a economia no interior do país. O desemprego no meio rural é um encargo caro para União que, não raro, paga Benefícios Sociais (LOAS) para matar a fome do povo.

O valor dos produtos orgânicos ainda é muito caro, porque não há incentivos fiscais para a produção, e ainda impera a burocracia e maior fiscalização em pequenas feiras, devido a recentes denúncias de produtos com agrotóxicos sendo vendidos como se fossem orgânicos. Então até mesmo estas feiras, onde os produtos orgânicos poderiam se tornar mais baratos, conhecidos e desejáveis pela população, já há dificuldades de comércio.

A legislação brasileira apoia a indústria do veneno ao conceder inúmeros incentivos fiscais para os produtos químicos em detrimento dos produtos orgânicos. Há uma redução média de 60% no ICMS, isenção de PIS/COFINS E IPI nos agrotóxicos que são vendidos no Brasil. Corre no STF a ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.553, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, tendo por fundamento a proteção da saúde e os impactos que o uso intensivo e subsidiado dos agrotóxicos causa à saúde pública. A Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO) ingressou como amicus curiae e em outubro de 2017 a Procuradoria-Geral da República tinha emitido parecer pela inconstitucionalidade na cessão de benefícios fiscais dos Convênio ICMS 100/97

CONFAZ, e do Decreto Federal 8.950/16 A fundamentação de seu parecer deu-se nos princípios constitucionais do Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado (art. 225 da CF), do Direito à Saúde (art. 196) e da Seletividade Fiscal (arts. 153, §3º., I e 155, § 2º., III, da CF). Os tributos possuem uma função social que pode ou não gerar a taxa de extra fiscalidade, para desestimular o consumo, como é feito com cigarro e bebida alcoólica. Não é lógico ao invés de gerar uma taxa maior para os agrotóxicos, eles serem isentos de tributação.⁴²

Reduzir a fome e a desigualdade social é desejo de todos porque impacta diretamente na redução do ciclo fome-insegurança pública, campanha de muitos políticos. Ademais está nascendo uma nossa geração de consumidores ambientais conscientes que procuram produtos que não impactam no meio ambiente e são eticamente sustentáveis como orgânicos e veganos ou que de alguma forma realizam um trabalho social. A economia tem que se reinventar para não perder estes consumidores.

Os únicos que não lucram com produção orgânica são as grandes empresas químicas que fabricam sementes geneticamente modificadas, agrotóxicos e medicamentos. No entanto, até estas poderão se reinventar no capitalismo, desenvolvendo tecnologias não nocivas ao meio ambiente e auxiliares na produção orgânica. Para quem transformou explosivos em fertilizantes nada é impossível. Que seja lançado o desafio!

6. PNARA (PL Nº 6.670/16)

Em agosto de 2012, foi instituído a Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (Pnapo) para articular políticas públicas que induzam a redução de agrotóxicos e promoção da agroecologia (Decreto Presidencial nº 7.794/12). Dentre os instrumentos desta política encontra-se o Plano Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (Planapo), as medidas fiscais, o crédito rural, a formação profissional e tecnológica.

No processo de gestão deste Plano foram instituídas duas instâncias de gestão: A Câmara Interministerial de Agroecologia e Produção Orgânica (Ciapo), composto de diferentes órgãos e entidades do Poder Executivo Federal e a Comissão Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (Cnapo), órgão de composição paritária entre governo e sociedade civil organizada, democratizando o âmbito de gestão destas políticas públicas. Neste contexto nasceu o Programa Nacional de Redução de Agrotóxicos (Pronara), estruturado em torno de seis eixos temáticos: 1) Registro; 2) Controle, Monitoramento e Responsabilização de Toda a Cadeia Produtiva; 3) Medidas Econômicas e Financeiras; 4) Desenvolvimento de Alternativas; 5) Informação, Participação e Controle Social; e 6) Formação e Capacitação.

⁴² Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/outras-noticias/institucional/contra-isencao-fiscal-de-agrotoxicos-abrasco-ingressa-como-amicus-curiae/31040/> 2018. Acesso em: 11/9/18.

Em 10/11/2016, a Abrasco sugeriu a Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados, o Projeto nº 83/2016, transformado no PL nº 6.670/2016, que institui a Política Nacional de Redução de Agrotóxicos (Pnara), conhecido como “PL de Redução de Agrotóxico”. Este PL busca alternativas para atual modelo de agro produção brasileira, apoiando a agrologia e a produção orgânica e principalmente a redução do uso de agrotóxico. O deputado Chico Lopes (PCdoB-CE), que já presidiu a comissão, incluiu importantes documentos do Instituto Nacional do Câncer (Inca), alertando para a nocividade destes produtos na saúde humana.

O PL prevê ações integradas de alguns órgãos federais, na fiscalização da importação, produção e comércio dos agrotóxicos, obrigando-os a desenvolverem indicadores de resultados e impactos ambientais. Também prevê qualificações quanto ao uso e manuseio, incentivos econômicos e financeiros para a produção orgânica e agroecológica e o fim dos subsídios para os agrotóxicos. Em junho de 2018, o deputado Alessandro Molon (PSB/RJ), requereu a realização de Audiência Pública para conscientização, participação e debate da sociedade para aprovação do Pnara.

CONCLUSÃO

A luta no combate ao PL do Veneno não é paritária. Enfrenta-se o poder econômico das indústrias químicas e do agronegócio; a ganância do sistema capitalista pelo lucro fácil; o sistema latifundiário monoculturista arcaico dos países em desenvolvimento; a desinformação da população; o desinteresse da mídia e da população informada; a propaganda falaciosa que “o agronegócio é pop”; a falta de investimento e incentivo em produtos agrícolas orgânicos; o consumo exagerado de alimentação adequada; a miserabilidade e vulnerabilidade dos pequenos agricultores; a crise financeira e a fome.

É preciso Eco alfabetizar. Há uma “falta de educação ambiental” do povo brasileiro que ofende o nosso Texto Constitucional. O meio ambiente pede socorro. O uso indiscriminado de agrotóxico no modelo ultrapassado de agronegócio exige informação, participação e legislação de apoio, por isso é tão importante o Pnara.

REFERÊNCIAS

ACTIONAID INTERNACIONAL. **Power hungry six reasons to regulate global food corporations**. 2005. Disponível em: https://www.actionaid.org.uk/sites/default/files/doc_lib/13_1_power_hungry.pdf. Acesso em: 11/9/18.

ANDRIOLI, A. I. FUCHS, Richard. **Transgênicos: As sementes do mal - a silenciosa contaminação de solos e alimentos**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

ANTUNES, P. de B. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

BARRIOS, L. Y. **Publicación de la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias (Odepa) del Ministerio de Agricultura.** Gobierno de Chile, 2018.

BOCHNER, R. Sistema Nacional de Informações Tóxico-Farmacológicas – SINITOX e as intoxicações humanas por agrotóxicos no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva.** Rio de Janeiro, 12 (1): 73- 89, 2007.

BOMBARDI, L. M. **Atlas “Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia”.** FFLCH USP. São Paulo, 2007. Disponível em: www.larissabombardi.blog.br/atlas. Acesso em: 9 set. 2018.

BURITY, V. **Direito humano à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional.** Brasília, DF: ABRANDH, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. **A construção da Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional.** Brasília: CONSEA, 2.007. Disponível em: <[https://www . planalto. gov.br /consea/ static/ documentos /Outros / I I Conferencia.pdf](https://www.planalto.gov.br/consea/static/documentos/Outros/II_Conferencia.pdf)>. Acesso em: 19 de set. 2.007.

CAMPOS, S. **Exposição a agrotóxicos potencializa depressão e suicídio em agrotóxicos.** Disponível em: <http://www.drashirleydecampos.com.br/noticias/15586,2011>. Acessado em: 9/9/18.

CARNEIRO, F. F. **Dossiê ABRASCO: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde.** In: CARNEIRO, Fernando Ferreira (org). Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015. Disponível em: content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.

CARSON, R. **Primavera Silenciosa.** 1.ed. São Paulo: Gaia, 2010.

CHAIM, C. **Quem tem fome tem pressa.** Isto É. 2002. Disponível em: https://istoe.com.br/27047_QUEM+TEM+FOME+TEM+PRESSA/ Acesso em: 9 set. 2018.

CHEGADEAGROTÓXICO. **Querem liberar ainda mais o uso de agrotóxicos no Brasil! Se aprovado, o “Pacote do Veneno” vai colocar mais veneno em nosso prato!** Disponível em: <https://www.chegadeagrototoxicos.org.br/>. Acesso em: 9 set. 2018.

CONSEA. **A Segurança Alimentar e Nutricional e o Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil. Indicadores e monitoramento, da Constituição de 1998 aos dias atuais.** 2010. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/publicacoes/publicacoes-arquivos/a-seguranca-alimentar-enutricional-e-o-direito-humano-a-alimentacao-adequada-no-brasil>. Acesso em: 10 set. 2018.

COSTA, G. S. V da. **Da regulamentação dos agrotóxicos.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11864&revista_caderno=5>. Acesso em: 9 set. 2018.

Convenção de Estocolmo sobre poluentes orgânicos persistentes POPs. 2001.

Disponível em: <http://chm.pops.int/default.aspx> . Acesso em: 10 set. 2018.

DERANI, C. **Meio Ambiente ecologicamente equilibrado: Direito Fundamental e Princípio da Atividade Econômica**, in FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (Org.). **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

EHLERS, E. **Agricultura Sustentável: Origens e perspectivas de um novo paradigma**. 2º Ed. Guaíba: Agropecuária, 1999.

FAO. **Conferencia Internacional sobre la Gestión de Productos Químicos del Enfoque estratégico para la gestión de productos químicos a nivel internacional**. Disponível em: <http://www.fao.org/news/story/es/item/414021/icode/> 2016. Acesso em: 11 set. 2018.

FAO. **State of Food Insecurity in the World. A Food and Agriculture Organization (FAO)**. Disponível em :<http://www.fao.org/3/a-i4037e.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.

Lei dos Agrotóxicos - Lei nº 7.802, de 11 DE julho de 1989. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7802.htm. Acesso em : 10 set. 2018.

Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional - Lei nº 11.346 de 15 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em: 10 set. 2018.

LEVIN, S. **Monsanto ordered to pay \$289m as jury rules weedkiller cause of man's cancer - Court finds in favor of DeWayne Johnson, ill man who was first to take Roundup maker to trial over allegations**. The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/business/2018/aug/10/monsanto-trial-cancer-dewayne-johnson-ruling> Acesso em: 11 set. 2018.

MEDEIROS, M. F. A. **A problemática do uso de agrotóxicos no brasil: análise jurídica acerca dos impactos ao meio ambiente e à saúde pública frente aos interesses corporativos**. Disponível em: <http://www.inverbis.com.br/site2010/wp-content/uploads/2017/07/42a-EDIC%CC%A7A%CC%83O-REVISTA-JURI%CC%81DICA-IN-VERBIS-v1.6-01122017-pag285-306.pdf>. Acesso em: 11 set. 2018.

MINSAL **Padrão para vigilância de intoxicações agudas por agrotóxicos**. REVEP. Santiago, Ministério da Saúde do Chile, 2007.

MOLINA, D. **A Farra do Veneno**. Disponível em: <https://www.brasil247.com/pt/colunistas/danilomolina/359767/A-farra-do-veneno.htm>, 2018. Acesso em: 9 set. 2018.

Norma técnica de Vigilancia de intoxicaciones Agudas por plaguicidas REVEP División de Planificación Sanitaria Departamento de Epidemiología. Ministério da Saúde do Governo do Chile, 2007.

PALAEZ, V. **Mercado e Regulação de Agrotóxicos**. Curitiba, CONSEA.2012. Disponível em: <http://www.consea.pr.gov.br/arquivos/File/ANEXO4AGROTOXICOSCONSEAPR.pdf>. Acesso em : 9/9/18.

PIGNATI, W. **Agronegócio, agrotóxicos e saúde**. In: OLIVEIRA DE SOUZA, Murilo Mendonça (Org). *Agrotóxicos – violações socioambientais e direitos humanos no Brasil* Anápolis: Editora Universidade Estadual de Goiás, 2016, pags 17 a 45.

PIGNATI, W. **Os efeitos dos agrotóxicos na saúde humana**. UFMT Seminário internacional contra os agrotóxicos e pela vida Fórum estadual de combate aos agrotóxicos do Paraná 2012. Disponível em: [http://www.meioambiente.mppr.mp.br/arquivos/File/EFEITO_DOS_AGROTOXICOS_PIGNATI . pdf](http://www.meioambiente.mppr.mp.br/arquivos/File/EFEITO_DOS_AGROTOXICOS_PIGNATI.pdf). Acesso em: 8/6/2006.

QUEZADA, M. T. M. **Aspectos bioéticos no controle e aplicação de agrotóxicos no Chile**. 2011. Disponível em :<http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2011000100011> . Acesso em: 9 set. 2018.

REIS, S. N. N. **Uma visão holística do direito: manual prático para o jurista do 3º milênio**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997. p. 256.

ROBIN, M.-M. **O Mundo segundo a Monsanto – da dioxina aos transgênicos, uma multinacional que quer o seu bem**. São Paulo: Radical Livros, 2008.

ROTHLEIN J, ROHLMAN D, LASAREV M, PHILLIPS J., MUNIZ J, MCCAULEY L. **Exposição de pesticidas organofosforados e desempenho neurocomportamental em trabalhadores hispânicos agrícolas e não-agrícolas**. *Environ Health Perspect* 2006, 114 (5): 691-696.

ROSSI, M. *El país*. São Paulo, 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/29/politica/1430321822_851653.html?rel=mas. Acesso em: 9 set. 2018.

SAG. **Ano de declaração de vendas de pesticidas de 2006**. Serviço de Pecuária Agrícola Santiago do Chile, 2008.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2006.

TALGA, D. **Pontal do Buriti. Brincando na chuva de veneno**. Diretora Dagmar Talga, 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qHQdWwZcGlg>. Acesso em: 9 set. 2018.

TALGA, D. O. e TALGA, J. V. B. O poder do agronegócio e a mídia: Análise a partir da pulverização aérea de agrotóxico sobre a escola municipal São Jose do pontal, *In* OLIVEIRA DE SOUZA, Murilo Mendonça (org.) **Agrotóxicos – violações socioambientais e direitos humanos no Brasil**. Anapolis: Editora Universidade Estadual de Goiás, 2016, pag 137-170.

TOLEDO, T. **A doença é um ótimo negócio no capitalismo**. Disponível em: <https://caviarquerda.blogspot.com/2018/07/a-doenca-e-um-otimo-negocio-no.html>. Acesso em 9/9/18.

VAZ, P. A. B. **O Direito Ambiental e os agrotóxicos: responsabilidade civil, penal e administrativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogados, 2006.

VILLAS BOAS, B. **Pobreza extrema aumenta 11% e atinge 14,8 milhões de pessoas.** Valor Econômico, 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5446455/pobreza-extrema-aumenta-11-e-atinge-148-milhoes-de-pessoas>. Acesso em 9/9/18.

WAICHMAN, A. V. **A problemática do uso de agrotóxicos no Brasil:** a necessidade de construção de uma visão compartilhada por todos os atores sociais, 2012. Disponível em: <http://www.inverbis.com.br/site2010/wp-content/uploads/2017/07/42a-EDIC%CC%A7A%CC%83O-REVISTA-JURI%CC%81DICA-IN-VERBIS-v1.6-01122017-pag285-306.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.

What the Health. Documentário. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=NoYINMgImGs>, 2017>. Acesso em: 9 set. 2018.

DE TRUMAN A TRUMP: O *ETHOS* DE PRESIDENTES DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA EM DISCURSOS NA ASSEMBLEIA GERAL DA ONU

FROM TRUMAN TO TRUMP: THE ETHOS OF PRESIDENTS OF THE UNITED STATES IN SPEECHES AT UNITED NATIONS ORGANIZATION GENERAL ASSEMBLY

Érico Lima de Oliveira

*Doutorando em Direito Internacional pela USP. Mestre em Ciências pela Universidade de São Paulo e em Direito Internacional pela University College London
Defensor Público Federal*

Mariana Sebalhos Jorge

Doutoranda em Direito Internacional pela USP. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

RESUMO

O presente artigo visa analisar o *ethos* de presidentes dos Estados Unidos da América em discursos proferidos na Assembleia Geral da ONU, do presidente Harry Truman ao presidente Donald Trump. Em um primeiro momento será realizada uma análise da retórica na construção do *ethos*, visto como o caráter do orador, como a imagem que este transmite ao seu auditório. Dessa forma, a análise dos meios de persuasão, das características essenciais do orador e a existência de um *ethos* pré-discursivo e de um *ethos* discursivo, será fundamental para que, em um segundo momento, seja possível a análise do *ethos* dos presidentes estadunidenses. A retórica é uma importante ferramenta utilizada no direito internacional, por meio da qual os países estabelecem as suas relações, os seus interesses, e as suas negociações no sistema internacional.

Palavras-chave: Retórica. Direito Internacional. *Ethos*. Persuasão.

ABSTRACT

This article aims to analyze the ethos of presidents of the United States of America in speeches delivered at the UN General Assembly, from President Harry Truman to

President Donald Trump. At first, an analysis of the rhetoric in the construction of ethos will be performed, as the character of the speaker, as the image that it transmits to his audience. Thus, the analysis of the means of persuasion, of the essential characteristics of the speaker, and the existence of a pre-discursive ethos and a discursive ethos will be fundamental for a second analysis of the ethos of the American presidents. Rhetoric is an important tool used in international law, through which countries establish their relations, their interests, and their negotiations in the international system.

Keywords: Rhetoric. International Right. Ethos. Persuasion.

Data de submissão: 23/11/2018

Data de aceitação: 07/08/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. A RETÓRICA E O DIREITO INTERNACIONAL: OS MEIOS DE PERSUASÃO. 1.1 Os meios de persuasão do auditório e as características do orador. 1.2 O ethos pré-discursivo e o ethos discursivo. 2. DE TRUMAN A TRUMP: UMA ANÁLISE DE DISCURSOS PRESIDENCIAIS NA ORDEM INTERNACIONAL. 2.1 O ethos e o direito internacional. 2.2 Análise de discursos proferidos por presidentes norte-americanos na Assembleia Geral da ONU. CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

A retórica possui uma relação tênue com o direito internacional, uma vez que é por meio de pronunciamentos, de discursos, de declarações que o sistema internacional flui ao longo dos anos. O presente artigo busca explorar esta relação existente entre a retórica e o direito internacional, a partir da análise do *ethos* de presidentes norte-americanos em discursos proferidos na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

Para tanto, o artigo será dividido em duas partes. A primeira parte destinada aos elementos da retórica, como os meios de persuasão do auditório, as características do orador e a análise do *ethos*, tanto discursivo como pré-discursivo. Para que em uma segunda parte seja possível a análise dos discursos proferidos pelos presidentes norte-americanos na Assembleia Geral da ONU, do discurso do presidente Harry Truman até o discurso do presidente Donald Trump.

O método utilizado será o dedutivo, partindo de uma análise geral e teórica da retórica, até premissas particulares a partir da análise dos discursos proferidos efetivamente. O objetivo deste artigo é averiguar o *ethos* dos presidentes norte-americanos em discursos proferidos na Assembleia Geral da ONU. Estes discursos foram escolhidos tendo em vista a importância que possuem no cenário internacional.

O *ethos* dos presidentes estadunidenses dificilmente será construído apenas com base no discurso, uma vez que há uma imagem prévia associada a cada um, sendo presente um *ethos* pré-discursivo expressivo.

1. A RETÓRICA E O DIREITO INTERNACIONAL: OS MEIOS DE PERSUAÇÃO

Nesta primeira parte do artigo, será efetuada uma análise teórica da retórica, a partir de importantes considerações doutrinárias referente ao *ethos*, visto como a imagem que o orador transmite ao ouvinte e a confiança que este possui. Serão analisados, assim, os meios de persuasão utilizados pelo orador, bem como as suas principais características: a prudência, (*phronesis*), a virtude (*aretè*) e a benevolência (*eúnoia*).

Será analisada, ainda, a diferenciação existente entre o *ethos* pré-discursivo e o *ethos* discursivo, como aponta Maingueneau¹. É importante explanar, desde já, que Aristóteles² defendia que a confiança deveria ser resultado do discurso e não de uma opinião prévia do auditório sobre o carácter do orador, o que contraria a existência de um *ethos* pré-discursivo como aponta Maingueneau.

Esta análise é fundamental para compreender, em um segundo momento, o *ethos* dos presidentes dos Estados Unidos da América em discursos proferidos na Assembleia Geral da ONU.

1.1 Os meios de persuasão do auditório e as características do orador

A retórica atua como importante ferramenta no direito internacional. Conforme Aristóteles, a retórica compreende “a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir”³. A função da retórica não seria persuadir mas discernir os meios de persuasão mais pertinentes a cada caso⁴.

É importante mencionar que, conforme Aristóteles, há três espécies de provas de persuasão, que correspondem aos meios de persuasão⁵ utilizados através da retórica pelo orador. O

¹ MAINGUENEAU, D. A propósito do *ethos*. In: MOTTA; SALGADO (Org.) *Ethos discursivo*, 2008. p. 15.

² ARISTÓTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2005. v. VIII. Tomo I. p. 96.

³ ARISTÓTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2005. v. VIII. Tomo I. p. 96.

⁴ Aristóteles afirma: “É também evidente que ela é útil e que a sua função não é persuadir mas discernir os meios de persuasão mais pertinentes a cada caso, tal como acontece em todas as outras artes; de facto, não é função da medicina dar saúde ao doente, mas avançar o mais rápido possível na direção da cura, pois também se pode cuidar bem dos que já não estão em condições de recuperar a saúde”. ARISTÓTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2005. v. VIII. Tomo I. p. 96.

⁵ Conforme Aristóteles: “As provas de persuasão fornecidas pelo discurso são de três espécies: umas residem no carácter moral do orador; outras, no modo como se dispõe o ouvinte; e outras, no próprio discurso, pelo que este demonstra ou parece demonstrar”. ARISTÓTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2005. v. VIII. Tomo I. p. 96.

primeiro meio de persuasão é aquele que engloba o caráter moral do orador, a partir da imagem que este transmite ao ouvinte e a confiança que possui (*ethos*). O segundo meio de persuasão mantém o foco no auditório e em suas emoções (*pathos*), e o terceiro meio é a persuasão pelo argumento, a partir de um discurso bem construído (*logos*).

O foco deste trabalho será o primeiro meio de persuasão apresentado, baseado na pessoa do orador, em que a persuasão ocorre através do seu caráter, da sua confiança, credibilidade moral e científica. Conforme Aristóteles, “persuade-se pelo caráter quando o discurso é proferido de tal maneira que deixa a impressão de o orador ser digno de fé”⁶. Esta confiança deveria ser “resultado do discurso e não de uma opinião prévia sobre o caráter do orador”, entendendo que “não se deve considerar sem importância para a persuasão a probidade do que fala, como aliás alguns autores desta arte propõem, mas quase se poderia dizer que o caráter é o principal meio de persuasão”⁷.

Neste sentido, destaca-se que o orador inspira confiança por três razões⁸, conhecidas como as suas características: a prudência (*phronesis*), a virtude (*areté*) e a benevolência (*eúnoia*). A falta de qualquer uma destas características pode representar a alteração da verdade feita pelo orador, de modo que na falta de prudência, o orador não será razoável; ou sendo razoável, poderá ser desonesto; ou sendo prudente e honesto, não é benevolente⁹.

A *phronesis* representa o parecer ponderado, a *areté* representa o parecer sincero e a *eúnoia* representa a imagem agradável e a boa aparência do orador. Conforme Henriques, “a este conjunto de atributos dá-se o nome de *ethos*”, por meio do qual o orador transmite uma imagem de credibilidade, ainda que não seja verdadeira, uma vez que o “discurso persuasório funda-se não no ser verdadeiro, mas no parecer verdadeiro”¹⁰. Destas três características do orador (prudência, virtude e benevolência), verifica-se que “o *ethos* aristotélico relaciona-se com o caráter de honestidade que o orador do discurso mostrará

⁶ Afirma ainda: “Pois acreditamos mais e bem mais depressa em pessoas honestas, em todas as coisas em geral, mas sobretudo nas de que não há conhecimento exacto e que deixam margem para dúvida”. ARISTÓTELES. *Retórica*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2005. v. VIII. Tomo I. p. 96.

⁷ ARISTÓTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2005. v. VIII. Tomo I. p. 97.

⁸ Aristóteles afirma que os oradores “inspiram confiança por três razões; as que efetivamente, à parte as demonstrações, determinam nossa crença: a prudência (*phronesis*), a virtude (*areté*) e a benevolência (*eúnoia*)”. ARISTÓTELES. *Retórica*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2005. v. VIII. Tomo I. p. 98.

⁹ Este é o raciocínio desenvolvido por Aristóteles: “Se, de fato, os oradores alteram a verdade sobre o que dizem enquanto falam ou aconselham, é por causa de todas essas coisas de uma só vez ou de uma dentre elas: ou bem, por falta de prudência, eles não são razoáveis; ou, sendo razoáveis, eles calam suas opiniões por desonestidade; ou, prudentes e honestos, não são benevolentes; é por isso que podem, mesmo conhecendo o melhor caminho a seguir, não o aconselhar”. ARISTÓTELES. *Retórica*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2005. v. VIII. Tomo I. p. 98.

¹⁰ Conforme Henriques: “Estabelece, outrossim, os componentes básicos do orador/falante ou as características do orador: a *phronesis* (o parecer ponderado), a *areté* (o parecer sincero) e a *eúnoia* (imagem agradável, a boa aparência). A este conjunto de atributos dá-se o nome de *éthos*. Com eles, o orador/falante deixa transparecer ao destinatário uma imagem de credibilidade, mesmo que não seja verdadeira: o discurso persuasório funda-se não no ser verdadeiro, mas no parecer verdadeiro” HENRIQUES, Antônio. *Argumentação e discurso jurídico*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 92.

para parecer digno de credibilidade, perante aos interlocutores”¹¹.

No mesmo sentido, Barthes afirma que o *ethos* “são traços de caráter que o orador deve mostrar ao auditório (pouco importa a sua sinceridade) para dar boa impressão”, a partir de uma psicologia imaginária: “devo significar o que quero ser para o outro”¹².

O objetivo do orador é, justamente, persuadir o auditório a incorporar o seu *ethos*¹³. Ainda que a retórica tradicional tenha relacionado o *ethos* à eloquência, à oralidade em fala pública, Dominique Maingueneau afirma que é preferível alargar o alcance do *ethos*, englobando “todos os tipos de texto, tanto os orais como os escritos”¹⁴. O texto escrito também possui “uma vocalidade que pode se manifestar numa multiplicidade de tons”¹⁵.

É possível distinguir, ainda, o *ethos* discursivo de um *ethos* pré-discursivo, como defende Dominique Maingueneau. Dificilmente a confiança do orador não sofrerá interferência da imagem prévia que o auditório possui, quando se estiver diante de uma figura pública conhecida, tal como políticos. Esta é uma diferenciação da teoria de Aristóteles, uma vez que este entendia que a confiança deveria ser um resultado do discurso e não de uma opinião prévia.

1.2 O *ethos* pré-discursivo e o *ethos* discursivo

O conceito do *ethos* representa a busca da adesão do auditório a uma opinião, no que Antônio Henriques denomina de “gerador de persuasão”¹⁶. Conforme Declercq, a prova pelo *ethos* envolve tudo o que contribui para destinar a imagem do orador a um determinado auditório na sua enunciação discursiva, como o “tom de voz, fluxo da fala, escolha das palavras e dos argumentos, gestos, mímicas, olhar, postura, aparência”¹⁷.

¹¹ FIORINDO, P. P. *Ethos: um percurso da retórica à análise do discurso*. **Revista Pandora Brasil. Revista de humanidades e de criatividade filosófica e literária**. n. 47. 2012. p. 4.

¹² BARTHES, R. **A aventura semiológica**. Portugal: Edições 70, 1987. p. 74.

¹³ Henriques afirma que “o conceito de *éthos* está associado, de modo especial, ao de face e ao do eu; ao seu caráter e corporalidade, à sua maneira de habitar determinado espaço, sempre com o objetivo de levar o auditório a incorporar o seu *éthos* que se mostra no rosto, no corpo, na gestualidade e que emerge da roupa, da composição harmônica das peças dos vestuários” HENRIQUES, Antônio. *Argumentação e discurso jurídico*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 92.

¹⁴ MAINGUENEAU, D. A propósito do *ethos*. In: MOTTA; SALGADO (Org.) **Ethos discursivo**. São Paulo: Contexto, 2008. p. 19.

¹⁵ O autor afirma: “Todo texto escrito, mesmo que o negue, tem uma ‘vocalidade’ que pode se manifestar numa multiplicidade de ‘tons’, estando eles, por sua vez, associados a uma caracterização do corpo do enunciador (e, bem entendido, não do corpo do locutor extradiscursivo), a um ‘fiador’, construído pelo destinatário a partir de índices liberados na enunciação. O termo ‘tom’ tem a vantagem de valer tanto para o escrito como para o oral”. MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do *ethos*. In: MOTTA; SALGADO (Org.) *Ethos discursivo*. São Paulo: Contexto, 2008. p. 18.

¹⁶ HENRIQUES, A. **Argumentação e discurso jurídico**, 2013. p. 97.

¹⁷ DECLERCQ, G. **L’art d’argumenter - Structures rhétoriques et littéraires**, 1992. p. 48.

Neste sentido, Dominique Maingueneau afirma que a prova pelo *ethos* “consiste em causar uma boa impressão pela forma como se constrói o discurso, a dar uma imagem de si capaz de convencer o auditório, ganhando sua confiança”¹⁸. No entanto, é preciso ressaltar que o *ethos* visado nem sempre é o *ethos* produzido, a depender do ponto de vista do locutor ou do destinatário¹⁹.

É preciso diferenciar, no entanto, a existência do *ethos* discursivo e do *ethos* pré-discursivo. Ainda que Aristóteles tenha afirmado que a confiança deve ser resultado do discurso e não de uma opinião prévia do auditório sobre o caráter do orador²⁰, Maingueneau defende que não é possível ignorar uma imagem prévia que o auditório possui de um determinado orador²¹, principalmente quando este orador é pessoa pública, como políticos ou celebridades. E assim, fica visível a existência de um *ethos* pré-discursivo, uma vez que há uma imagem que antecede ao discurso daquele determinado orador que não pode ser ignorada. Ruth Amossy afirma que é preciso saber se o *ethos* é a imagem de si construída no discurso ou “um dado preexistente que se apoia na autoridade individual e institucional do orador (a reputação de sua família, seu estatuto social, o que se sabe de seu modo de vida etc.)”²².

Conforme Dominique Maingueneau, “o *ethos* está crucialmente ligado ao ato de enunciação, mas não se pode ignorar que o público constrói também representações do *ethos* do enunciador antes mesmo que ele fale”²³. Neste sentido, Kelen Rodrigues afirma que o *ethos* “não tem como desvencilhar-se da enunciação, assim como também não tem como escapar de uma antecipação por parte do leitor, que faz uma representação do enunciador antes mesmo que ele enuncie”²⁴.

¹⁸ MAINGUENEAU, D. A propósito do *ethos*. In: MOTTA; SALGADO (Org.) *Ethos discursivo*. São Paulo: Contexto, 2008. p. 13.

¹⁹ Conforme Maingueneau, “a noção de *ethos* remete a coisas muito diferentes conforme seja considerada do ponto de vista do locutor ou do destinatário: o *ethos* visado não é necessariamente o *ethos* produzido”. Neste sentido, cita como exemplo: “um professor que queira passar uma imagem de sério pode ser percebido como monótono; um político que queira suscitar a imagem de um indivíduo aberto e simpático pode ser percebido como um demagogo. Os fracassos em matéria de *ethos* são moeda corrente”. MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do *ethos*. In: MOTTA; SALGADO (Org.) *Ethos discursivo*. São Paulo: Contexto, 2008. p. 16.

²⁰ Aristóteles afirma: “É, porém, necessário que esta confiança seja resultado do discurso e não de uma opinião prévia sobre o caráter do orador; pois não se deve considerar sem importância para a persuasão a proibição do que fala, como aliás alguns autores desta arte propõem, mas quase se poderia dizer que o caráter é o principal meio de persuasão”. ARISTÓTELES. *Retórica*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2005. v. VIII. Tomo I. p. 96.

²¹ MAINGUENEAU, D. A propósito do *ethos*. In: MOTTA; SALGADO (Org.) **Ethos discursivo**, 2008. p. 15.

²² AMOSSY, R. Da noção retórica de *ethos* à análise do discurso. In: AMOSSY, Ruth (Org.). **Imagens de si no discurso. A construção do *ethos***, 2005. p. 17.

²³ MAINGUENEAU, D. A propósito do *ethos*. In: MOTTA; SALGADO (Org.) **Ethos discursivo**, 2008. p. 15.

²⁴ RODRIGUES, K. O *Ethos* discursivo: uma análise por meio de seus traços na personagem Lord Henry no romance *The Picture of Dorian Gray*, de Oscar Wilde. **Revista (Con)textos Linguísticos**, 2014, p. 141.

Assim, quando se está diante de um texto de um autor desconhecido, não se espera que o destinatário disponha de representações prévias do *ethos* do locutor, ao mesmo tempo em que quando se está diante de políticos como os presidentes estadunidenses, por exemplo, a maior parte dos locutores está “associada a um tipo de *ethos* não-discursivo que cada enunciação pode confirmar ou infirmar”²⁵.

O *ethos* pré-discursivo, ou, como denomina Antônio Henriques, o *ethos* prévio, refere-se à imagem “preexistente do locutor constituído de traços eufóricos ou disfóricos conhecidos pelo auditório”²⁶. Enquanto no *ethos* discursivo, o próprio discurso irá construir o *ethos* do orador, um *ethos* que “afloresce à medida que se desenvolve o discurso”²⁷. Conforme Maria Helena Pistori, o *ethos* surge do discurso e “expressa-se nas recorrências temáticas, figurativas, de nível de linguagem, de recursos argumentativos”²⁸. Dominique Maingueneau afirma, ainda, que “a persuasão não se cria se o auditório não puder ver no orador um homem que tem o mesmo *ethos* que ele”, de modo que “persuadir consistirá em fazer passar pelo discurso um *ethos* característico do auditório, para lhe dar a impressão de que é um dos seus que ali está”²⁹.

É importante compreender as características do orador e a construção do discurso a partir do *ethos*, para que seja possível analisar os discursos proferidos em Assembleias Gerais da ONU, por presidentes dos Estados Unidos da América em diferentes momentos históricos. Os presidentes norte-americanos são figuras públicas e de elevada importância para o direito internacional, de modo que é difícil pensar em um *ethos* tal qual propôs Aristóteles.

Há uma imagem preexistente associada a estes presidentes, de modo que não é possível ignorar as informações prévias que o auditório possui, e o momento histórico existente em cada discurso. Neste sentido, Helena Brandão afirma que a “fala é recorte das representações de um tempo histórico e de um espaço social”, de modo que ao ser “projetado num espaço e num tempo orientado socialmente, o sujeito situa o seu discurso em relação aos discursos dos outros”³⁰.

²⁵ MAINGUENEAU, D. A propósito do *ethos*. In: MOTTA; SALGADO (Org.) **Ethos discursivo**, 2008. p. 16.

²⁶ HENRIQUES, A. **Argumentação e discurso jurídico**, 2013. p. 171.

²⁷ HENRIQUES, A. **Argumentação e discurso jurídico**, 2013. p. 171.

²⁸ Conforme a autora, “a gramática é o alicerce da cultura do orador, dando-lhe o domínio de seu instrumento privilegiado - o idioma, para que desempenhe bem seu papel. A preocupação pragmática justifica-se pelo fato de que se cobram do orador aquelas qualidades”. PISTORI, Maria Helena Cruz. A formação linguístico-discursiva do profissional da área jurídica. *Revista do GEL*, v. 3, 2006. p. 29.

²⁹ MAINGUENEAU, D. A propósito do *ethos*. In: MOTTA; SALGADO (Org.) **Ethos discursivo**, 2008. p. 15.

³⁰ Conforme a autora, “sua fala é produzida a partir de um determinado lugar e de um determinado tempo, à concepção de um sujeito histórico articulasse outra noção fundamental: a de sujeito ideológico”. BRANDÃO, Helena H. Negamine. **Introdução à análise do discurso**. 3 ed. São Paulo: Editora da Unicamp, 2012. p. 59.

2. DE TRUMAN A TRUMP: UMA ANÁLISE DE DISCURSOS PRESIDENCIAIS NA ORDEM INTERNACIONAL

Esta segunda parte do artigo pretende analisar o *ethos* em discursos proferidos por presidentes dos Estados Unidos da América ao longo dos anos, na Assembleia Geral da ONU. É importante perceber que cada presidente possuirá um perfil, com suas particularidades. Serão oradores com posturas diferentes, e com posturas que se justificam a partir do cenário político existente em cada momento histórico específico.

2.1 O *ethos* e o direito internacional

A capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir deve se fazer presente (ou deveria) nas palavras de um chefe de Estado, quando este se dirige a uma audiência global.

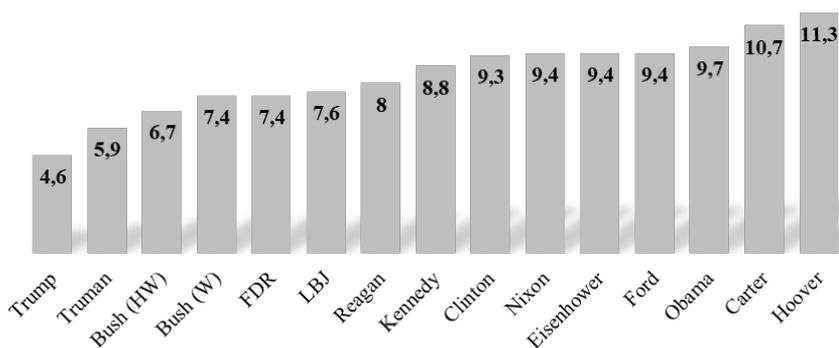
A Organização das Nações Unidas (ONU) foi criada após a Segunda Guerra Mundial, grande marco das relações internacionais, para, dentre outros propósitos, desenvolver relações entre as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal conforme artigo 1º, item 2, da sua carta constitutiva assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano.

Estabelecida a estrutura da Organização, observa-se, a partir de previsão do artigo 9º da Carta, a criação de um foro multilateral para que todos os membros pudessem ter assento, que é a Assembleia Geral, “órgão plenário das Nações Unidas e o único órgão principal composto de todos os membros”³¹. Conforme artigo 20º da Carta, a Assembleia Geral se reúne em sessões anuais regulares ou em sessões especiais. Ao longo do tempo percebe-se que a retórica usada pelos Chefes de Estado visava atingir o público para as questões internacionais ali debatidas.

³¹ AKANDE, Dapo *in* EVANS, Malcolm. (ed.) *International Law* 2ª ed. New York: OUP, 2006, p. 300. Tradução livre: “The General Assembly is the plenary organ of the United Nations and is the only principal organ composed of all member States”.

Uma pesquisa realizada pela base de dados online “Factba.se”³² compilou os discursos de Donald Trump, atual presidente dos Estados Unidos da América, e o comparou com discursos dos quatorze presidentes que o antecederam, a fim de determinar o grau de escolaridade Flesh-Kincaid³³. O resultado abaixo foi encontrado.

Flesch-Kincaid Grade Level



Fonte: Factba.se Disponível em: <<https://blog.factba.se/2018/01/08/stable-genius-lets-go-to-the-data/>>
Acesso em: 21 nov. 2018.

Entre os resultados, observa-se que o discurso de Donald Trump, atual presidente dos Estados Unidos da América, possui o vocabulário mais básico quando comparado aos presidentes que o antecederam. Conforme o resultado encontrado na pesquisa, o nível de escolaridade para compreensão do discurso de Donald Trump é o menor exigido entre todos os presidentes comparados. A partir da retórica é possível compreender que este vocabulário simplista, visível nos discursos de Donald Trump, pode encontrar justificativa no seu planejamento político, moldando o discurso ao auditório que este pretende alcançar, persuadir.

Serão analisados, aqui, os discursos dos seguintes presidentes: Harry Truman (1945-1953); John Kennedy (1961-1963); Richard Nixon (1969-1974); Jimmy Carter (1977-1981); Ronald Reagan (1981-1989); Bill Clinton (1993-2001); George W. Bush (2001-2009); Barack Obama (2009-2017); Donald Trump (2017-atualidade).

³² Fonte: Factba.se Disponível em: <<https://blog.factba.se/2018/01/08/stable-genius-lets-go-to-the-data/>>
Acesso em: 21 nov. 2018.

³³ Conforme José Roberto Goldim: “A legibilidade dos Termos de Consentimento Informados pode ser medida utilizando-se dois índices: o Índice de Legibilidade de Flesh-Kincaid e o de Facilidade de Leitura de Flesh. Ambos se baseiam no comprimento das palavras e frases do texto. [...]O resultado obtido com a fórmula estima os anos de estudo necessários para que o texto seja adequadamente compreendido. Os valores do Índice de Legibilidade de Flesh-Kincaid considerados mais efetivos para um texto são os que se situam entre 6 e 10”. GOLDIM, José Roberto. Índices de Legibilidade de Flesh-Kincaid e de Facilidade de Leitura de Flesh. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/ilfk.htm>> Acesso em: 21 nov. 2018.

Todos os discursos analisados foram proferidos na Assembleia Geral da ONU, com exceção do presidente John Kennedy em que será analisado trecho do seu discurso de posse, em 1961. Entre os discursos proferidos na Assembleia Geral da ONU, o primeiro será o do presidente Harry Truman proferido em 1946. Serão analisados ainda trechos dos discursos de Richard Nixon (1969), Jimmy Carter (1977); Ronald Reagan (1981); Bill Clinton (1993); George W. Bush (2001); Barack Obama (2011); e Donald Trump (2018).

Como será visto, cada presidente transpassa em seus discursos posturas adotadas nos seus governos, influenciadas pela política externa desenvolvida no período³⁴. Conforme Paulo Borba Casella, “o discurso do direito internacional não pode ser compreendido sem relação com o tempo no qual este se formula”, “como tampouco sem que se considere o contexto cultural do qual emerge a formulação”³⁵. Entre os presidentes estadunidenses, por vezes, será visível uma postura calcada na proteção dos direitos humanos que se aproxima ao multilateralismo, e, em outros momentos, um discurso mais nacionalista, exaltando a América e os cidadãos americanos, aproximando-se de um isolacionismo.

2.2 Análise de discursos proferidos por presidentes norte-americanos na Assembleia Geral da ONU

Observa-se que quando Harry Truman (primeiro presidente do pós-guerra a falar na Assembleia Geral) proferiu seu discurso em 1946, o mundo saía de um dos mais violentos conflitos bélicos da história e tentava se reconstruir. Neste cenário, Truman evocou a assinatura da Carta como elemento constitutivo da Organização, fazendo referências ao passado isolacionista dos Estados Unidos da América, mencionando que naquele momento o seu Estado não apenas era um membro, mas era a sede da ONU, demonstrando a diferença da sua política externa. Truman fez, ainda, um alerta para que todos as nações fossem aliadas em torno de uma paz duradoura:

Recordo com grande prazer a última ocasião em que me encontrei e falei com os representantes das Nações Unidas. Muitos de vocês que estão aqui hoje estavam presentes então. Foi o último dia da conferência em San Francisco, quando a Carta das Nações Unidas foi assinada. Naquele dia a fundação constitucional das Nações Unidas foi colocada. Para o povo do meu país, esta reunião de hoje tem um

³⁴ Lineide Salvador Mosca afirma: “Não se pode também deixar de considerar que cada época faz a leitura dos fatos de acordo com o seu próprio modo de pensar, uma vez que eles comportam além daquilo que é dado, a maneira de os interpretar e de os comunicar. Cabe lembrar que quando se trata de signos, à diferença dos índices, há que contar com a questão da intencionalidade e evocar traços como os de polivalência, ambiguidade e imperfeição da linguagem em suas limitações”. SALVADOR MOSCA, Lineide. *Velhas e novas retóricas: convergências e desdobramentos*. In: SALVADOR MOSCA, Lineide (Org.). **Retóricas de ontem e de hoje**. São Paulo: Editora Humanitas, 2010. p. 19.

³⁵ CASELLA, P. B. Tempo e discurso no direito internacional. In: CASELLA, Paulo Borba. **Direito internacional no tempo antigo**, 2012. p. 90.

significado histórico especial. Depois da primeira guerra mundial, os Estados Unidos se recusaram a entrar para a Liga das Nações e nosso assento estava vazio na primeira reunião da Assembleia da Liga. Desta vez, Estados Unidos não é apenas um membro; é o anfitrião das Nações Unidas. Esta reunião da Assembleia simboliza o abandono pelos Estados Unidos de uma política de isolamento. A esmagadora maioria do povo americano, independentemente do partido, apoia as Nações Unidas. No entanto, devo dizer-lhe que o povo americano está preocupado com o fracasso das nações aliadas para fazer mais progressos em sua busca comum por uma paz duradoura.³⁶

É importante mencionar que, quando Harry Truman assumiu a presidência dos Estados Unidos da América, o mundo ainda não estava profundamente dividido em dois grandes blocos, tendo em vista que americanos e soviéticos lutavam contra inimigo comum. No entanto, ao final de sua presidência o mundo já estava ciente da Guerra Fria que viria a ser o centro das relações internacionais pelos próximos anos. Neste cenário, John Kennedy conclama as nações aliadas dos EUA, no seu discurso de posse em 1961, para permanecerem leais à influência americana:

E assim, meus compatriotas americanos, não perguntem o que seu país pode fazer por você, pergunte o que você pode fazer pelo seu país. Meus concidadãos do mundo, não perguntem o que a América fará por você, mas o que juntos podemos fazer pela liberdade do homem.³⁷

John Kennedy, em seu discurso, dirige-se tanto aos cidadãos americanos, quanto aos cidadãos “do mundo”, ainda que este não tenha sido proferido na Assembleia Geral da ONU. Diante de um cenário de Guerra Fria, o objetivo neste momento era reforçar a

³⁶ Tradução livre de: “I recall with great pleasure the last occasion on which I met and spoke with the representatives of the United Nations. Many of you who are here today were present then. It was the final day of the Conference at San Francisco, when the United Nations Charter was signed. On that day the constitutional foundation of the United Nations was laid. For the people of my country this meeting today has a special historic significance. After the first world war the United States refused to join the League of Nations and our seat was empty at the first meeting of the League Assembly. This time the United States is not only a member; it is the host to the United Nations. This meeting of the Assembly symbolizes the abandonment by the United States of a policy of isolation. The overwhelming majority of the American people, regardless of party, support the United Nations. However, I must tell you that the American people are troubled by the failure of the Allied nations to make more progress in their common search for a lasting peace”. Disponível em: <<https://trumanlibrary.org/publicpapers/index.php?pid=914>> Acesso em: 19 nov. 2018.

³⁷ Tradução livre de: “And so, my fellow Americans, ask not what your country can do for you, ask what you can do for your country. My fellow citizens of the world, ask not what America will do for you, but what together we can do for the freedom of man”. Disponível em: <<https://www.americanrhetoric.com/speeches/jfkinaugural.htm>> Acesso em: 19 nov. 2018.

importância do apoio dos aliados norte-americanos. A visão construída por Kennedy é de que apoiar os Estados Unidos da América representaria a busca pela liberdade do homem. Em 1969 observa-se o discurso do presidente Richard Nixon na Assembleia

Geral, em que este procurou estabelecer um apoio ao seu Estado na Guerra do Vietnã, lembrando do papel de seu país no final da Segunda Guerra Mundial e procurando dividir a responsabilidade com a comunidade internacional por uma solução ao conflito que ainda se arrastaria por algum tempo e com consequências catastróficas para os Estados Unidos:

No final da Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos pela primeira vez na história assumiram a maior responsabilidade pela paz mundial. Fomos deixados em 1945 como a única nação com força suficiente para conter as novas ameaças de agressão, e com riqueza suficiente para ajudar as nações feridas a se levantarem. Para grande parte do mundo, aqueles primeiros anos difíceis do pós-guerra foram um período de dependência. Desde que assumi o cargo de presidente, nenhuma questão ocupou tanto do meu tempo e energia quanto a busca pelo fim da guerra no Vietnã - um fim justo para o povo do Vietnã do Sul, justo para o povo do Vietnã do Norte, e justo para aqueles outros que seriam afetados pelo resultado. Isso torna urgente que os membros da ONU, os que estão nesta sala há muito tempo interessados na paz no Vietnã, agora tenham uma participação ativa para alcançá-lo.³⁸

Passado o conflito no Vietnã, o presidente Jimmy Carter fez questão de se aproximar da Organização das Nações Unidas, sendo a agenda de direitos humanos um grande tema da sua política externa. Deste modo, em 1977, Carter fez referências a assinatura e consequente aprovação dos Pactos Internacionais tanto de Direitos Cívicos e Políticos quanto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Eu vou buscar a aprovação do Congresso e assinar os pactos da ONU sobre direitos econômicos, sociais e culturais e os pactos sobre direitos cívicos e políticos. E vou trabalhar em estreita colaboração com

³⁸ Tradução livre de: "At the end of World War II, the United States for the first time in history assumed the major responsibility for world peace. We were left in 1945 as the one nation with sufficient strength to contain the new threats of aggression, and with sufficient wealth to help the injured nations back to their feet. For much of the world, those first difficult postwar years were a time of dependency. Since I took office as President, no single question has occupied so much of my time and energy as the search for an end to the war in Vietnam -- an end fair to the people of South Vietnam, fair to the people of North Vietnam, and fair to those others who would be affected by the outcome. This makes it urgent that the U.N. members, those in this room who have long taken an active interest in peace in Vietnam, now take an active hand in achieving it." Disponível em: <<https://www.americanrhetoric.com/speeches/richardnixonunitednations1969.htm>> Acesso em: 19 nov. 2018.

o nosso próprio Congresso na tentativa de apoiar a ratificação não apenas destes dois instrumentos, mas também da Convenção do Genocídio das Nações Unidas e do Tratado para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. As Nações Unidas são um fórum global dedicado à paz e ao bem-estar de todos os indivíduos - não importa quão fracos sejam, não importa quão pobres sejam. Mas permitimos que sua máquina de direitos humanos seja ignorada e às vezes politizada. Há muito que pode ser feito para fortalecê-lo.³⁹

Ronald Reagan a seu turno, em 1981, fez referências explícitas à força da Carta das Nações Unidas em um momento de corrida armamentista (citado pelos historiadores como Segunda Guerra Fria):

Nós, que assinamos a Carta da ONU, nos comprometemos a evitar a ameaça ou o uso da força contra o território ou a independência de qualquer estado. Nestes tempos, quando mais e mais atos ilegais ficam impunes - como alguns membros deste mesmo corpo mostram um crescente desrespeito pela Carta da ONU - as nações amantes da paz do mundo devem condenar a agressão e prometer novamente agir de uma forma que seja digno dos ideais que nós endossamos. Vamos finalmente dar vida à Carta.⁴⁰

Finalmente, ao final da Guerra Fria, o mundo vivia uma grande fase de otimismo, a ordem internacional parecia responder a muitos problemas e a diplomacia seria o caminho para a solução das diferenças. Esta postura fica explícita no discurso de Bill Clinton na Assembleia Geral em 1993:

³⁹ Tradução livre de: “I will seek congressional approval and sign the U.N. covenants on economic, social, and cultural rights, and the covenants on civil and political rights. And I will work closely with our own Congress in seeking to support the ratification not only of these two instruments but the United Nations Genocide Convention and the Treaty for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, as well. The United Nations is a global forum dedicated to the peace and well-being of every individual--no matter how weak, no matter how poor. But we have allowed its human rights machinery to be ignored and sometimes politicized. There is much that can be done to strengthen it”. Disponível em: <<https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/march-9-1977-remarks-president-carters-press-conference>> Acesso em: 21 nov. 2018.

⁴⁰ Tradução livre de: “We, who have signed the U.N. Charter, have pledged to refrain from the threat or use of force against the territory or independence of any state. In these times when more and more lawless acts are going unpunished—as some members of this very body show a growing disregard for the U.N. Charter—the peace-loving nations of the world must condemn aggression and pledge again to act in a way that is worthy of the ideals that we have endorsed. Let us finally make the charter live”. Disponível em: <<https://www.reaganlibrary.gov/research/speeches/61782a>> Acesso em: 21 nov. 2018.

É claro que vivemos em um momento decisivo na história humana. Mudanças imensas e promissoras parecem nos inundar todos os dias. A guerra fria acabou. O mundo não está mais dividido em dois campos armados e furiosos. Dezenas de novas democracias nasceram. É um momento de milagres. Vemos Nelson Mandela lado a lado com o presidente de Klerk, proclamando uma data para a primeira eleição não-racial da África do Sul. Vemos o primeiro presidente eleito da Rússia, Boris Yeltsin, liderando sua nação em sua ousada jornada democrática. Vimos décadas de impasse no Oriente Médio, quando o primeiro-ministro de Israel e o presidente da Organização de Libertação da Palestina chegaram à inimizade do passado, e suspeitos de apertar as mãos uns dos outros e estimular o mundo inteiro com a esperança da paz.⁴¹

Esta realidade otimista não pôde ser vislumbrada por muito tempo. Em 11 de setembro de 2001 forças terroristas promoveram um dos maiores atentados que o mundo já conheceu nas cidades de Nova Iorque e Washington. O discurso do então presidente dos Estados Unidos da América, George W Bush, usou da retórica belicista para solicitar o apoio da comunidade internacional, inclusive da própria ONU, para a chamada “Guerra ao Terror” usando do argumento do inimigo comum:

Toda nação tem interesse nessa causa. Quando nos encontramos, os terroristas planejam mais assassinatos - talvez no meu país, ou talvez no seu. Eles matam porque aspiram dominar. Eles procuram derrubar governos e desestabilizar regiões em que a democracia nasceu.⁴²

Já o presidente Barack Obama ao se dirigir às Nações Unidas faz referências ao passado e ao próprio discurso do presidente Truman, a fim de demonstrar que a América estaria se aproximando novamente do multilateralismo e se afastando da Guerra ao Terror incentivada pelo presidente anterior:

⁴¹ Tradução livre de: “It is clear that we live at a turning point in human history. Immense and promising changes seem to wash over us every day. The cold war is over. The world is no longer divided into two armed and angry camps. Dozens of new democracies have been born. It is a moment of miracles. We see Nelson Mandela stand side by side with President de Klerk, proclaiming a date for South Africa’s first nonracial election. We see Russia’s first popularly elected President, Boris Yeltsin, leading his nation on its bold democratic journey. We have seen decades of deadlock shattered in the Middle East, as the Prime Minister of Israel and the Chairman of the Palestine Liberation Organization reached past enmity and suspicion to shake each other’s hands and exhilarate the entire world with the hope of peace”. Disponível em: <<https://2009-2017.state.gov/p/io/potusunga/207375.htm>> Acesso em: 19 nov. 2018.

⁴² Tradução livre de: “Every nation has a stake in this cause. As we meet, the terrorists are planning more murder — perhaps in my country, or perhaps in yours. They kill because they aspire to dominate. They seek to overthrow governments and destabilize entire regions democracies have been born”. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2001/US/11/10/ret.bush.un.transcript/index.html>> Acesso em: 19 nov. 2018.

Esta tem sido uma década difícil. Hoje, porém, estamos numa encruzilhada da história, com a chance de avançar decisivamente na direção da paz. Para fazer isso, devemos retornar à sabedoria daqueles que criaram esta instituição. A Carta Fundacional da ONU nos convida a “unir nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais”. E o Artigo 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Assembleia Geral nos lembra que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Essas crenças fundamentais - na responsabilidade dos estados e nos direitos de homens e mulheres - devem ser o nosso guia. Quando a pedra angular deste mesmo edifício foi colocada em prática, o presidente Truman veio para Nova York e disse: “As Nações Unidas são essencialmente uma expressão da natureza moral das aspirações do homem”. Como vivemos em um mundo que está mudando a um ritmo de tirar o fôlego, essa é uma lição que nunca devemos esquecer. A paz é dura, mas sabemos que isso é possível. Juntos, vamos resolver para ver que isso é definido por nossas esperanças e não por nossos medos. Juntos, vamos trabalhar para fazer, não apenas uma paz, mas uma paz que durará.⁴³

O discurso proferido pelo presidente Barack Obama demonstra a postura adotada pelos Estados Unidos da América durante os seus dois mandatos, a partir de uma visão universalista. No entanto, com a chegada de Donald Trump à presidência fica nítida a mudança de tom. Donald Trump explicitou que a sua administração iria, em primeiro lugar, perseguir os interesses nacionais. Menciona, ainda, a saída dos Estados Unidos da América do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, e o não reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Estas ações representam um *turning point* na política externa norte-americana tendo em vista sobretudo as presidências de Truman e Carter:

Como meu governo demonstrou, os EUA sempre agirão a partir do nosso interesse nacional. Eu falei com este órgão no ano passado

⁴³ Tradução livre de: “This has been a difficult decade. But today, we stand at a crossroads of history with the chance to move decisively in the direction of peace. To do so, we must return to the wisdom of those who created this institution. The UN’s Founding Charter calls upon us, “to unite our strength to maintain international peace and security.” And Article 1 of this General Assembly’s Universal Declaration of Human Rights reminds us that, “All human beings are born free and equal in dignity and rights.’ Those bedrock beliefs – in the responsibility of states, and the rights of men and women – must be our guide. When the corner-stone of this very building was put in place, President Truman came here to New York and said, “The United Nations is essentially an expression of the moral nature of man’s aspirations.” As we live in a world that is changing at a breathtaking pace, that is a lesson that we must never forget. Peace is hard, but we know that it is possible. Together, let us resolve to see that it is defined by our hopes and not our fears. Together, let us work to make, not merely a peace, but a peace that will last. Thank you”. Disponível em: <<https://foreignpolicy.com/2011/09/21/full-text-of-obamas-speech-at-the-united-nations>> Acesso em: 19 nov. 2018.

e avisei que o Conselho de Direitos Humanos da ONU se tornou um grave constrangimento para esta instituição, protegendo os abusadores dos direitos humanos e atacando os Estados Unidos e seus muitos amigos. Nossa Embaixadora nas Nações Unidas, Nikki Haley, estabeleceu uma agenda clara para a reforma, mas, apesar dos avisos relatados e repetidos, nenhuma ação foi tomada. Assim, os Estados Unidos adotaram o único caminho responsável: retiramo-nos do Conselho de Direitos Humanos e não retornaremos até que a verdadeira reforma seja promulgada. Por razões semelhantes, os Estados Unidos não fornecerão apoio em reconhecimento ao Tribunal Penal Internacional. No que diz respeito à América, o TPI não tem jurisdição, legitimidade e autoridade. O TPI reivindica jurisdição quase universal sobre os cidadãos de todos os países, violando todos os princípios de justiça e devido processo legal. Jamais renderemos a soberania dos Estados Unidos a uma burocracia global não-eleita, inexplicável e governada por americanos. Rejeitamos a ideologia do globalismo e abraçamos a doutrina do patriotismo.⁴⁴

Os trechos dos discursos aqui demonstrados revelam muito do tempo em que foram proferidos e do que os Estados Unidos da América esperavam da comunidade de nações. Como afirma Paulo Borba Casella, “o tempo – ou se diga, a história – e o lugar – ou se diga o contexto cultural – sempre terão impacto sobre o direito internacional, como ademais sobre todas as coisas produzidas pela inteligência humana, e como tais, humanamente condicionadas e contingentes”⁴⁵.

Para que suas políticas fossem aprovadas em um foro multilateral como a da ONU, muitos usaram da retórica e algumas vezes foram bem sucedidos. No entanto, a retórica poderia embalar também situações que nem sempre a comunidade internacional poderia tolerar, tais como o endosso à Guerra do Vietnã ou mesmo à chamada “Guerra ao Terror” demonstrando que, além da retórica, é necessário comparecer a um foro internacional calcado no próprio Direito Internacional, o que parece ser uma obviedade. Entretanto,

⁴⁴ Tradução livre de: “As my administration has demonstrated, America will always act in our national interest. I spoke before this body last year and warned that the U.N. Human Rights Council had become a grave embarrassment to this institution, shielding egregious human rights abusers while bashing America and its many friends. Our Ambassador to the United Nations, Nikki Haley, laid out a clear agenda for reform, but despite reported and repeated warnings, no action at all was taken. So the United States took the only responsible course: We withdrew from the Human Rights Council, and we will not return until real reform is enacted. For similar reasons, the United States will provide no support in recognition to the International Criminal Court. As far as America is concerned, the ICC has no jurisdiction, no legitimacy, and no authority. The ICC claims near-universal jurisdiction over the citizens of every country, violating all principles of justice, fairness, and due process. We will never surrender America’s sovereignty to an unelected, unaccountable, global bureaucracy America is governed by Americans. We reject the ideology of globalism, and we embrace the doctrine of patriotism”. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-73rd-session-united-nations-general-assembly-new-york-ny/>> Acesso em: 19 nov. 2018.

⁴⁵ CASELLA, P. B. Tempo e discurso no direito internacional. In: CASELLA, P. B. Direito internacional no tempo antigo. São Paulo: Atlas, 2012. p. 131.

pelos exemplos juntados no presente trabalho nem sempre se enxerga o óbvio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a retórica mantém uma relação próxima com o direito internacional. O presente artigo pretendeu explorar esta relação a partir da análise do *ethos* de presidentes norte-americanos em discursos proferidos na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). Foram analisados trechos de discursos dos presidentes Harry Truman (1946); Richard Nixon (1969), Jimmy Carter (1977); Ronald Reagan (1982); Bill Clinton (1993); George W. Bush (2001); Barack Obama (2011); e Donald Trump (2018). Foi analisado, ainda, um trecho do discurso de posse do presidente John Kennedy, proferido em 1961.

Para tanto, o artigo foi dividido em duas partes. A primeira parte destinada aos elementos da retórica, como os meios de persuasão do auditório, as características do orador e a análise do *ethos*, tanto discursivo como pré-discursivo. E a segunda parte destinada à análise dos discursos proferidos pelos presidentes norte-americanos na Assembleia Geral da ONU, do discurso do presidente Harry Truman até o discurso do presidente Donald Trump.

É importante frisar que o *ethos* dos presidentes estadunidenses dificilmente será construído apenas com base no discurso tal como propôs Aristóteles, uma vez que há uma imagem prévia associada a cada um. Esta imagem prévia dita o impacto que cada discurso possui no auditório, estando-se diante de um significativo *ethos* pré-discursivo, tal como propôs Maingueneau. Os discursos analisados visam, justamente, persuadir o auditório a incorporar o *ethos* do orador. Visam persuadir os cidadãos estadunidenses de que as ações políticas adotadas pelo presidente são as melhores entre as opções existentes, e persuadir os demais países a tornarem-se aliados.

Nestes casos, o discurso não se desvencilha da imagem prévia do orador, que interfere diretamente no *ethos* daquele que fala. Cada discurso, como visto, é proferido em concordância com ações governamentais que moldam a política externa dos Estados Unidos da América em cada período correspondente. Há presidentes que permeiam o seu governo em ações voltadas aos direitos humanos com uma política externa voltada ao multilateralismo, e há presidentes que exacerbam o nacionalismo a partir de uma política externa isolacionista. A retórica corresponde a uma ferramenta essencial na consagração da política externa de um país como os Estados Unidos da América, interferindo diretamente na ordem internacional.

REFERÊNCIAS

- AKANDE, D. *In*: EVANS, Malcolm. *International Law* 2ª ed. New York: OUP, 2006, p. 300.
- AMOSSY, R. Da noção retórica de ethos à análise do discurso. *In*: AMOSSY, Ruth (Org.). *Imagens de si no discurso. A construção do ethos*. São Paulo: Contexto, 2005. p. 9-28.
- ARISTÓTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2005. v. VIII. Tomo I.
- BARTHES, R. **A aventura semiológica**. Portugal: Edições 70, 1987.
- BRANDÃO, H. H. N. **Introdução à análise do discurso**. 3 ed. São Paulo: Editora da Unicamp, 2012. p. 59.
- CASELLA, P. B. Tempo e discurso no direito internacional. *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Direito internacional no tempo antigo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 89-163.
- DECLERCQ, G. **L'art d'argumenter - Structures rhétoriques et littéraires**. Paris: Editions Universitaires, 1992.
- FIORINDO, Priscila Peixinho. Ethos: um percurso da retórica à análise do discurso. **Revista Pandora Brasil. Revista de humanidades e de criatividade filosófica e literária**. n. 47. 2012. p. 1-8.
- HENRIQUES, A. **Argumentação e discurso jurídico**. São Paulo: Atlas, 2013.
- MAINGUENEAU, D. A propósito do ethos. *In*: MOTTA; SALGADO (Org.) **Ethos discursivo**. São Paulo: Contexto, 2008. p. 11-29.
- PERELMAN, C. & OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação. A nova retórica**. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERELMAN, C. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PISTORI, M. H. C. A formação linguístico-discursiva do profissional da área jurídica. **Revista do GEL**, v. 3, 2006. p. 25-45.
- QUINTILIANO. **Institutio oratoria**. Translated by H. E. Butler. Loeb Classical Library. London, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.
- RODRIGUES, K. O Ethos discursivo: uma análise por meio de seus traços na personagem Lord Henry no romance *The Picture of Dorian Gray*, de Oscar Wilde. **Revista (Con)textos Linguísticos**, v. 8, n. 10, 2014. p. 139-158.
- SALVADOR MOSCA, L. Velhas e novas retóricas: convergências e desdobramentos. *In*: SALVADOR MOSCA, Lineide (Org.). **Retóricas de ontem e de hoje**. São Paulo: Editora Humanitas, 2010. p. 17-54.

BOAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS

GOOD INSTITUTIONAL PRACTICES

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM DADOS: UM BALANÇO DE UMA PESQUISA INSTITUCIONAL (2010-2016)

*FEDERAL PUBLIC DEFENDER'S OFFICE ON DATA: A BALANCE OF INSTITUTIONAL
RESEARCH (2010-2016)*

*Ana Luiza Lopes Koech
Graduada em Direito pela UFSM*

*Leonardo do Amaral Pedrete
Doutorando em Antropologia pela UFRGS.
Mestre em Sociologia pelo IUPERJ,
Sociólogo da Defensoria Pública da União em Santa Maria-RS*

*Igor Nielson Medeiros Schirmer
Doutorando em Ciência Política pela UFRGS.
Mestre em Ciências Sociais pela UFSM*

INTRODUÇÃO

No contexto mundial e nacional de expansão das instituições jurídicas e de judicialização das relações sociais¹, impõe-se à Defensoria Pública da União uma atuação transparente e proativa no exercício da assistência jurídica (e não apenas judicial) integral e gratuita. Em que pesem dificuldades estruturais e institucionais, as demandas por acesso à justiça no Brasil encontram no sistema brasileiro de defensoria pública um potencial promissor. Traços como a defesa de interesses difusos e coletivos, a assistência jurídica gratuita (judicial e extrajudicial) e a educação voltada à promoção de direitos são atribuições institucionais que fazem a Defensoria Pública abranger distintos níveis do processo de construção da cidadania e perpassar as diferentes ondas de acesso à justiça².

No entanto, muito pouco se sabe sobre aqueles que recebem o atendimento das instituições estatais destinadas à prestação de assistência jurídica integral e gratuita no Brasil. Visando contribuir para o suprimento de tal lacuna, o objetivo central do projeto “DPU Santa Maria em Dados” é implantar a produção e a análise de dados sobre a atuação da Defensoria Pública da União de Santa Maria (DPU-SM). Tal propósito se alinha a diversas diretrizes estratégicas da instituição, uma vez que o conhecimento rigoroso e sistemático da atuação da Defensoria e de seus assistidos é fundamental para metas como o direcionamento de

¹ Cf. TATE, VALLINDER, 1995; WERNECK VIANNA, 1999.

² Cf. SANTOS, 2007; SADEK, 2008.

políticas institucionais à população abaixo da linha da miséria, a promoção da difusão e da conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico e a atuação, de forma proativa, junto à sociedade.

Este artigo tem por objetivo expor os resultados de mais de seis anos de implementação deste projeto de pesquisa institucional, cujos levantamentos de dados lançam novos olhares sobre as relações entre acesso à justiça e a efetividade de instituições públicas. Especificamente, serão analisados aqui resultados que sugerem tendências e padrões peculiares referentes à mobilização do sistema de justiça federal em nível local. Também serão detalhados aspectos fundamentais do fluxo de alguns dos pedidos mais frequentemente recebidos pela instituição ao longo dos anos, como os de medicamentos, benefício de prestação continuada e cirurgia. Espera-se, com este trabalho, reafirmar que a produção de conhecimento sobre as demandas e os demandantes de assistência jurídica é indispensável para a democratização do acesso à justiça.

Afinal, informações públicas transparentes e qualificadas possibilitam o controle social sobre a tomada de decisões e permitem resultados mais efetivos, eficazes e eficientes no curso de políticas públicas. Sobretudo no âmbito da Defensoria Pública da União, o exercício da *accountability*³ está diretamente imbricado com a busca por uma crescente responsividade⁴ da instituição. Em outras palavras, a abertura institucional às demandas sociais está intimamente relacionada à responsabilidade, à obrigação e à responsabilização de uma instituição, ou de quem ocupa um cargo público, no sentido de prestar informações e justificações submetidas a controle interno ou externo. Por tais razões, o mapeamento das demandas e o delineamento do perfil dos assistidos pela instituição se fazem necessários.

Dessa forma, a pesquisa “DPU Santa Maria em Dados” – cujos resultados são aqui apresentados – se vincula à missão institucional de “garantir aos necessitados o conhecimento e a defesa de seus direitos”⁵, “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”⁶, e, em última instância, de democratizar

³ Remete-se aqui ao conceito de *accountability*, que envolve a responsabilidade, a obrigação e a responsabilização de uma instituição ou quem ocupa um cargo em prestar contas – informações e justificações submetidas a controle interno ou externo (PINHO e SACRAMENTO, 2009). Como mostra Campos, *accountability* e democracia são interdependentes, uma vez que implicam a possibilidade de controle da coisa pública pela cidadania, a descentralização e a transparência da Administração Pública, e a substituição de valores tradicionais (clientelismo, paternalismo, patrimonialismo e personalismo) pela supremacia do interesse coletivo (CAMPOS, 1990).

⁴ A permeabilidade das instituições jurídicas às demandas sociais, novas ou antigas, com a preservação da integridade do direito é a característica do Direito Responsivo, conforme formulação de Nonet e Selznick (2010). “Tem-se, portanto, que da responsividade do direito não se origina um direito alternativo direcionado à ruptura com a integridade do direito, mas um processo contínuo de autocorreção, acompanhando a mudança social e as novas expectativas de direitos dela emergentes. Tem-se, ainda, dado que a responsividade implica a expansão da malha do sistema institucional do direito — juizados especiais, *class actions* —, que a sua dimensão de “abertura” se apresenta como um canal permanente para a difusão e a socialização do direito no corpo social. Sobretudo para sua criação, sem perda de uma integridade que se institua à base de princípios de justiça e de igual-liberdade” (WERNECK VIANNA, L., 2005).

⁵ Cf BRASIL (2012, p.19).

⁶ Cf. art. 4º, III, da Lei Complementar nº 80/1994, alterada pela Lei Complementar nº 132/2009.

o acesso à justiça. Ao lado de princípios institucionais como responsabilidade social, humanização, profissionalismo, qualidade e eficiência, o projeto se orienta sobretudo pelo princípio da transparência, no intuito de “dar máxima publicidade e visibilidade aos atos, processos e políticas institucionais”⁷. Assim, o diagnóstico da atuação da DPU contribui efetivamente para a missão de “garantir aos necessitados o conhecimento e a defesa de seus direitos” conforme a visão de firmar-se como “instrumento de transformação social”⁸ – à medida que figura como um aporte reflexivo fundamental para a própria realização de tais diretrizes normativas.

1. PANORAMA GERAL DO “DPU SM EM DADOS”

Quais são as maiores demandas que a Defensoria Pública da União (DPU) em Santa Maria⁹ efetivamente recebe? Quem são as pessoas que recebem a assistência jurídica dessa instituição? Quais são as pretensões mais frequentemente recebidas pelo núcleo e quais os ramos jurídicos mais acionados? Como tem evoluído o número de atendimentos iniciais, nos últimos meses e anos? De que maneira tais variações se refletem nas diretrizes de atuação da instituição? Como os resultados obtidos podem possibilitar avanços na prestação da assistência jurídica integral e gratuita à população socialmente vulnerável? Essas foram as questões que nortearam e norteiam a pesquisa.

Em virtude do propósito descritivo da pesquisa e das dimensões do universo dos atendimentos iniciais, recorreu-se a levantamentos ou *surveys* do tipo populacional ou censitário. As informações que resultam no perfil dos assistidos são derivadas de duas estratégias de coleta. Como o próprio Sistema de Informações Simultâneas da Defensoria Pública da União (SISDPU) dispõe de formulários socioeconômicos fixos, alguns dados de categorias básicas (renda familiar, escolaridade, ocupação e número de pessoas na residência) são colhidos a partir do acesso aos Processos de Assistência Jurídica (PAJs) de todos os atendimentos iniciais¹⁰. Por sua vez, as demais categorias são coletadas a partir de entrevistas

⁷ Cf. BRASIL (2012, p.20).

⁸ Ibidem, p.19.

⁹ O núcleo de Santa Maria da Defensoria Pública da União atende aos moradores dos 23 municípios que compõem a circunscrição da Justiça Federal sediada em Santa Maria (Agudo, Dilermando de Aguiar, Dona Francisca, Faxinal do Soturno, Formigueiro, Itaara, Ivorá, Jari, Júlio de Castilhos, Mata, Nova Palma, Pinhal Grande, Quevedos, Restinga Seca, Santa Margarida do Sul, Santa Maria, São João do Polêsine, São Martinho da Serra, São Pedro do Sul, São Sepé, Silveira Martins, Toropi e Vila Nova do Sul). Segundo o Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os moradores de tais municípios totalizam uma população de 420.683 pessoas (3,93% do total do Rio Grande do Sul), dos quais 81% habitam a zona urbana e 19%, a rural; a população feminina abrange 51,6% do total, sendo portanto em 48,4% a parcela do sexo masculino.

¹⁰ Convém esclarecer que as definições aplicadas para categorias como “cor” e “religião” obedeceram aos critérios da técnica de coleta de dados da autodeclaração, amplamente utilizada pelo IBGE.

socioeconômicas, realizadas em todos os atendimentos iniciais presenciais¹¹.

Assim como o eixo do perfil dos assistidos, o mapeamento das demandas é operacionalizado mediante a criação de um banco de dados próprio atualizado permanentemente, tendo como única fonte o SISDPU. Um a um, todos os atendimentos iniciais produzidos durante os anos da pesquisa foram consultados, não sendo realizado qualquer procedimento amostral.¹² A consulta a cada uma das narrativas geradas nos atendimentos iniciais tem por objetivo analisar a demanda do assistido. Para evitar distorções estatísticas, optou-se por considerar-se apenas a demanda trazida em nome do assistido¹³.

Os ramos jurídicos foram divididos nas categorias “Previdenciário”, “Cível”, “Saúde”, “Penal”, “Penal-Militar” e “Cíveis Outras” (na qual foram incluídas categorias com frequência inferior a 5%, como “Administrativo”, “Trabalhista”, “Tributário” e “Eleitoral”).¹⁴ Não obstante, quando da coleta de dados, tais categorias permanecem separadas, possibilitando futuras análises mais específicas. A separação de categorias como “Saúde” de “Cível” tem a mesma justificativa, somada ao fato de apresentar uma proporção elevada.

1.1 Perfil dos assistidos

O “DPU SM em Dados” produziu dados gerais sobre o perfil dos assistidos da DPU em

¹¹ Por uma série de razões, não é possível a realização de entrevistas com os assistidos em todos os atendimentos iniciais. O exemplo de casos de pessoas internadas em estado de coma, por razões óbvias, mostra que não é possível entrevistar diretamente a totalidade dos assistidos. Nestes casos e em situações similares, a entrevista é feita com o familiar ou representante legal que veio ao atendimento. Há casos, entretanto, em que a Defensoria presta assistência jurídica a pessoas que nunca receberam orientação a partir de uma visita à unidade, como nos casos de intimação por carta precatória e de réus militares presos. Nesses casos, as entrevistas socioeconômicas não são viáveis. Dado que algumas entrevistas não são realizadas diretamente com o assistido, mas sim com alguém atendido em seu nome, ao longo da apresentação de resultados, optamos por diferenciar os termos “assistidos” e “atendidos”.

¹² Para fins estatísticos, foram considerados inválidos e descartados todos os registros que não configuraram atendimentos iniciais reais, tais os decorrentes de duplicações e testes. Além disso, é importante assinalar que o núcleo adota a diretriz de que sejam registrados no sistema todos os atendimentos iniciais realizados presencialmente. Dessa forma, os atendimentos telefônicos prestados a pessoas que não são assistidas pela DPU não passam pelo processo de coleta e mapeamento de dados. Ademais, se um assistido provoca o desarquivamento de um pedido anteriormente realizado, o seu novo atendimento não é contabilizado novamente. Caso uma pessoa traga mais de uma demanda jurídica (medicamentos e BPC, por exemplo), cada uma delas gera um PAJ. Portanto, um mesmo PAJ pode atender a mais de uma pessoa, tal como ocorre em processos penais com vários réus assistidos pela DPU. Por essas razões, o número de assistidos e o de atendimentos iniciais não coincide, em geral. As estatísticas produzidas neste estudo consideram apenas os atendimentos iniciais presenciais (encontram-se excluídos, portanto, modalidades tais como: atendimentos de retorno, audiências etc.).

¹³ Portanto, quando a narrativa deu conta de que também foram prestadas informações sobre outras matérias ou sobre demandas de outras pessoas, apenas a pretensão principal do assistido foi contabilizada nesta etapa de análise.

¹⁴ Para evitar controvérsias quanto à natureza jurídica das demandas, optou-se por privilegiar a vara ou tribunal de processamento como critério distintivo. Portanto, pedidos de levantamento de FGTS são enquadrados como cíveis, enquanto questões relativas ao recolhimento do FGTS pelo empregador são classificadas como trabalhistas. Pelo mesmo critério, pedidos de amparo assistencial (ou BPC-BPC) são incluídos na categoria “previdenciário”.

Santa Maria até 2016. Os resultados dão conta de que, nos atendimentos iniciais registrados no referido ano, os homens passaram a compor a maioria (54,6%) dos assistidos. Embora em atendimentos relativos a cirurgias e medicamentos as mulheres constituam maioria (52,5% e 54,2%, respectivamente), o aumento no número de registros de atendimentos para execução penal (no qual a parcela masculina atinge 94,5% dos PAJs) é suficiente para explicar a inversão do que ocorria até 2014, quando as mulheres compunham a maioria dos assistidos (representando um total de 57,4% dos atendimentos).

Quanto ao perfil etário do público da DPU, verificou-se que aproximadamente dois terços dos assistidos são adultos de meia idade ou idosos, dado que 63% têm mais de 40 anos. A idade média verificada foi de 46,5 anos. Dentre aquelas mais frequentes, algumas demandas registraram médias de idade ligeiramente acima da média geral, como nos pedidos relativos a aposentadoria (66,6 anos) e cirurgia (52,8 anos), com os assistidos envolvidos em execuções penais destacando-se pela baixa idade média (34,3 anos).

Quanto à renda declarada pelos assistidos, a renda familiar média (R\$1.793,76) e a renda *per capita* média (R\$729,10) não podem ser tomadas como dados absolutos: o corte por faixas de renda familiar média apresentou grande heterogeneidade quanto à renda dos assistidos. Em salários mínimos (s.m.), as categorias com maiores frequências foram “de 1 a 2 s.m.” (37,4%), “de 2 a 3 s.m.” (27,1%) e “até 1 s.m.” (16,2%). Por outro lado, chama a atenção a proporção de assistidos com renda superior a três salários mínimos (18,3%). No entanto, ressalte-se que, em pesquisas anteriores, o percentual de assistidos que informaram renda acima do limite de triagem da DPU foi ainda superior (20,4%, em 2012; 28,3% em 2013). A heterogeneidade no perfil de renda é ainda mais flagrante quando se considera demandas diferentes, visto que os atendimentos penais-militares e previdenciários se destacam com altos percentuais de assistidos com renda familiar inferior a um salário mínimo (30,7%, em PAJs previdenciários e 33,3%, em PAJs penais-militares – bastante acima da média geral, de 16,5%).

Dados mais aprofundados sobre o perfil dos assistidos foram produzidos em 2014 acerca do ano anterior. Quase metade dos assistidos (43,6%) encontrava-se desempregada. Mais de 1 em cada 4 (26%) são aposentados e apenas 14,6% participavam da economia formal. Em 2012, os desempregados, aposentados e assistidos em economia formal somavam 33,2%, 24,9% e 26,6%, respectivamente. Portanto, houve significativo aumento de desempregados e notável redução na proporção de trabalhadores regulamentados dentre o total de assistidos.

Mais da metade dos assistidos (55,4%) declararam possuir gastos extraordinários com saúde; e apenas uma minoria (5,2%) paga pensão alimentícia. Quase a metade (48,3%) dos assistidos não possui ensino fundamental completo e mais de 6 em cada 10 (64,6% dos assistidos) não possui o ensino médio completo. No ano anterior, tais grupos somavam 42,4% e 63,8%. Em relação a 2012, destacaram-se os aumentos nas proporções de assistidos com ensino fundamental incompleto (que passaram de 37,8% para 42,4%) e de assistidos analfabetos (de 4,6% para 5,9%). Quanto à religião, a maior parcela dos assistidos se declarou católica (67,5%), bastante à frente de evangélicos (20,5%) e pessoas sem religião (em sentido estrito, 4,6%; ou 7,9% englobando-se ateus e agnósticos). Quanto ao tipo de moradia, 68,7% moravam em imóvel próprio e 19,8%, em imóvel alugado.

A esmagadora maioria (89,6%) nunca havia sido atendida antes pela DPU e 7,4% receberam atendimento por meio do projeto “DPU Itinerante”¹⁵. A maior parte dos assistidos (40,4%) tomou conhecimento do atendimento da DPU a partir de amigos, parentes ou vizinhos. A seguir, “Fórum/nomeação judicial” (17,6%), “Jornal/TV/Rádio/Internet” (8,0%), “Defensoria Pública do Estado” (6,3%) e “Material de Divulgação da DPU” (5,4%) foram as fontes de indicação mais citadas pelos entrevistados.

Em 2014, a pesquisa também buscou identificar indicadores de vulnerabilidade social. Os mais citados foram a participação em programa social do governo federal (17,2%), a presença de morador analfabeto com 15 anos ou mais na residência (5,2%), residência sem rede de esgoto, pluvial ou fossa (4,3%) e a renda familiar de até R\$ 70,00 *per capita* (2,9%, abaixo dos 4,8% de 2013). Este último indicador passou a 5,2% em 2016, indicando um discreto aumento na cobertura do atendimento em relação à população em extrema pobreza.

1.2 Mapeamento de demandas

De 2010 a 2016, o projeto “DPU SM em Dados” registrou importantes variações quanto às demandas recebidas pelo núcleo de Santa Maria da Defensoria Pública da União. Nesse período, houve 28,4% de aumento no número de atendimentos iniciais (1331, em 2016). Por outro lado, considerando-se o ano de maior frequência de abertura de PAJs, 2014 (com 1633 AI), observa-se, nos últimos dois anos, uma retração de 18,5% no total de AI.

Assim como nos últimos anos, as matérias predominantes nos atendimentos iniciais em 2016 foram, respectivamente: “Saúde” (34,7%), “Previdenciário” (25,2%) e “Cíveis - Outras” (20,5%). Ou seja, ao menos 3 em cada 4 atendimentos iniciais foram cíveis ou previdenciários. Além disso, ao menos 1 em cada 3 foram casos cíveis relativos à saúde. Menos de 20% dos atendimentos se referem a matérias penais ou penais-militares (que contam 10,6% e 9% dos AI, respectivamente).

¹⁵ Implementado há mais de seis anos, o projeto “DPU Itinerante” tem como principal objetivo promover a interiorização da instituição DPU, buscando universalizar o acesso à Justiça e difundir o conhecimento sobre a Defensoria, promovendo direitos e cidadania à população. Até 2009, receberam ações de atendimento ao público cidades como São Sepé, Dilermando de Aguiar, Toropi, Ivorá, Restinga Seca, Faxinal do Soturno, Júlio de Castilhos, Formigueiro, Mata e São Martinho da Serra. Em 2010, foram realizadas 02 (duas) visitas a São Sepé. A partir de 2011, o núcleo passou a adotar como meta intermediária da unidade a ampliação das visitas de atendimento a Municípios da Subseção Judiciária de Santa Maria, RS, incorporando-as ao planejamento anual de ações especiais, coordenadas pelo Setor de Sociologia. A escolha das cidades tem obedecido aos seguintes critérios: localidades com maiores demandas fora de Santa Maria, distância geográfica e índice de pobreza do Município (conforme dados do IBGE). Para além de várias localidades já citadas, as mais de 100 (cem) ações realizadas no referido período chegaram ainda aos municípios de Itaara, São Pedro do Sul, Vila Nova do Sul e Agudo. Assim, pode-se dizer que quase dois terços (catorze de vinte e três) dos Municípios da Subseção Judiciária de Santa Maria na Justiça Federal já receberam ações de atendimento *in loco*. Em 2016, a unidade implementou o projeto “Defensoria para Todos”, destinado a descentralizar o planejamento e a execução de ações voltadas à ampliação da abrangência de atuação DPU. Em 2017, o planejamento de ações itinerantes contempla visitas a 13 municípios (Formigueiro, Vila Nova do Sul, Santa Margarida do Sul, Mata, São Pedro do Sul, Dilermando de Aguiar, Faxinal do Soturno, Nova Palma, Pinhal Grande, Júlio de Castilhos, Agudo, Restinga Seca e São Sepé).

Tabela 1 – Dados gerais sobre as demandas de saúde (2010-2016)

	2011	2012	2013	2014	2015
Atendimentos iniciais	290	334	399	434	383
Posição no ranking de atendimentos	3°	2°	2°	1°	1°
Percentual em relação ao total	21,5%	25,1%	24,7%	26,6%	29,7%

As pretensões mais frequentes, em 2016, envolvem respectivamente: cirurgia, auxílio-doença, medicamento, execução penal e BPC. De 2011 a 2016, o número de atendimentos iniciais de saúde chegou ao topo do *ranking* das matérias mais acionadas, ao ultrapassar casos previdenciários e outros casos cíveis. Embora as pessoas que acessam a DPU-SM levem questões relacionadas a pedidos de consulta especializada, exames, tratamentos, internações, equipamentos e materiais de saúde, dois pedidos são por si só responsáveis pela maioria das demandas dessa área: os pedidos de realização de cirurgia e os pedidos de fornecimento de medicamentos – que representaram, juntos, dois terços dos atendimentos relativos a saúde em 2016.

Especialmente de 2013 em diante, os pedidos de cirurgia passaram a despontar como a pretensão mais frequente. Comparando-se os anos de 2011 e 2016, o número de AI relativos a medicamentos caiu quase que pela metade (reduzindo de 202 para 118 AI); de outro lado, o número de PAJs referentes a cirurgias é quase seis vezes maior hoje (passando de 32 para 181 AI). Os pedidos de auxílio-doença e BPC observaram grande crescimento no número de atendimentos iniciais de 2011 até 2013; no entanto, em 2016, revelaram tendência de retorno a patamares parecidos com os obtidos em 2011. Com efeito, considerando-se respectivamente os anos de 2011, 2013 e 2016, o número de PAJs de auxílio-doença (109; 150; 128) variou de forma algo semelhante ao número de PAJs de BPC (63; 112; 60).

Em verdade, a despeito de a categorização jurídica variar entre “cível-saúde” (casos de cirurgias e medicamentos) e “previdenciário” (casos de auxílio-doença, BPC e aposentadoria), boa parte dos casos enquadrados nas categorias mais frequentes se referem a demandas que tem como causa a condição de saúde da pessoa. Afinal, o auxílio-doença é um direito do segurado que perde a capacidade para o trabalho, o BPC contempla pessoas com deficiência e incapacidade de prover o próprio sustento e, dentre os tipos de aposentadoria está a aposentadoria por invalidez. Assim, não é desarrazoado estimar que metade dos atendimentos da DPU-SM tenham a saúde como fator de mobilização do sistema de justiça.

É possível aventar algumas hipóteses para a flutuação das demandas. Em Santa Maria, nos últimos anos tem se agravado a incapacidade de o SUS dar conta das indicações de cirurgia, especialmente das cirurgias eletivas traumatológicas, o que trouxe reflexos sobre a judicialização de tais demandas. Em sentido inverso, a inclusão de novos medicamentos na lista de fornecimento do estado do RS contribuiu decisivamente para uma menor judicialização de tais demandas.

2 PESQUISAS ESPECÍFICAS

2.1 A demanda por medicamentos na DPU-SM em 2011

Embora não haja um consenso entre fontes de dados, o Rio Grande do Sul seria o estado líder no *ranking* de processos de pedidos de medicamentos no país, sendo que Santa Maria seria a cidade com maior número de processos judiciais deste tipo no Estado, à frente mesmo de Porto Alegre. Somente em 2014, o custo financeiro da 4ª Coordenadoria Regional de Saúde, para compra de medicamentos pela via judicial, girou em torno de R\$ 8 milhões¹⁶. Ao tematizarem a judicialização da saúde para casos de medicamentos, uma série de autores¹⁷ evidenciam a relevância da assistência jurídica gratuita.

Levantamento específico realizado sobre o fluxo processual das demandas de medicamentos na DPU-SM, em 2011, prestou informações bastante relevantes. Por vezes, surpreendentes. Verificou-se que apenas metade dos atendimentos iniciais se converteram em processos judiciais. Esse dado é suficiente para atestar que a judicialização pode ser apenas uma fração do trabalho de uma instituição jurídica como a DPU, embora provavelmente seja a mais divulgada dentro e fora dela.

Houve significativa taxa de desistência pré-processual (28%), fato possivelmente motivado por razões como: obtenção do medicamento diretamente na via administrativa, no curso do atendimento pré-processual da DPU; dificuldade em obtenção dos documentos necessários (tais como laudos médicos e negativas administrativas); e desistência expressa do assistido, por razões diversas, tendo havido ou não a obtenção do medicamento.

Vale dizer que todos os pedidos judiciais de medicamentos ensejaram análise prévia ao mérito quanto à urgência e verossimilhança da pretensão, o que significou que em 100% dos casos de judicialização houve pedido de tutela jurisdicional antecipada. O índice de sucesso foi expressivo: 69% dos pedidos de antecipação de tutela foram deferidos. Isto é, 7 em cada 10 pedidos de medicamentos que chegaram ao Judiciário foram concedidos.

Um dado surpreendente é que a maioria das sentenças (56%) foi proferida em até 30 dias, sendo que 1 em 5 processos receberam sentença em até 5 dias. Assim, podemos dizer que a prestação jurisdicional dos pedidos de medicamentos tende a ser bastante ágil. Tais dados problematizam a percepção difundida de morosidade geral da justiça no Brasil. Para os casos nos quais há uma maior demora para publicação de decisão, a principal hipótese a ser investigada se refere aos pedidos do juízo para esclarecimento quanto à possibilidade de substituição do medicamento requerido, mediante perícia ou não. No entanto, dado significativo é que 40% das sentenças não foram cumpridas pelo poder público dentro dos prazos estabelecidos.

¹⁶ Cf. DIÁRIO DE SANTA MARIA, 2015.

¹⁷ Cf. GERTNER, 2010; BIEHL, 2013; GRUDZINSKI, 2013; BIEHL; PETRYNA; AMON; PICON, 2009.

Tabela 2 – Processos judiciais referentes a medicamentos, com resolução de mérito, por tempo de espera pela decisão liminar, em 2011.

Tempo de espera	Percentual em relação ao total de processos com resolução de mérito
0 a 5 dias	21,3%
5 a 10 dias	8,8%
10 a 20 dias	16,3%
20 a 30 dias	10,0%
0 a 30 dias	56,3%
30 a 60 dias	15,0%
60 a 90 dias	10,0%
90 a 180 dias	10,0%
180 a 360 dias	8,8%
<i>Média = 54,1 dias; Mediana = 25,5 dias</i>	

Como mostram os referidos dados, a judicialização pode ser apenas uma fração (51%) dos encaminhamentos dos casos; e, mesmo com um expressivo índice de sucesso judicial e com a rapidez na obtenção de decisões, o Estado descumpra as decisões no prazo devido em parcela significativa dos casos (40%). Ou seja, nas demandas de medicamentos aqui analisadas, a figura do Estado aparece de forma múltipla e contraditória: (1º) na origem da constituição do próprio problema jurídico (na falha em oferecer o tratamento medicamentoso adequado); (2º) no reconhecimento de uma pretensão jurídica (concretizada no pedido administrativo da medicação); (3º) na constituição do conflito jurídico (no recebimento da negativa administrativa e na formulação do pedido judicial); (4º) na conversão do conflito (da lide ou pretensão resistida) em processo judicial (no processamento da Justiça Federal); (5º) no procedimento de dizer o direito (mesmo que provisoriamente, a partir da decisão liminar); e (6º) no descumprimento da decisão judicial (à medida que os entes federativos não cumpriram o mandato judicial de entrega da medicação no prazo estipulado). Assim, temos um caso exemplar de demonstração de que a coerência e unicidade estatal é apenas um mito, como alguns antropólogos estudiosos da burocracia apontam¹⁸.

¹⁸

Cf. HERTZFELD, 1992; FASSIN, 2013; MITCHELL, 1999; SHARMA; GUPTA; 2006

2.2. A demanda por BPC na DPU-SM em 2011 e 2012

Em matérias que envolvem a judicialização da seguridade social e da saúde, particularmente, a construção de dados estatisticamente confiáveis acerca das demandas e da atuação das instituições públicas consiste em um instrumento cada vez mais essencial para o gerenciamento e melhoria das tomadas de decisões¹⁹. Técnicas de estatística descritiva podem ser utilizadas como ponto de partida para a realização de diagnósticos úteis para o aprimoramento estratégico de políticas públicas, podendo ser, inclusive, compartilhadas entre instituições, conferindo maior inteligência e eficiência ao sistema de proteção social e, conseqüentemente, contribuindo para a melhoria da qualidade dos serviços públicos e para a promoção da cidadania.

Nos resultados apresentados no relatório *DPU Santa Maria em Dados*, publicado no ano de 2013, verificou-se que, dentre os assistidos da instituição na unidade de Santa Maria, houve um incremento significativo na demanda pelo BPC. Conforme constatado através do trabalho de mapeamento das demandas, o BPC consistiu na quarta demanda mais frequente naquele ano (somando um total de 112 AI), contabilizando um aumento de aproximadamente 50%, em relação aos dois anos anteriores, na demanda dos assistidos pelo BPC.

Tendo como ponto de partida essas informações preliminares e levando em conta a relevância social deste tipo de demanda, foi empreendida uma investigação mais aprofundada, objetivando se apreender os caminhos e a forma como esses atendimentos iniciais evoluíram no interior da unidade, quais foram os seus encaminhamentos, as sentenças mais recorrentes, o tempo médio de duração dos pedidos em cada etapa do processo, as razões dos arquivamentos e as fundamentações utilizadas pelos magistrados, nos casos em que a demanda foi julgada improcedente.

No biênio 2011-2012, foi registrado um montante de 149 AI em que o direito ao BPC foi pleiteado por assistidos da DPU-SM. Nesse período, o maior número de ocorrências, nesse tipo de matéria, foi identificado no mês de junho de 2011 (21 AI); por outro lado, em dezembro deste mesmo ano, assim como em fevereiro de 2012, não houve nenhum atendimento inicial registrado no PAJ como pedido de BPC. Em 2011, a média mensal de AIs em que foi pleiteado o BPC foi de 7,4; em 2012, verificou-se uma sensível retração, tendo sido contabilizada uma média de 5 atendimentos ao mês.

Desse conjunto de demandas, 70,5% foram arquivadas pelos defensores públicos e 29,5% foram encaminhadas para atuação judicial da DPU. Na maioria dos casos, o pedido de arquivamento decorreu em razão da ausência de retorno dos assistidos (75% em 2011 e 54,1% em 2012). Outros motivos que fundamentaram o arquivamento das demandas foram, respectivamente: “pretensão juridicamente inviável” (10,3% em 2011 e 18,9% em 2012); “pretensão alcançada via administrativa” (4,4% em 2011 e 8,1% em 2012); “desistência explícita da pretensão” (2,9% em 2011 e 8,1% em 2012); “desistência da assistência da DPU em favor da nomeação de advogado particular” (1,5% em 2011 e 5,4% em 2012); “óbito do assistido” (nenhuma ocorrência em 2011 e 5,4% em 2012);

¹⁹ HAIR, 2009.

“encaminhamento a outro órgão” (4,4% em 2011 e nenhuma ocorrência em 2012), e “PAJ duplicado” (1,5% em 2011 e nenhuma ocorrência em 2012).

Nos casos em que o pedido de BPC foi ajuizado pela DPU-SM, durante o biênio 2011-2012, 11,4% dos pedidos foram concedidos através de conciliação extrajudicial; 9,1% foram julgados parcialmente procedentes; 20,5% foram julgados procedentes e 59,1% foram julgados improcedentes. Em quase dois terços dos casos em que a concessão do BPC foi indeferida, a fundamentação empregada pelos julgadores consistiu no apontamento de ausência de miserabilidade por parte do litigante (58,3% em 2011 e 57,1% em 2012). A ausência de incapacidade para trabalhar, por parte do assistido, figura como a segunda fundamentação mais frequentemente reiterada pelos juízes para o indeferimento do BPC (33,3% em 2011 e 14,3% em 2012). A ausência de impedimento de longo prazo não foi constatada em nenhuma sentença de indeferimento de BPC, em processos ajuizados pela DPU-SM, no ano de 2011, mas essa justificativa passou a fundamentar o indeferimento de 14,3% desses processos no ano de 2012.

Finalmente, a conjugação desses critérios (ausência de incapacidade e ausência de miserabilidade) foi identificada como razão do indeferimento em 8,3% dos casos ajuizados, em 2011, e em 7,1% dos casos ajuizados, em 2012. A ausência de impedimento de longo prazo conjugada com o critério de miserabilidade, que em 2011 não foi motivo para o indeferimento da concessão de BPC aos assistidos da DPU-SM, fundamentou 7,1% das sentenças de indeferimento de BPC, em 2012.

A análise desse universo de casos possibilitou a verificação de que, no biênio 2011-2012, o critério de renda (ausência de miserabilidade) consistiu em um fator particularmente relevante para a fundamentação do indeferimento de quase 70% dos pedidos de BPC ajuizados pela DPU-SM, ao passo que, em 30% dos demais processos de BPC ajuizados pela unidade e indeferidos, houve a presença exclusiva de outros fatores para se fundamentar a sentença.

Outro aspecto relevante considerado na análise dos pedidos de BPC recebidos pela unidade da DPU-SM consistiu no tempo médio de espera das demandas, de acordo com a fase de atuação da instituição. É importante destacar que, entre os anos de 2011 e 2012, não se verificou nenhuma alteração significativa no tempo médio de duração desses prazos.

O tempo médio de espera entre a abertura do PAJ e a juntada dos documentos foi de 3,2 meses, em 2011, e de 3,1 meses, em 2012. De outra parte, o tempo médio de espera, a partir do momento em que a unidade da DPU-SM se encontrou em posse de todos os documentos e informações do assistido – condição indispensável para o ajuizamento do processo – foi inferior a quinze dias, durante o biênio 2011-2012, especificamente, de 0,4 meses, em 2011, e de 0,8 meses, em 2012. Por sua vez, o tempo médio de espera entre o ajuizamento da ação e a publicação da sentença foi de 9,7 meses, em 2011, e de 9,6 meses, em 2012.

Em resumo, todos os processos de BPC que foram ajuizados na unidade da DPU-SM, no biênio 2011-2012, foram encaminhados e tiveram sentença proferida em menos de 14 meses. Em 2011, o tempo médio de espera entre a abertura do PAJ e a publicação da sentença foi de 13,3 meses, e, em 2012, o tempo médio de espera foi de 13,5 meses.

Dos 149 pedidos de BPC recebidos pela DPU-SM, no biênio 2011-2012, 29,5% - o que corresponde a um universo de aproximadamente 40 usuários do serviço – foi ajuizado pela instituição. Deste montante de ações ajuizadas, 12,1% teve a pretensão alcançada pela via judicial, nesse sentido, é significativo destacar que todos esses processos, julgados procedentes, ou parcialmente procedentes, foram anteriormente negados (na via administrativa) a usuários que, conforme demonstram as sentenças proferidas pelos magistrados, efetivamente gozavam do direito de dispor desse tipo de benefício, destinado a pessoas em situação de vulnerabilidade social.

A análise desses casos evidencia a necessidade de uma reavaliação sobre a dinâmica de funcionamento do sistema de seguridade social no país. A burocratização do processo de concessão do BPC, ainda que salutar quando focada em evitar fraudes, resulta também, em muitos casos, na violação de direitos de pessoas que são o público-alvo de políticas desta natureza. Acerca disso, a produção de estatísticas relacionadas à atuação da Defensoria Pública (em todos os seus graus de organização) pode colaborar para o aprimoramento e a modernização na gestão estratégica de políticas públicas.

Além disso, a análise dos dados coletados evidencia que a atuação da DPU-SM, em matérias dessa natureza, tem sido relativamente célere. O tempo médio de espera do usuário do serviço costuma ser dilatado sobretudo em razão da demora por parte dos assistidos em conseguir obter toda a documentação necessária (tempo médio de espera de 3 meses) para dar início ao processo judicial; de outro lado, verifica-se que a média mais alta no tempo de espera resulta da morosidade do sistema de justiça, que não levou menos de nove meses para proferir uma sentença neste tipo de matéria em nenhum dos casos examinados.

Por fim, ao realizar uma triagem acerca dos casos que realmente necessitam ser encaminhados à via judicial, através do arquivamento de demandas que, conforme análise de defensores públicos, de antemão, são identificadas como improcedentes, a DPU (na qualidade de instituição essencial à função jurisdicional do Estado) contribui ao priorizar a atuação extrajudicial, evitando o agravamento do quadro de engarrafamento de processos judiciais na justiça brasileira.

2.3 A demanda por cirurgias na DPU-SM em 2015

Como já referido anteriormente, os atendimentos iniciais na DPU-SM referentes à categoria “saúde” constituem proporção expressiva do total dos atendimentos realizados. Isso se dá devido à ineficiência do Estado em fornecer a adequada assistência a toda população. Como já mencionado, nos últimos anos houve um decréscimo dos pedidos por medicamentos, talvez por haver um maior fornecimento administrativo das substâncias pleiteadas; mas, em contrapartida, houve um crescimento no número de atendimentos referentes a procedimentos cirúrgicos. A judicialização da saúde assume contornos bastante específicos no contexto local de Santa Maria (e da região central do Rio Grande do Sul, por extensão), no qual a insuficiente capacidade de instituições como a 4ª Coordenadoria Regional de Saúde (4ª CRS) e o Hospital Universitário de Santa Maria (HUSM) em darem conta da demanda regional por acesso à saúde emerge como uma variável

potencialmente explicativa.

No ano de 2015, 29,7% do total dos PAJs abertos na DPU-SM correspondiam a demandas relacionadas à saúde, configurando-se essa a matéria predominante nos atendimentos da unidade. Atrás dela, ficaram as demandas previdenciárias, com 25% do total dos PAJs, seguido por cíveis em geral (22%), penais (11%) e penal militar (7%). Inclusos na categoria “Cível Saúde” estão os pedidos de cirurgia, medicamentos, equipamentos e materiais, internação, tratamento, exame, consulta e outros²⁰. A categoria respondia, em 2015, por mais de um terço dos PAJs instaurados, superando demandas previdenciárias e matérias cíveis de outras naturezas.

Nesse universo de PAJs “Cíveis-Saúde”, verificou-se em 44,9% deles a pretensão/necessidade do assistido de ser submetido a algum tipo de cirurgia, o que corresponde a 13,1% do total de atendimentos realizados no ano de 2015 na DPU-SM. Nesse sentido, destacam-se os pedidos de cirurgias traumato-ortopédicas, as quais correspondem a 61,8% dos requerimentos de cirurgia. Esse valor é bastante significativo se comparado às proporções dos demais tipos de cirurgias requeridos, quais sejam: oftalmológicas (14,5%), gerais, oncológicas e gastroentorológicas (7,3% cada) e pediátricas (1,8%). Além desses, houve a judicialização de 5 PAJs classificados na categoria “equipamentos e materiais” que também envolviam cirurgias traumatológicas. Assim, foram 39 as demandas judicializadas envolvendo cirurgias traumato-ortopédicas em 2015.

Nesse ano, percebeu-se que menos da metade das demandas de saúde em geral é judicializada, embora o índice de judicialização dos pedidos de medicamentos tenha se aproximado do dobro do registrado nos pedidos de cirurgia. Quanto ao tempo de tramitação interna das demandas de saúde, os dados indicam – provavelmente pela maior dificuldade de obtenção de consultas e laudo – que o tempo médio de entrega da documentação completa nos casos de cirurgia é cinco vezes maior do que nos pedidos de medicamentos. Enquanto a média de dias entre o atendimento inicial e a conclusão da documentação pelo assistido em pedidos de medicamentos foi 9,4, nos casos de cirurgia o número chegou a 49,6.

Nas demandas de cirurgia, em relação aos dias decorrentes entre o primeiro atendimento e o ajuizamento da ação, a média foi de 73,5 e, até a prolação de decisão judicial a média foi de 208,6 dias. Ou seja, comparando-se com os casos de pedido de medicamentos, a resolução das demandas de cirurgia é muito mais morosa, tanto no processamento interno da DPU-SM (atendimento inicial, recolhimento de documentos, análise do caso, elaboração da petição inicial, ajuizamento) quanto no desenvolver do processo judicial. Isso pode ser explicado pela dificuldade dos assistidos em conseguir atestados que comprovem a necessidade e a urgência da cirurgia e também por alguns entraves impostos pela Justiça, como intimação do HUSM para dizer sobre a possibilidade de realização da cirurgia naquele hospital, pedidos de atestados mais específicos e determinações de perícias judiciais.

²⁰ Em “outros” incluem-se demandas diversas que não se enquadram em nenhuma das categorias pré-definidas, como pedido de acompanhamento diário de profissional de enfermagem na residência do assistido devido a impossibilidade da família em fornecer os cuidados necessários, ou pedido de tratamento odontológico, por exemplo.

Quanto ao sentido das decisões judiciais relativas aos pedidos de cirurgia, verificou-se que 8% das demandas foram extintas sem resolução do mérito, 34,7% foram julgadas procedentes, 13,3% improcedentes e 44% estavam pendentes de decisão quando da coleta dos dados.

Como referido acima, as demandas de cirurgias traumato-ortopédicas aparecem como um caso limite e emblemático desse quadro crítico que se reflete cada vez mais na busca de assistência jurídica gratuita como mediação para a luta pela garantia de direitos. Verificou-se que a patologia mais frequente nesses casos é coxartrose, seguida por casos de ruptura de tendões e fraturas. Dessa forma, conseqüentemente, o procedimento mais pleiteado é o de artroplastia ou revisões de artroplastia, com um percentual de 38,5 % do total dos pedidos de cirurgia.

Para ilustrar essa situação, pode-se trazer o caso de um agricultor de 51 anos, diagnosticado com coxartrose de quadril esquerdo. Ele necessitava de uma artroplastia total coxo-femoral esquerda e, quando compareceu ao atendimento da DPU-SM, em 30/06/2015, estava há dois anos aguardando na fila de espera do SUS. Em decorrência da enfermidade, estava há três anos sem poder trabalhar, recebendo auxílio-doença, já que essa condição de saúde implica em muita dor e dificuldade em deambular. A sentença de procedência foi prolatada em 29/03/2016 e, no momento da coleta dos dados, a cirurgia ainda não havia sido realizada, estando pendente do recebimento de orçamentos de hospitais particulares.

Na análise das decisões das demandas de cirurgias traumato-ortopédicas judicializadas pela DPU-SM, verifica-se que o resultado do pedido de antecipação de tutela em 14% dos casos foi procedente; em 27,9% deles, foi improcedente; e em 58,1%, estava pendente de apreciação. Observou-se que em 75% dos casos de indeferimento o embasamento da decisão era a não constatação de urgência na realização do procedimento cirúrgico. Já em relação ao resultado da sentença final, em 33,3% dos casos o pedido foi considerado procedente; em 2,6%, improcedente; em 20,5%, a ação foi extinta sem resolução do mérito; e em 43,6% estava pendente de decisão quando da coleta dos dados.

Cabe destaque, aqui, o número significativo de ações extintas sem resolução do mérito. Foi observado durante a análise dos PAJs que, nos casos de pedido de cirurgia, muitas vezes não havia uma decisão específica deferindo ou indeferindo a antecipação de tutela. Era comum o juízo, logo após a ação ter sido protocolada, requerer a intimação da direção do HUSM para que informasse se o hospital dispunha das condições necessárias para realizar o procedimento requerido, sob a justificativa da necessidade de esgotarem-se todas as possibilidades de resolução do caso na via administrativa antes de prolatar decisão judicial que forçasse o poder público a disponibilizar o procedimento ou arcar com seus custos em hospital particular.

Disso decorria que, em numerosos casos, a cirurgia era realizada no transcorrer da ação, mas sem um deferimento efetivo do pedido, e, quando do momento da prolação da sentença, o juízo decidia por extinguir o feito sem resolução do mérito aduzindo a perda do objeto da ação. A consequência prática desse tipo de decisão é a não determinação de honorários em favor da DPU-SM, prejudicando, assim, a instituição. Importante frisar que essa prática do juízo é questionável, uma vez que, em realidade, os pedidos de cirurgia só se concretizaram em razão da intervenção do Judiciário, apesar de não ter havido uma

decisão procedente propriamente dita²¹.

Por fim, é interessante trazer dados relativos à efetiva realização das cirurgias traumato-ortopédicas pleiteadas. Na ocasião da coleta dos dados, 41% dos pedidos tinham sido efetivados, 15,4% não e 41% ainda estava pendente de realização, e havia uma cirurgia agendada para ocorrer em breve. Quanto aos locais onde são realizadas essas cirurgias, 68,8% ocorreram no HUSM, 18,8% no Hospital São Francisco de Assis (HSFA) e 12,5% em hospitais fora do município.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do “DPU SM em Dados”, ao longo dos últimos anos, a análise de demandas permitiu lançar luzes sobre a efetiva atuação do núcleo da DPU-SM. Além disso, possibilitou a identificação de pretensões sub-representadas ou super-representadas – demandas que supostamente são mais frequentes no cotidiano da população socialmente vulnerável do que se evidencia estatisticamente, ou mesmo que se encontrem em um pico de litigiosidade. Em ambos os casos, abre-se a possibilidade de políticas institucionais: no primeiro, por meio de estratégias de administração e solução das demandas; no segundo, através da promoção do acesso à justiça mediante a ampliação de iniciativas de difusão do conhecimento sobre direitos e da expansão dos atendimentos da DPU externos ao núcleo.

Observada mesmo nos três diagnósticos promovidos pelo Ministério da Justiça acerca da Defensoria Pública no Brasil (BRASIL, 2005, 2006, 2009), a carência da produção sistemática e rigorosa de pesquisas locais e nacionais sobre os destinatários da assistência jurídica evidencia que a instituição ainda pouco conhece seu público. Deixar de produzir esse conhecimento, tão pertinente ao olhar das ciências sociais, significaria um distanciamento da instituição em relação à promoção, de forma coordenada, da ampliação e da qualificação de seu atendimento, da transparência de sua atuação, da abertura às demandas sociais emergentes e da eficácia de seus projetos institucionais ao longo de todo o ciclo de realização. Portanto, a realização do perfil dos assistidos tem por objetivo conhecer o alcance do cumprimento de seu papel democrático, à medida que torna possível avaliar se a DPU não tem conseguido atingir as parcelas socialmente vulneráveis da população.

As conclusões da presente pesquisa confirmam que ainda há um longo caminho no sentido da universalização do acesso à justiça. Afinal, há indícios de que as camadas da população que se encontram em situação de maior vulnerabilidade social (como aqueles em extrema pobreza) pouco têm acesso ao conhecimento sobre direitos e sobre a existência da

²¹ Pode-se citar como exemplo desse tipo de decisão o caso de uma assistida que necessitava de cirurgia no ombro. O procedimento pleiteado foi realizado no decorrer da ação e, no momento da sentença, o juízo extinguiu o feito sem resolução do mérito, como se observa no trecho transcrito abaixo: “Nesse sentido, “o interesse do autor deve existir no momento em que a sentença é proferida. Se desapareceu antes, a ação terá de ser rejeitada, de ofício e a qualquer tempo” (3ª Turma do STJ, REsp 23.563 -RJ -AgRg, rel Min. Eduardo Ribeiro, DJU 15.09.97). Destarte, realizada a cirurgia vindicada pela Autora, ocorreu a perda do interesse processual, razão pela qual deve ser extinta a demanda, sem a análise do mérito. Ante o exposto, julgo extinto o processo sem resolução do mérito (...) Custas e honorários advocatícios incabíveis na espécie (...)”

DPU. Por outro lado, no último levantamento de dados quanto ao perfil dos assistidos, relativos a 2016, não se confirmaram²² as tendências de relativa feminização, envelhecimento e aumento da renda média familiar, apontadas em trabalho anterior²³.

Os dados da DPU-SM em Santa Maria acerca das demandas recebidas corroboram a constatação de aprofundamento do vínculo entre o jurídico e a gestão da saúde pública, bem como a afirmação de que boa parte da atuação das instituições jurídicas em assuntos relativos à seguridade social é extrajudicial. Tais conclusões são corroboradas pelas pesquisas específicas sobre medicamentos, benefícios de prestação continuada e cirurgia, as quais evidenciam fatores que impactam decisivamente na satisfação eficaz das pretensões dos assistidos. Exemplos disso são as eventuais necessidades de perícia, de juntada de documentos adicionais (e.g. laudos e orçamentos) e de fiscalização do cumprimento de decisões judiciais, frequentemente descumpridas a tempo pelo próprio Estado.

O desenvolvimento de iniciativas de atendimento, divulgação institucional e promoção de direitos para fora do núcleo (como o “DPU Itinerante”, “DPU na Comunidade”²⁴ e o “DPU nas Escolas”²⁵ – todos eles informados pelos resultados obtidos no projeto “DPU SM em Dados” –) tem rendido frutos importantes em termos de difusão da assistência

²² A continuidade da realização da pesquisa permitirá uma melhor avaliação das tendências de mudanças no perfil de assistidos.

²³ PEDRETE, 2016.

²⁴ Destinado a levar o atendimento da DPU a localidades em situação de risco social, o projeto foi implementado pela unidade em 2011, quando foram realizadas parcerias com os três centros de referência em assistência social de Santa Maria (CRAS Norte, CRAS Oeste e CRAS Leste), tendo sido contemplados 3 bairros (Camobi, Chácara das Flores e Nova Santa Marta). A partir de 2012, com a observada queda do número de atendimentos, decidiu-se por modificar a natureza da atuação do projeto. Em vez de priorizar-se o atendimento ao público socialmente vulnerável dos bairros de Santa Maria, preferiu-se a realização de eventos de promoção dos direitos e difusão dos serviços da DPU. Assim, a DPU participou da inauguração da nova sede do CRAS Leste e promoveu duas palestras para a população em situação de rua na Casa de Passagem de Santa Maria. Além disso, o núcleo promove anualmente atendimentos ao público na praça Saldanha Marinho por ocasião do dia Nacional da Defensoria e participou do “Mutirão da Cidadania”, onde – ao lado de instituições como Defensoria Pública do Estado, PROCON, INSS e Receita Federal – realizou dezenas de atendimentos. Desde 2016, o núcleo passou a promover ainda o “Multiplicadores de Direitos”, projeto desenvolvido pela equipe multidisciplinar da unidade da DPU Porto Alegre-RS, por meio das quais serão realizados eventos de capacitação e troca de experiências junto a profissionais da rede de proteção social, tais como assistentes sociais e psicólogos(as).

²⁵ Entre o segundo semestre de 2013 e o primeiro semestre de 2014, houve o planejamento e execução de uma experiência piloto do projeto na Escola Estadual de Ensino Básico Augusto Ruschi, localizada na COHAB Santa Marta, no bairro Juscelino Kubitschek, um dos quatro com menor índice de renda e instrução no município, e um dos dois com maiores taxas de ocorrências de tráfico, roubos, furtos, agressões e homicídios, além de ser marcado por carências de infraestrutura. A execução do projeto de pautou pela tentativa de sensibilização dos agentes envolvidos para a luta pela cidadania e esclarecimento jurídico de forma significativa, priorizando o vínculo com a vivência de problemas cotidianos, a participação emancipatória dos atores envolvidos e a abertura ao reconhecimento de suas demandas. Por isso, o projeto não foi limitado à realização de palestras ou concursos de redação. Ele incluiu o estímulo dos professores à narração das histórias dos alunos por eles mesmos, a realização de palestras de uma apresentação sobre direitos com espaço para depoimentos pessoais dos educandos. Numa segunda visita, houve a apresentação dos resultados da atividade “Turma Cidadã” – com o objetivo de transformar os alunos em multiplicadores das informações sobre os serviços oferecidos pela DPU, cada aluno foi incentivado a investigar, dentre seus familiares, conhecidos e vizinhos, possíveis demandas ou dúvidas relacionadas a direitos. Cada turma trabalhada ficou responsável pela elaboração de um relatório da experiência de campo, contendo uma lista das demandas registradas.

jurídica integral e gratuita desta Defensoria. Como já salientado em outro trabalho²⁶, observa-se um efeito de retroalimentação entre o projeto DPU/SM em Dados e os projetos especiais desenvolvidos no núcleo da DPU em Santa Maria-RS. A focalização do atendimento em grupos vulneráveis, a desconcentração territorial do atendimento e uma maior atenção à atuação preventiva/consultiva resultaram em ações institucionais efetivas.

Diante do exposto, não restam dúvidas de que a produção de conhecimento sobre as demandas e seus agentes é indispensável para uma avaliação precisa do grau de efetividade desta instituição no cumprimento de sua missão de garantir aos necessitados o conhecimento e a defesa de seus direitos, e firmar-se como instrumento de transformação social.

REFERÊNCIAS

BIEHL, J. (2013) “The judicialization of biopolitics: Claiming the right to pharmaceuticals in Brazilian courts”. **American Ethnologist**, 40: 419.

BIEHL, J.; PETRYNA, A.; AMON, J.; PICON, P.; (2009) “Judicialisation and the Right to Health in Brazil.” **The Lancet**, 2009, 373: 2182-84.

BRASIL. Defensoria Pública da União (2012) Plano estratégico da Defensoria Pública da União: 2012-2015. Brasília: DPU

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (2005), **I Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília.

_____ (2006), **II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília

_____ (2009), **III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília.

CAMPOS, A.M. (1990) “Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?” *in*: **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, fev./abr.

DIÁRIO DE SANTA MARIA (2015) “Servidor público é preso por suspeita de superfaturar medicamentos em Santa Maria”. Disponível em: <http://diariodesantamaria.clicrbs.com.br/rs/geral-policia/noticia/2015/03/servidor-publico-e-presos-por-suspeita-de-superfaturar-medicamentos-em-santa-maria-4726732.html> Acesso em: 28 jul. 2016

FASSIN, D. (Org.) (2013). **Juger, Réprimer, Accompagner. Essai sur la Morale de l'Etat**. Paris, Éditions du Seuil.

GERTNER, A.K. (2010) **Pharmaceutical care, public experiments and patient**

²⁶ PEDRETE, 2016.

knowledge in the Brazilian Public Healthcare System. 147 f. 2010. Monografia (graduação em Antropologia). - Universidade de Princeton. Nova Iorque.

GRUDZINSKI, R. (2013). *A nossa batalha é fazer o governo trabalhar: estudo etnográfico acerca das práticas de governo em uma Associação de Pacientes.* Dissertação (Mestrado em Mestrado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

HAIR, Joseph F. et al. **Análise multivariada de dados.** Porto Alegre: Bookman, 2009.

HERZFELD, Michael. 1992 - **The social production of indifference. Exploring the symbolic roots of Western bureaucracy.** Chicago and London: The University of Chicago Press, 1992

MITCHELL, T. (1999). "Society, economy and the state effect". *In*: Steinmetz, George (ed.). **State/Culture. State-formation after the cultural turn.** New York: Cornell University Press, 1999. p.76-97

NONET, P. & SELZNICK, P. (2001). *Law and Society in Transition.* New Brunswick : Transaction

PEDRETE, L.A (2016). "Por uma abordagem das práticas de acesso à justiça no universo da Defensoria Pública da União: contribuições sociológicas" in: *A Defensoria Pública da União e o Acesso à Justiça.* Coletânea Acesso à Justiça. Brasília.

PINHO, J.A.G.; SACRAMENTO, A.R.S..(2009) "Accountability: já podemos traduzi-la para o português?" **in: Revista de Administração Pública.**, vol.43, n.6 , pp. 1343-1368

SADEK, M. T (2008). **A Defensoria Pública no Sistema de Justiça Brasileiro.** APA-DEP em Notícias, São Paulo, 30 jul. 2008.

SANTOS, B. de S. (2007), **Para uma revolução democrática da justiça.** São Paulo: Cortez.

SELZNICK, P (1969) **Law, Society, and Industrial Justice.** Russell Sage Foundation, New York.

TATE, N; VALLINDER, T. (1995) (eds). **The Global Expansion of Judicial Power.** New York, London: New York University. Press.

PANORAMA DOS PRESOS FEDERAIS ASSISTIDOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NO RIO DE JANEIRO

OVERVIEW OF FEDERAL PRISONERS ASSISTED BY THE FEDERAL PUBLIC DEFENDER'S OFFICE IN RIO DE JANEIRO

Leticia Sjöman Torrano
Defensora Pública Federal. Coordenadora do Núcleo Criminal da DPU/RJ

Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro
Doutoranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Defensora Pública Federal

Ethel Proença Braga
Mestre em Políticas Públicas em Direitos Humanos - NEPP-DH/UFRJ
Assistente Social do Núcleo Criminal da DPU/RJ

Amanda Fonseca Leite Pangaio
Graduada em Serviço Social pela UFRJ

Marco Antonio da Silva Santos
Graduado em Serviço Social pela UNIRIO

Valdylane Assis de Oliveira
Graduada em Serviço Social pela UFRJ

INTRODUÇÃO

Esta é a segunda edição do Panorama dos Presos Federais assistidos pela Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro (DPU/RJ), em continuidade à ação que visa traçar o perfil das pessoas em situação de privação de liberdade.

Estratégia essa fundamental para o atendimento das demandas desse segmento populacional, que transcende à prestação de assistência jurídica, mas que caminha na direção da defesa de direitos, em consonância com a missão institucional.

A Coordenação do Núcleo Criminal da DPU/RJ realizou a construção do II Panorama a partir da compilação e sistematização de dados relativos aos presos federais assistidos pela Defensoria Pública da União, que se encontram, ou já estiveram, custodiados em estabelecimentos prisionais existentes na cidade do Rio de Janeiro no referido período, tendo por base de dados os atendimentos prisionais realizados entre outubro de 2015 a setembro

de 2017 e as informações coletadas em processos judiciais e de assistência jurídica.

Importante esclarecer que os atendimentos prisionais realizados pelo Núcleo Criminal da DPU/RJ têm como objetivo a prestação de informações processuais, a coleta de informações diretamente dos presos para desenvolvimento de defesa técnica, bem como o recebimento de demandas relativas ao acesso a bens e serviços inerentes a sua condição humana, dentro da perspectiva de garantia de direitos, e consequente encaminhamento das mesmas.

O II Panorama dos Presos Federais Assistidos pela Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro ampliou os indicadores sociais a serem analisados incluindo informações sobre escolaridade, condição de saúde, situação laboral, pedido de refúgio, e a sentença exarada pela Justiça Federal.

O documento está dividido em tópicos temáticos, que visam a melhor compreensão e análise dos dados e estatísticas apresentadas. Assim, na primeira parte, procurou-se esclarecer a forma como os presos federais, assistidos pela DPU/RJ, no período compreendido entre outubro de 2015 e setembro de 2017 estão distribuídos pelo sistema prisional na cidade do Rio de Janeiro.

Posteriormente, são realizadas análises de alguns aspectos e características relacionadas aos presos federais assistidos pela DPU/RJ. Começaremos pela verificação da distribuição geográfica – por Unidade Prisional, por país/continente e solicitação de refúgio dos estrangeiros; perfil do preso federal do Rio de Janeiro – que conta como indicadores a nacionalidade, o sexo, a faixa etária, a escolaridade, o estado civil e a prole; atividade laboral, condição de saúde e processo judicial - desmembrado em tipificação e sentença, havendo análise da interligação e cruzamento entre esses dados.

Diante do papel constitucional a ser desempenhado pela Defensoria Pública da União, o presente Panorama, em sua segunda edição, pretende traçar uma radiografia do contingente de pessoas encarceradas assistidas pela Defensoria Pública da União, interligada ao I Panorama, a fim de auxiliar na melhor prestação de assistência jurídica integral e gratuita, bem como na promoção e defesa dos direitos humanos dessa parcela de pessoas estigmatizada e vulnerável.

Não há dúvida de que o II Panorama tem o potencial de contribuir para o desenvolvimento e aperfeiçoamento das políticas institucionais por parte da Defensoria Pública da União, como também para servir de subsídio para a avaliação da efetividade de políticas públicas implementadas no sistema penitenciário, de responsabilidade dos órgãos e instituições competentes, além de auxiliar na própria prestação jurisdicional em relação ao preso federal.

1. Distribuição dos presos federais assistidos pela Defensoria Pública da União na cidade do Rio de Janeiro

O total de presos federais assistidos pelo Núcleo Criminal da DPU/RJ durante o período compreendido entre outubro de 2015 a setembro de 2017, foi de 135 pessoas.

Salienta-se que os réus ou indiciados presos em decorrência de inquéritos/processos de competência da Justiça Federal do Rio de Janeiro são custodiados em estabelecimentos estaduais, distribuídos pela cidade do Rio de Janeiro.

Incluem-se nesse trabalho as pessoas presas em decorrência de processos de extradição em trâmite no Superior Tribunal Federal, que se encontram custodiadas nos estabelecimentos prisionais existentes na cidade do Rio de Janeiro.

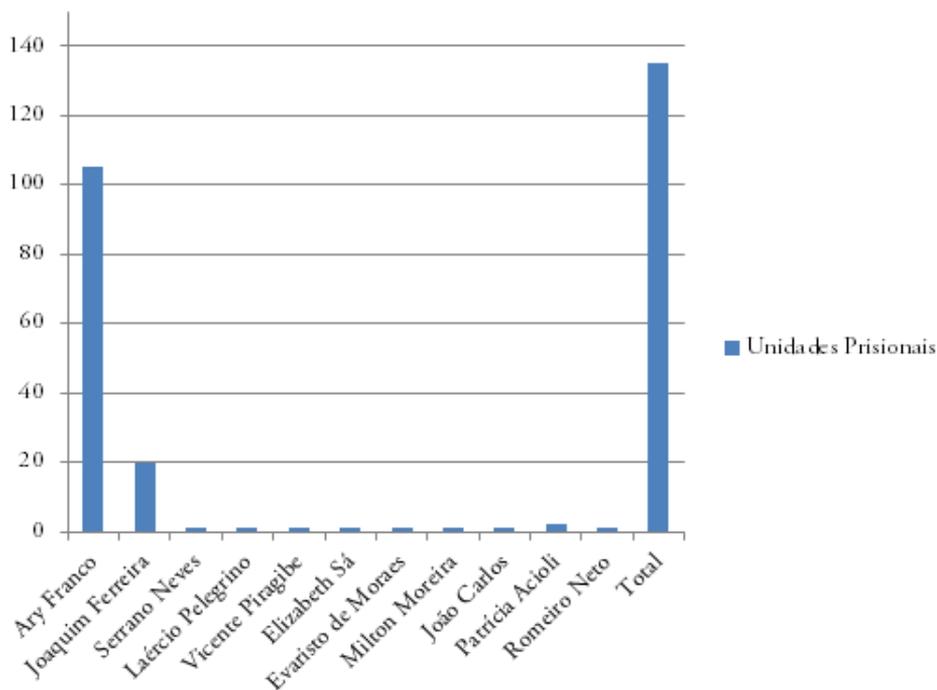
A grande maioria dos presos federais do sexo masculino é custodiado no Presídio Ary Franco, localizado em Água Santa, enquanto as do sexo feminino, por sua vez, no presídio Joaquim Ferreira, localizado no Complexo de Gericinó.

A distribuição dos presos federais, assistidos pela Defensoria Pública da União/RJ, pode ser melhor visualizada, através da Tabela 1 e do Gráfico 1.

Tabela 1: Distribuição de assistidos presos nas Unidades prisionais da cidade do Rio de Janeiro

Unidades Prisionais	Localização (Bairro)	Quantitativo de Presos Federais Assistidos pela DPU/RJ
Presídio Ary Franco	Água Santa	105
Cadeia Pública Joaquim Ferreira de Souza	Bangu	20
Penitenciária Dr. Serrano Neves	Bangu	1
Penitenciária Laércio da Costa Pelegrino	Bangu	1
Instituto Penal Vicente Piragibe	Bangu	1
Presídio Elizabeth Sá Rego	Bangu	1
Presídio Evaristo de Moraes	São Cristóvão	1
Penitenciária Milton Dias Moreira	Japeri	1
Presídio João Carlos da Silva	Japeri	1
Cadeia Pública Juíza de Direito Patricia Acioli	São Gonçalo	2
Cadeia Pública Romeiro Neto	Magé	1
Total		135

Gráfico1: Distribuição de assistidos presos nas Unidades prisionais da cidade do Rio de Janeiro



2. Distribuição Geográfica

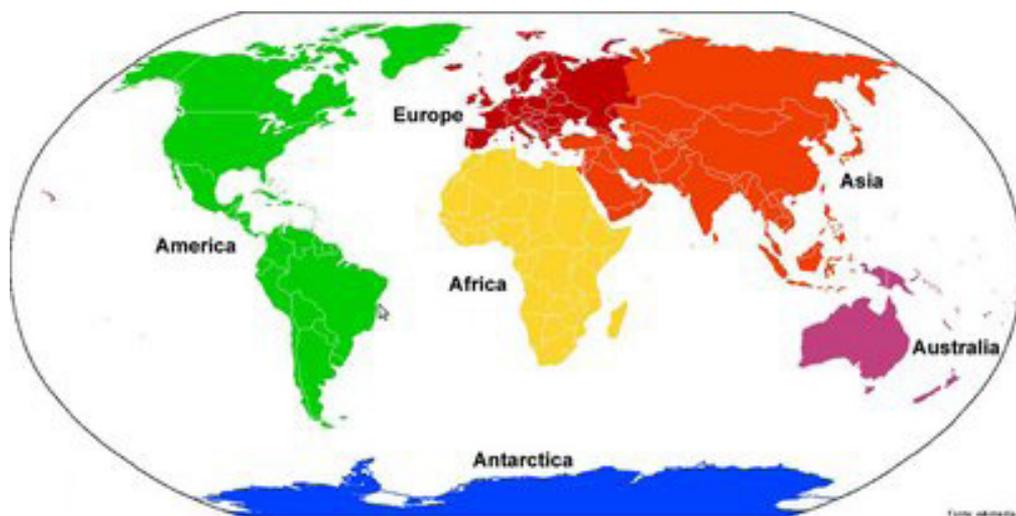
Verificou-se que dentre os 135 presos federais do referido período, 51 presos são estrangeiros, sendo que esses assistidos estão distribuídos em seis unidades do sistema prisional do Rio de Janeiro, da seguinte forma: quanto às internas do sexo feminino, 08 encontravam-se acauteladas na Cadeia Pública Joaquim Ferreira de Souza. Em relação aos internos do sexo masculino, 43 encontravam-se custodiados no Presídio Ary Franco

Dentre os presos estrangeiros assistidos pela DPU/RJ, foram identificadas 25 nacionalidades diferentes, 1 caso de estrangeiro apátrida e 1 caso de dupla nacionalidade, conforme distribuição da Tabela 2 e Mapa 1.

Tabela 2: Verificação das nacionalidades dos Presos Estrangeiros

Europa		Ásia		África		América	
Bulgária	1	Turquia	1	Gana	2	EUA	1
Hungria	1	Vietnã	1	Senegal	2	Colômbia	3
Portugal	2	-	-	Nigéria	3	Argentina	4
Espanha	4	-	-	Angola	5	Paraguai	2
Suécia	1	-	-	-	-	Peru	1
Alemanha	2	-	-	-	-	Venezuela	2
França	1	-	-	-	-	Jamaica	1
Itália	4	-	-	-	-	Bolívia	1
Lituânia	1	-	-	-	-	-	-
Ucrânia	2	-	-	-	-	-	-
Rússia	2	-	-	-	-	-	-
Total/ Continente:	21	Total/ Continente:	2	Total/ Continente:	12	Total/ Continente:	15

Mapa 1: Demonstração no Mapa dos Continentes da distribuição Geográfica



É possível verificar, dessa forma, que no período avaliado, a quantidade de estrangeiros provenientes do continente europeu e do continente americano foi superior aos da África e da Ásia.

Pela análise dos países de origem dos presos estrangeiros assistidos pelo Núcleo Criminal da Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro, é possível concluir que a situação dos mesmos guarda sensíveis particularidades em relação aos demais presos federais brasileiros, uma vez que a grande maioria provém de países que não falam a língua portuguesa e que possuem cultura, valores e hábitos distintos de nossa sociedade.

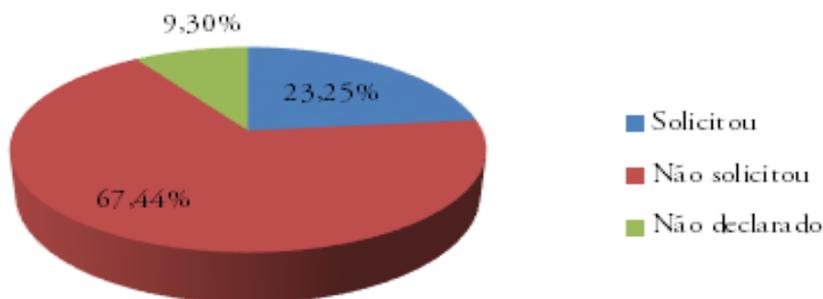
Circunstância que é agravada pela ausência da rede de proteção familiar próxima, perspectiva que compromete a preservação dos vínculos afetivos parentais e comunitários enquanto perdure a situação de privação de liberdade.

Cabe ressaltar que alguns países não possuem representação consular no Estado do Rio de Janeiro, fato que intensifica a vulnerabilidade desses presos junto ao Sistema de Justiça Criminal.

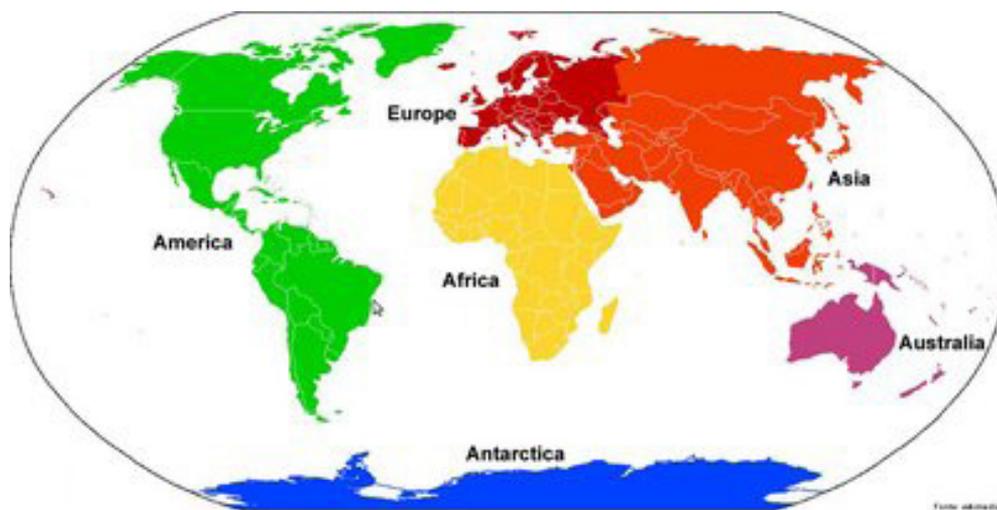
2.1 Estrangeiros que solicitaram refúgio ao Brasil

Dos 51 presos estrangeiros que tiveram suas defesas patrocinadas pela DPU/RJ, 10 solicitaram refúgio ao Brasil, representando um percentual de aproximadamente 20% desses assistidos.

Gráfico 2: Solicitação de refúgio



Mapa 2: Demonstração geográfica dos pedidos de refúgio



Os pedidos de refúgio foram exclusivamente apresentados por pessoas do sexo masculino, residentes majoritariamente no continente africano, que concentrou 70% dos pedidos. O continente europeu, americano e asiático requereu apenas um pedido cada.

3. Distribuição por sexo, nacionalidade e faixa etária

Neste tópico abordar-se-á a relação entre nacionalidade, sexo e faixa etária dos presos federais assistidos pela Defensoria Pública da União, com o objetivo de identificar as particularidades do público atendido, cujos fatores são utilizados como subsídio para uma assistência sociojurídica comprometida com a garantia de direitos, tanto no contexto macro, da atividade judicante, quanto na singularidade das situações individuais.

3.1 Brasileiros e Estrangeiros

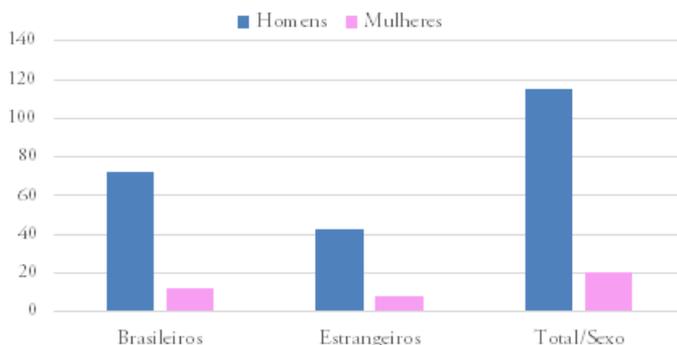
Do total de 135 presos federais assistidos pelo Núcleo Criminal da Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro, entre outubro de 2015 a setembro de 2017, 115 são presos federais do sexo masculino, dos quais 43 são estrangeiros; enquanto que 20 são presas do sexo feminino, das quais 8 são estrangeiras. A proporção entre os sexos e a nacionalidade pode ser visualizada pela Tabela 3.

Tabela 3: Divisão dos presos assistidos pela DPU/RJ por sexo e nacionalidade

Brasileiros X Estrangeiros		
*	Homens	Mulheres
Brasileiros	72	12
Estrangeiros	43*	08
Total/Sexo	115	20

Obs.: * O estrangeiro apátrida foi inserido nesse campo.

Gráfico 3: Divisão dos presos assistidos pela DPU/RJ por sexo e nacionalidade



3.2 Faixa Etária

Com relação a divisão por faixa etária optou-se por trabalhar com apenas quatro faixas etárias, assim definidas: 18 a 25 – representando as pessoas que estão iniciando a vida adulta; 26 a 45 - faixa com maior concentração de adultos que compõem a parcela da população economicamente ativa; 46 a 59 - faixa das pessoas consideradas de meia-idade; e a faixa dos idosos com as pessoas com 60 anos ou mais.

Tabela 4: Distribuição por faixa etária dos presos federais

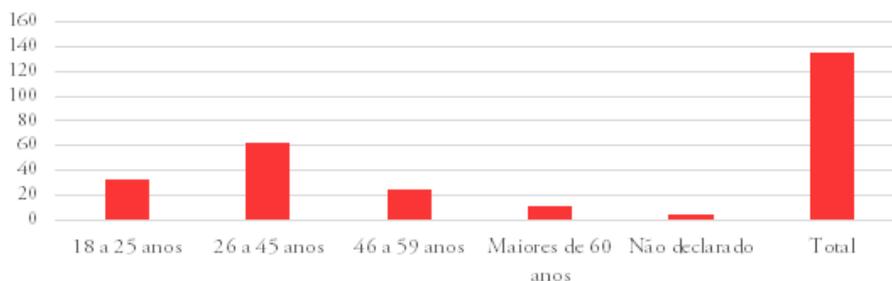
Idades:	Presos Federais
18 a 25 anos	33
26 a 45 anos	63
46 a 59 anos	24
≤ de 60 anos	11
Não declarado	04
Total:	135

A análise dos dados indica que os presos federais se concentram na faixa etária de adultos, constituindo uma população potencialmente ativa para o mercado de trabalho.

É imperioso destacar o alto percentual, de aproximadamente 24%, de presos jovens, ou seja, incluídos na faixa etária de 18 a 25 anos, que deveriam estar em processo de qualificação profissional para uma melhor inserção no mercado de trabalho, e que iniciam sua vida adulta como interno do sistema carcerário.

Outro aspecto que merece destaque é o percentual de aproximadamente de 8% de presos classificados como idosos, em consonância com o Estatuto do Idoso, perspectiva que apresenta peculiaridades para a execução da política setorial de proteção ao idoso no âmbito do sistema penitenciário do Estado.

Gráfico 4: Faixa etária dos presos federais



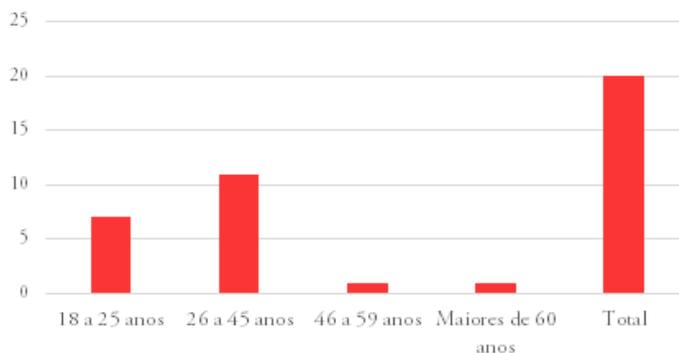
3.2.1 Faixa Etária do Sexo Feminino

O percentual de presas inseridas nas faixas etárias consideradas potencialmente ativas representam 90% do total de presas atendidas pela DPU, distribuídas em 18 a 25 anos – 35%; 26 a 45 anos – 55%; e 5% nas faixas 46 a 59 e igual ou maior de 60 anos cada.

Tabela 5: Distribuição por faixa etária do sexo feminino

Idades:	Presas Federais
18 a 25 anos	07
26 a 45 anos	11
46 a 59 anos	01
≤ de 60 anos	01
Total:	20

Gráfico 5: Demonstração da faixa etária do sexo feminino



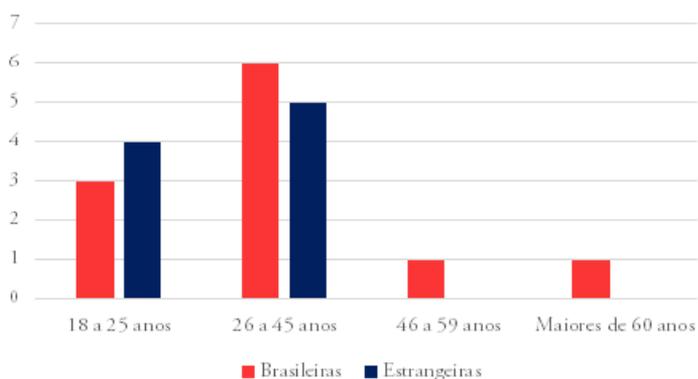
3.2.1.1 Faixa etária do sexo feminino e a nacionalidade

A abordagem analítica que distingue as presas brasileiras das estrangeiras, constatou que ambas as categorias se concentram na faixa etária entre 26 e 45 anos de idade, conforme os dados descritos na Tabela e Gráfico abaixo.

Tabela 6: Distribuição por faixa etária e nacionalidade do sexo feminino

Idades:	Brasileiras	Estrangeiras
18 a 25 anos	3	4
26 a 45 anos	6	5
46 a 59 anos	1	0
≤ 60 anos	1	0
Total:	11	9

Gráfico 6: Demonstração da faixa etária e nacionalidade do sexo feminino



3.2.2 Faixa Etária do Sexo masculino

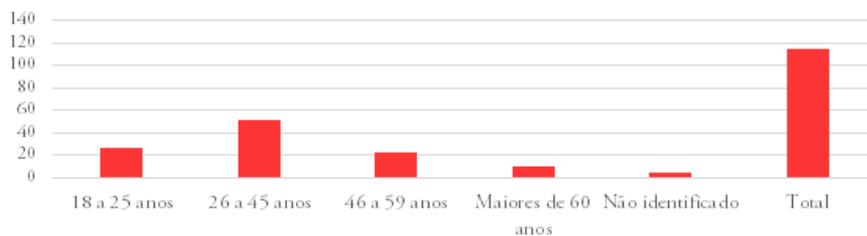
O percentual de presos inseridos nas faixas etárias consideradas potencialmente ativas representa aproximadamente 68% do total de presos atendidos pela DPU, distribuídos em 18 a 25 anos – 23 %; 26 a 45 anos – 45%; 46 a 59 – 20%; igual ou maior de 60 anos – 9%; e os não declarados representaram 3%.

Em relação aos presos federais há a predominância da faixa etária de 26 a 45 anos de idade, conforme descrito na Tabela 7 e Gráfico 7.

Tabela 7: Distribuição por faixa etária do sexo masculino

Idades:	Presos Federais
18 a 25 anos	26
26 a 45 anos	52
46 a 59 anos	23
≤ 60 anos	10
Não declarado	4
Total:	115

Gráfico 7: Demonstração da faixa etária do sexo masculino



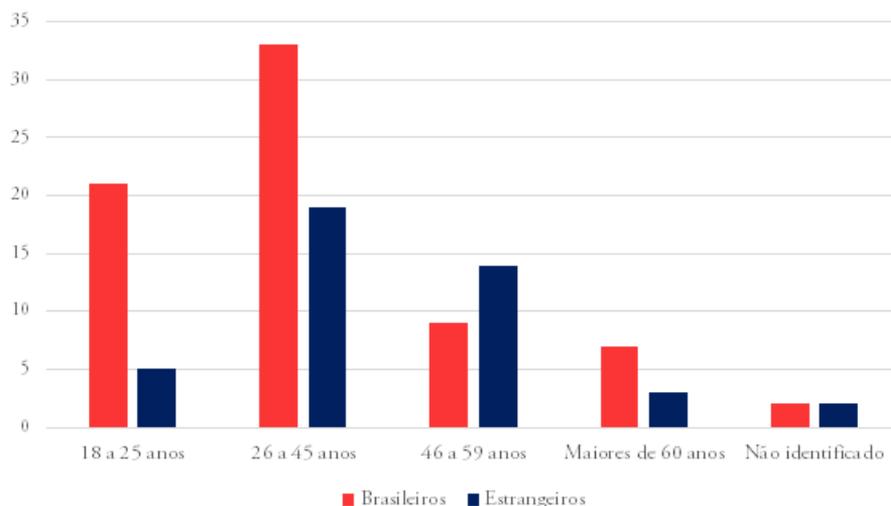
3.2.2.1 Faixa etária do sexo masculino e a nacionalidade

Também em relação aos presos do sexo masculino, foi realizada a análise dos dados comparando as faixas etárias e a nacionalidade, verificando-se a permanência do predomínio da faixa etária de 26 e 45 anos de idade, tanto entre brasileiros quanto em relação aos estrangeiros, conforme Tabela 8 e Gráfico 8 abaixo.

Tabela 8: Distribuição por faixa etária e nacionalidade do sexo masculino

Idades:	Brasileiros	Estrangeiros
18 a 25 anos	21	5
26 a 45 anos	33	19
46 a 59 anos	9	14
≤ 60 anos	7	3
Não declarado	2	2
Total:	72	43

Gráfico 8: Demonstração da faixa etária e nacionalidade do sexo masculino

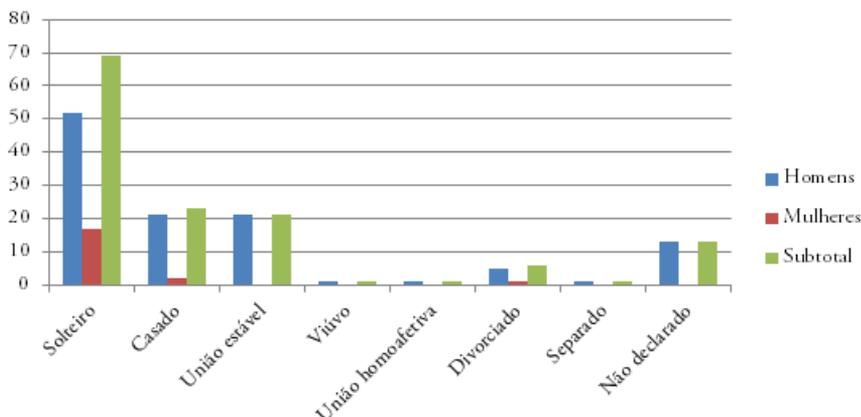


Observa-se a partir do exame dos dados coletados, que há entre os presos do sexo masculino, sejam brasileiros ou estrangeiros, forte predominância da faixa etária que abarca a parcela da população economicamente ativa, isto é, aquela localizada entre os 26 e 45 anos de idade, situação que se repete entre as presas federais.

3.3 Estado Civil

Do universo pesquisado constatou-se que 51% dos presos federais, entre homens e mulheres, são solteiros, 17% são casados, 16% constituíram união estável, 1% são viúvos, 1% estabeleceu união homoafetiva, 5% são divorciados, 1% é separado e 9% não declararam seu estado civil, conforme ilustrado no gráfico 9.

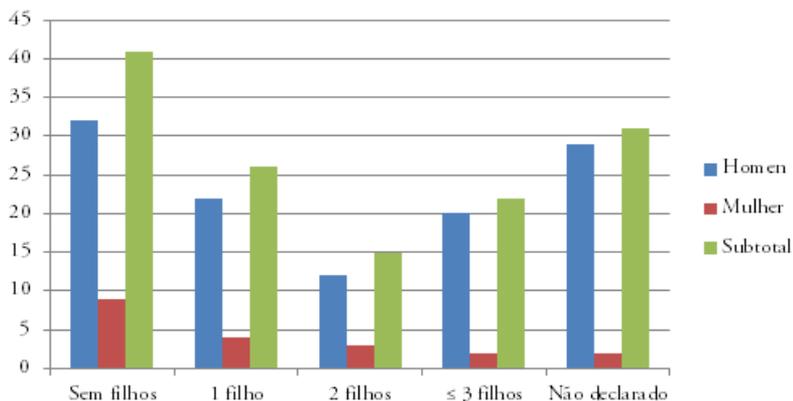
Gráfico 9: Demonstração do estado civil dos presos federais



3.4 Prole

Entre os presos federais, considerando os homens e as mulheres, constatou-se que 31% não possuem filhos; 19% têm apenas 1 filho; 11% conceberam dois filhos; 16% apresentam 3 filhos ou mais; e 23% não declararam tal informação.

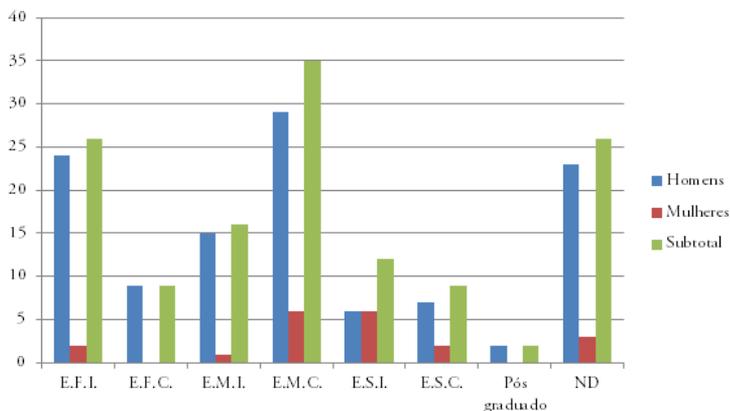
Gráfico 10: Demonstração do quantitativo de prole



4. Escolaridade

Nesse tópico analisamos o grau de escolaridade dos presos federais, considerando homens e mulheres, e verificou-se que 19% não concluíram o ensino fundamental; 7% são concluintes do ensino fundamental; 12% não conseguiram terminar o ensino médio; 25% completaram o ensino médio; 10% ingressaram no ensino superior, mas não finalizaram o curso; 7% possuem nível superior; 1% é pós-graduado; e 19% não declaram essa informação.

Gráfico 11: Demonstração da escolaridade dos presos federais



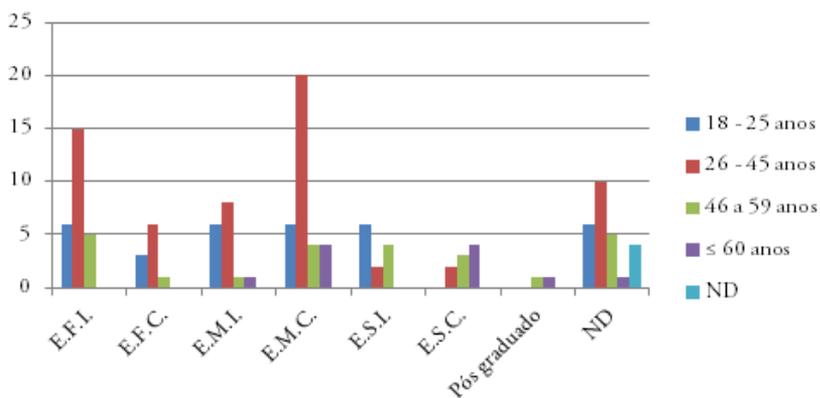
Legenda:

E.F.I. – Ensino Fundamental Incompleto; E.F.C. – Ensino Fundamental Completo; E.M.I. – Ensino Médio Incompleto; E.M.C. – Ensino Médio Completo; E.S.I. – Ensino Superior Incompleto; E.S.C. – Ensino Superior Completo; N.D. – Não declarado.

4.1 Relação escolaridade e faixa etária

Esse item objetiva relacionar a escolaridade com a faixa etária, para identificar as fragilidades da política de educação nacional, assim como construir subsídios passíveis de serem utilizados no Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional, sob a responsabilidade da Secretaria Estadual de Educação do Rio de Janeiro.

Gráfico 12: Demonstração da escolaridade por faixa etária dos presos federais



A análise dos dados demonstrou dentro dos 19% que não concluíram o ensino fundamental, que 4% encontra-se na faixa etária de 18 a 25 anos, 11% entre 26 a 45 anos e 4% entre 46 a 59 anos.

Já com relação aos 7% dos concluintes do ensino fundamental, 2% situam-se na faixa etária entre 18 a 25 anos, 4% entre 26 a 45 anos, e 1% entre 46 a 59 anos.

No que se refere aos 12% que não terminaram o ensino médio, 4% estão inseridos na faixa etária de 18 a 25 anos, 6% na faixa de 26 a 45 anos, 1% entre 46 a 59 anos e 1% entre 60 anos ou mais.

Quanto aos 25% dos presos federais que finalizaram o ensino médio, 5% pertencem a faixa etária de 18 a 25 anos, 15% à de 26 a 45 anos, 3% situa-se entre 46 a 59 anos e 3% está na faixa dos de 60 anos ou mais.

No que tange aos 10% que iniciaram o curso superior, mas não conseguiram completar o curso, 4% encontram-se entre 18 a 25 anos, 2% entre 26 a 45 anos e 3% entre 46 a 59 anos.

Em relação aos 7% graduados, 2% pertencem a faixa etária de 26 a 45 anos, 2% à de 46 a 59 anos e 3% situam-se na faixa de 60 anos ou mais.

Cabe ressaltar que entre os presos federais da faixa etária de 18 a 26 anos não existem concluintes de curso superior.

No que concerne aos pós-graduados, somente 1% do total dos presos federais alcançaram tal qualificação, sendo 1 da faixa de 46 a 59 anos e outro na de 60 anos ou mais.

Nesse tópico temos um percentual de 19% de entrevistados que não declararam sua escolaridade, sendo 4% da faixa etária de 18 a 25 anos, 7% pertencente a faixa de 26 a 45 anos, 4% referentes a faixa de 46 a 59 anos, 1% na faixa de 60 anos ou mais e 3% que não declarou nem a faixa etária nem a escolaridade.

4.2.1 Relação escolaridade e faixa etária no sexo masculino

Nesse item desagregaram-se os dados relativos à faixa etária e escolaridade do sexo masculino dos assistidos da DPU/RJ, constatando-se que dos 18% que não concluíram o ensino fundamental, 4% encontram-se na faixa etária de 18 a 25 anos, 10% pertencem a faixa de 26 a 45 anos, 4% estão na de 46 a 59 anos.

Com relação aos 7% dos concluintes do ensino fundamental tem-se que 2% estão na faixa etária de 18 a 25 anos, 4% estão inseridos na faixa de 26 a 45 anos, e 1% na faixa de 46 a 59 anos.

No que se refere aos 11% do ensino médio incompleto, 4% estão na faixa etária de 18 a 25 anos, 5% na de 26 a 45 anos, 1% na faixa de 46 a 59 anos, e 1% na de 60 anos ou mais.

No concernente aos 21% com o ensino médio completo, 4% encontram-se na faixa de 18 a 25 anos, 12% na faixa de 26 a 45 anos, 3% referem-se a faixa de 46 a 59 anos, e 2% na faixa de 60 anos ou mais.

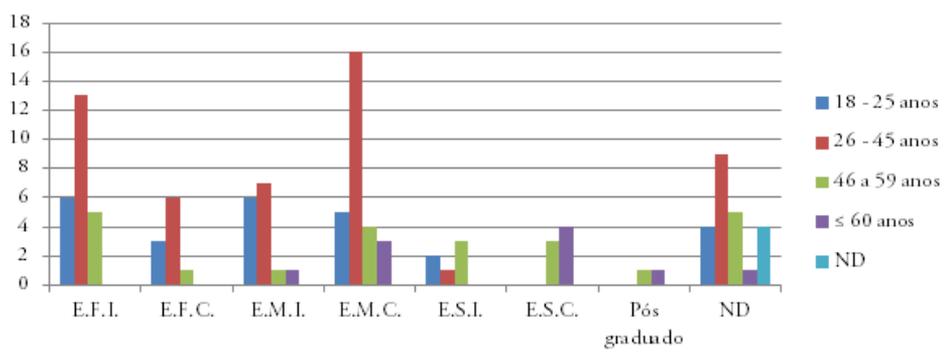
Quanto aos 4% dos que não conseguiram completar sua graduação, 1% se encontra na faixa etária de 18 a 25 anos, 1% na de 26 a 45 anos, 2% na faixa de 46 a 59 anos.

Já com relação aos 5% dos concluintes do ensino superior, 2% se encontram na faixa de 46 a 59 anos e 3% na faixa de 60 anos ou mais.

No que tange ao 1% dos pós graduados tem-se que 0,5% estão inseridos na faixa etária de 46 a 59 anos e os outros 0,5% pertencem a faixa de 60 anos ou mais.

Nesse tópico temos um percentual de 17% de pessoas que não declararam sua escolaridade, sendo 3% da faixa etária de 18 a 25 anos, 7% pertencente a faixa de 26 a 45 anos, 3% referentes a faixa de 46 a 59 anos, 1% na faixa de 60 anos ou mais e 3% que não declarou nem a faixa etária nem a escolaridade.

Gráfico 13: Demonstração da escolaridade por faixa etária do sexo masculino



4.2.2 Relação escolaridade e faixa etária no sexo feminino

Nesse tópico se decompôs os dados relativos à faixa etária e escolaridade do sexo feminino dos assistidos da DPU/RJ, constatando-se que dos 1% que não terminaram o ensino fundamental pertencem a faixa de 26 a 45 anos.

No que se refere ao 1% do ensino médio incompleto todas estão inseridas na faixa etária de 26 a 45 anos.

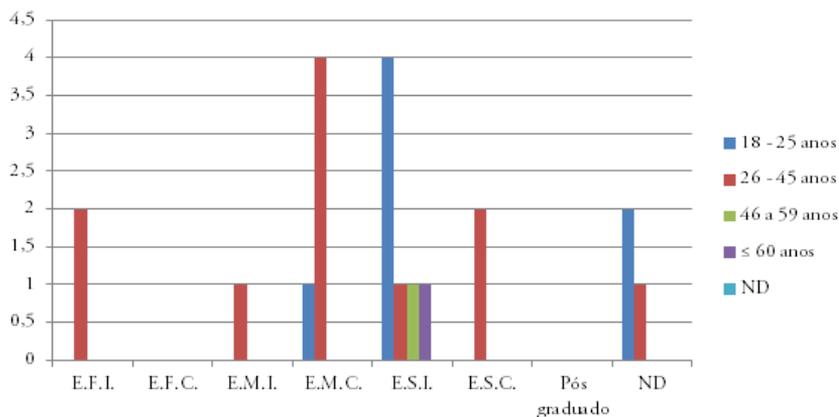
No concernente aos 4% com o ensino médio completo, 1% encontram-se na faixa de 18 a 25 anos e 3% na faixa de 26 a 45 anos.

Quanto aos 5% das que não conseguiram completar sua graduação, 3% se encontra na faixa etária de 18 a 25 anos, 0,7% na de 26 a 45 anos, 0,7% na faixa de 46 a 59 anos e 0,6% na faixa etária de 60 anos ou mais.

Já com relação aos 2% das concluintes do ensino superior todas pertencem a faixa etária de 26 a 45 anos.

Nesse tópico temos um percentual de 2% de pessoas que não declararam sua escolaridade, sendo 1,5% da faixa etária de 18 a 25 anos e 0,5% pertencente a faixa de 26 a 45 anos.

Gráfico 14: Demonstração da escolaridade por faixa etária do sexo feminino

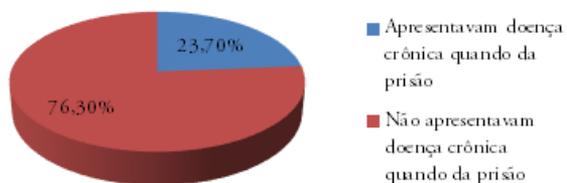


5. Condição de saúde

Nesse tópico buscou-se, de forma incipiente, conhecer o perfil epidemiológico dos presos federais, e assim obter informações que viabilizem uma atuação institucional voltada para a garantia do direito à saúde desse segmento populacional.

Gráfico 15: Demonstração da condição de saúde dos presos federais

Doença crônica



A observação das informações revelou que 23,70% dos presos federais ingressaram no sis-

tema penitenciário sendo portadores de doenças crônicas que demandam o uso contínuo de medicação e de acompanhamento médico periódico, para que não fiquem expostos ao agravamento da sua condição de saúde.

5.1 Relação entre a condição de saúde e o sexo

Existe uma variação na proporção de presos com diagnóstico de doenças crônicas, quando se efetua a desagregação dos dados por sexo. Enquanto 40% das detentas federais ingressam no sistema penitenciário já tendo conhecimento de serem portadoras de doenças crônicas, apenas 20,86% dos presos federais do sexo masculino relataram possuir algum agravo na sua condição de saúde.

Gráfico 16: Demonstração da condição de saúde e o sexo feminino

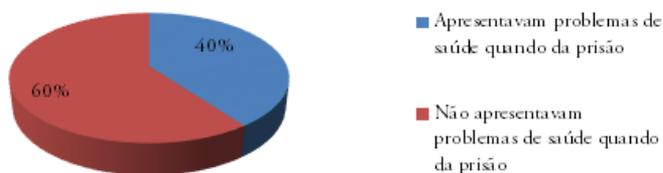
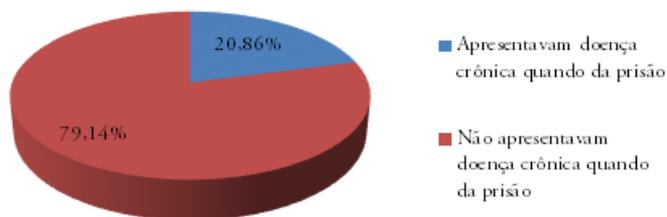


Gráfico 17: Demonstração da condição de saúde e o sexo masculino



5.2 Quadro das doenças crônicas

As principais doenças identificadas entre os presos federais foram as doenças hipertensivas, os transtornos mentais e comportamentais, as patologias do sistema osteomuscular e do estômago, para citar apenas algumas. Tais informações são basilares para alimentar a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional

Convém ressaltar que se optou por não quantificar as doenças em porcentagem em razão de um mesmo interno possuir mais de uma patologia, esse fato comprometeria, para esse indicador, a utilização de tal metodologia.

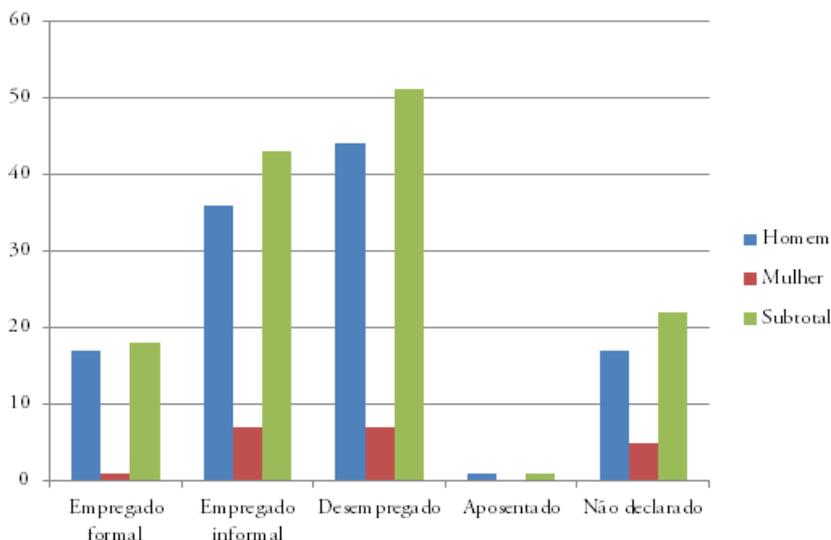
Tabela 9: Quadro das doenças crônicas dos presos federais

Doença Crônica	Quantidade
Cegueira e visão subnormal	1
Diabetes	2
Doenças do aparelho geniturinário	3
Doenças do coração	4
Doenças do Esôfago, do estômago e do duodeno	5
Doenças do sistema nervoso	3
Doenças do sistema osteomuscular e do tecido conjuntivo	6
Doenças do sistema respiratório	3
Doenças hipertensivas	9
HIV	3
Transtornos do ouvido	1
Transtornos mentais e comportamentais	7

6. Condição Laboral

Nesse item abordar-se-á a questão da inserção no mercado de trabalho dos 135 presos federais, cujas informações coletadas apontaram que 13% estavam trabalhando com vínculo empregatício formal quando da sua prisão, 32% eram trabalhadores da economia informal, 38% estavam desempregados, 1% é aposentado, e 16% não declaram sua condição laboral.

Gráfico 18: Demonstração da condição laboral dos presos federais



Desagregando os dados do gráfico 18, e considerando que o universo total das presas federais é de 20, tem-se que: 5% estavam com vínculo formal de trabalho, 35% estavam inseridas no mercado informal, 35% encontravam-se desempregadas e 25% não declarou sua condição laboral.

Com relação aos presos federais, cujo o universo pesquisado é de 115 pessoas, constatou-se que: 15% eram empregados formais, 31% estavam inseridos no mercado informal de trabalho, 38% encontravam-se desempregados, 1% é aposentado e 15% não prestaram informações sobre a sua condição laboral.

Cabe destacar o percentual majoritário dos presos federais desempregados ou inseridos de forma marginal no mercado de trabalho quando da sua prisão.

7. Processo Judicial

Nesse item apresentar-se-á a incidência da tipificação penal na prática delitiva dos presos federais e as sentenças arbitradas pela Justiça Federal Criminal.

7.1 Tipificação

Verificou-se com relação à tipificação penal imputada aos presos federais assistidos pela Defensoria Pública da União que 42% foram acusados pela prática do delito de tráfico de drogas, sendo esse o delito predominante em ambos os sexos; 5% pelo crime de documento falso; 7% pelo delito de estelionato; 4% pelo crime de moeda falsa; 27% pelo crime de roubo e furto; 2% pelo delito de tráfico de armas e munição; 7% devido a processos de extradição; e 6% foram enquadrados na categoria outros crimes.

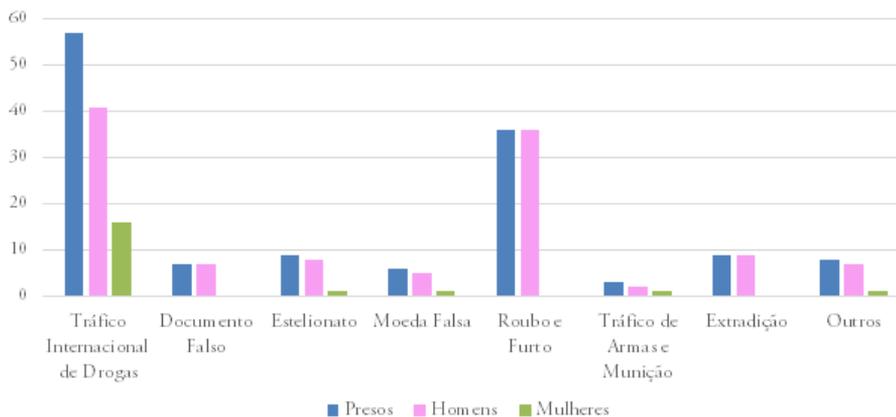
Na categoria “Outros” estão inclusos os crimes com a tipificação penal de: peculato, extorsão mediante sequestro, lesão corporal, desacato e crimes contra administração pública.

É imperioso destacar que as práticas dos crimes de documento falso, roubo e furto foram executados somente por pessoas do sexo masculino, assim como as pessoas que se encontram em situação de privação de liberdade aguardando o julgamento dos processos de extradição também são exclusivamente do sexo masculino.

Tabela 10: Comparação entre a tipificação penal imputada e o sexo do (a) preso (a)

Relação quantitativa -Tipificação			
Crimes:	Presos:	Homens:	Mulheres:
Tráfico Internacional de Drogas	57	41	16
Documento Falso	7	7	0
Estelionato	9	8	1
Moeda Falsa	6	5	1
Roubo e Furto	36	36	0
Tráfico de Armas e Munição	3	2	1
Extradição	9	9	0
Outros*	8	7	1
Total:	135	115	20

Gráfico 19: Comparação entre a tipificação penal imputada e o sexo do (a) preso (a)



7.2 Tipificação, Sexo e Faixa Etária

Nesse tópico procurou-se relacionar a tipificação penal com o sexo e a faixa etária, na perspectiva de observar a influência desses fatores na prática delitiva.

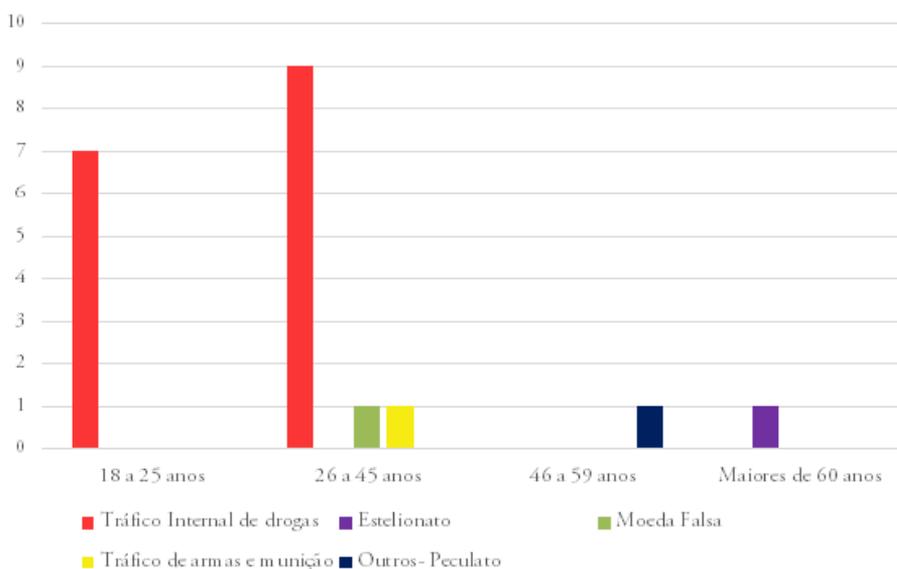
7.2.1 Sexo Feminino

Ainda na análise da tipificação penal, foi incluído, além de dados relativos ao sexo do (a) preso (a) assistido (a) pela Defensoria Pública da União, informações acerca da faixa etária dessas pessoas, podendo-se observar, pela Tabela 11 e Gráfico 20, o predomínio da imputação por tráfico de drogas em relação a metade das faixas etárias das presas do sexo feminino, com exceção daquelas com idade entre 46 e 59 e acima de 60 anos.

Tabela 11: Análise da tipificação penal, sexo feminino e faixa etária

	18 a 25 anos	26 a 45 anos	46 a 59 anos	≥ 60 anos
Tráfico Internacional de Drogas	7	9	0	0
Estelionato	0	0	0	1
Moeda Falsa	0	1	0	0
Tráfico de armas e munição	0	1	0	0
Outros - Peculato	0	0	1	0

Gráfico 20: Análise da tipificação penal, sexo feminino e faixa etária



A observação dos dados da tabela 11 e do gráfico 20 demonstram que do universo das 20 presas federais, 80% foram presas pela prática do crime de tráfico de drogas, e pertencem as faixas etárias de 18 a 25 anos e de 26 a 45 anos.

Os 20% restantes das presas federais foram denunciadas da seguinte forma: 5% por estelionato, encontrando-se na faixa etária de 60 anos ou mais; 5% por moeda falsa, pertencendo a faixa de 26 a 45 anos; 5% por tráfico de armas e munição, estando na faixa dos 26 a 45 anos; e 5% por peculato, sendo da faixa de 46 a 59 anos.

Os dados indicam que os crimes praticados por pessoas do sexo feminino, no que se refere aos delitos federais, são aqueles que não oferecem maior risco de confrontos com terceiros.

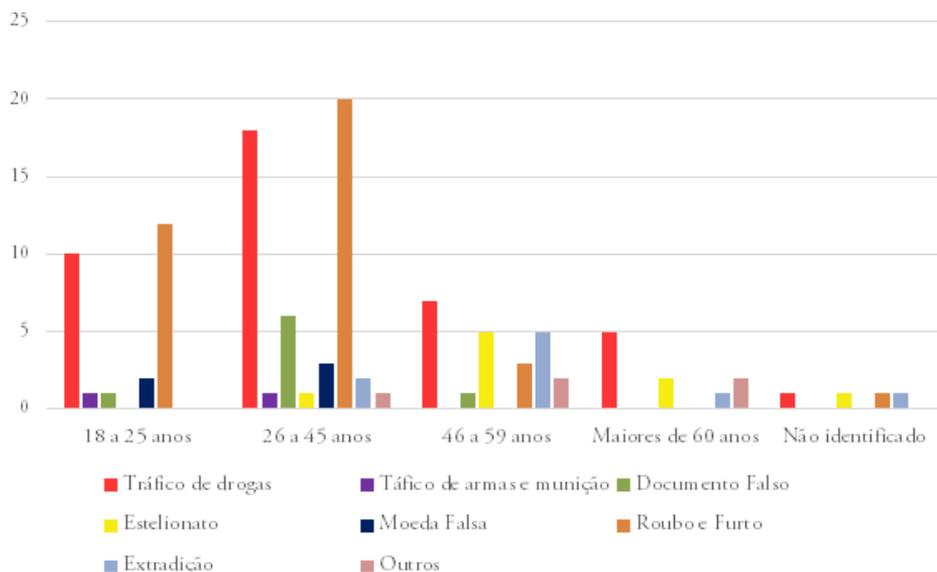
7.2.2 Sexo Masculino

No tocante aos presos do sexo masculino, mantém-se o predomínio do crime de tráfico internacional de drogas, principalmente nas faixas etárias compreendidas entre 18 e 25 anos, bem como de 26 a 45 anos, conforme demonstrado na tabela 12 e no Gráfico 21.

Tabela 12: Análise da tipificação penal, sexo masculino e faixa etária

	18 a 25 anos	26 a 45 anos	46 a 59 anos	≥ 60 anos	Não declarado
Tráfico internacional de drogas	10	18	7	5	1
Tráfico de armas e munição	1	1	0	0	0
Documento Falso	1	6	1	0	0
Estelionato	0	1	5	2	1
Moeda Falsa	2	3	0	0	0
Roubo e Furto	12	20	3	0	1
Extradição	0	2	5	1	1
Outros	0	1	2	2	0

Gráfico 21: Análise da tipificação penal, sexo masculino e faixa etária



O exame dos dados indica que do universo dos 115 presos federais, 36% foram presos pela prática do crime de tráfico de drogas.

Com relação ao tráfico de armas a incidência foi de 2%, sendo 1% entre a faixa 18 a 25 anos e 1% 26 a 45 anos.

No que se refere aos 7% que praticaram o crime de documento falso, 1% pertenciam a faixa etária de 18 a 25 anos, 5% à de 26 a 45 anos e 1% encontram-se na faixa de 46 a 59 anos.

Quanto aos 8% que realizaram o delito de estelionato, 1% encontram-se na faixa de 26 a 45 anos, 4% pertencem a faixa de 46 a 59 anos, 2% à de 60 anos ou mais e 1% não declaram informações sobre sua idade.

No que tange aos 4% que são acusados pelo crime de moeda falsa, 1,5% pertencem a faixa de 18 a 25 anos e 2,5% a faixa de 26 a 45 anos.

Já com relação aos 31% que foram denunciados pelos delitos de roubo e furto, 10% estão inseridos na faixa etária de 18 a 25 anos, 17% pertencem a faixa etária de 26 a 45 anos, 3% entre 46 a 59 anos e 1% não declararam sua data de nascimento.

Os casos de extradição somam 8%, onde 2% pertencem a faixa etária de 26 a 45 anos, 4% encontram-se na faixa de 46 a 59 anos, 1% entre a faixa de 60 anos ou mais, e 1% não informaram sua idade.

No concernente aos 4% que praticaram os crimes categorizados nesse estudo como outros, 1% encontram-se na faixa de 26 a 45 anos, 1,5% na faixa de 46 a 59 anos e 1,5% na faixa de 60 anos ou mais.

7.3 Sentença

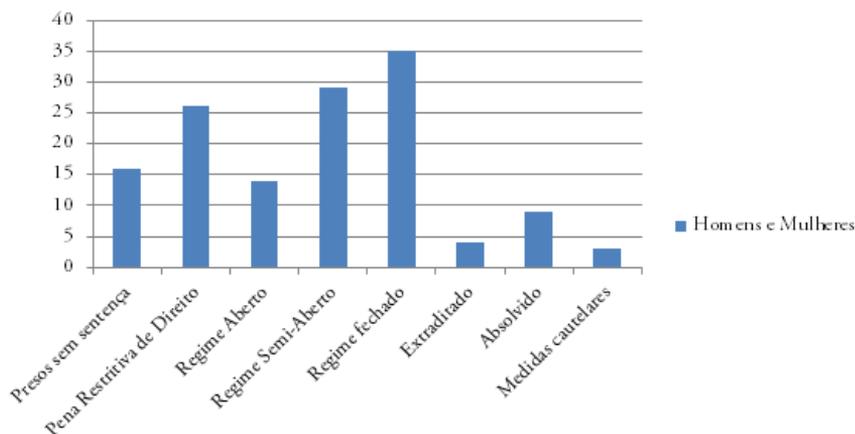
Nesse item tratar-se-á da prolação da sentença pela Justiça Federal Criminal nos 135 processos em que as defesas foram patrocinadas pela DPU/RJ.

Tabela 13: Análise da porcentagem das sentenças exaradas pela Justiça Federal Criminal

	Homens	Mulheres	Total
Presos sem sentença	14	1	15
Restritiva de Direitos	19	7	26
Regime Aberto	10	4	14
Regime Semi- Aberto	26	3	29
Regime fechado	30	5	35
Absolvido	9	0	9
Extraditado	4	0	4
Medidas cautelares*	3	0	3

*Assistidos em liberdade provisória enquanto aguardam sentença no processo judicial.

Gráfico 22: Análise da porcentagem das sentenças exaradas pela Justiça Federal Criminal

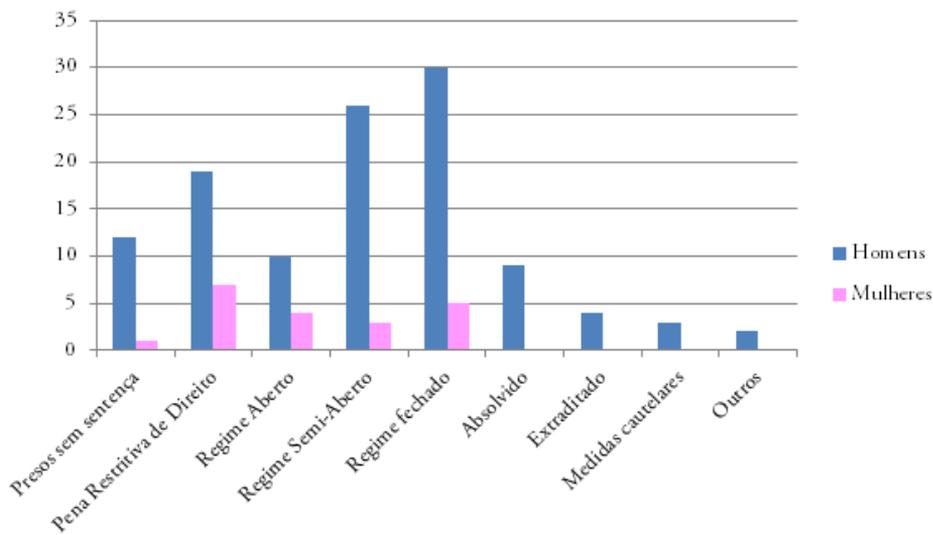


O estudo da tabela 13 e do gráfico 22 demonstra que dos 135 presos federais, considerando homens e mulheres, 12% estavam sem sentença, quando do fechamento dessa pesquisa, em 30/09/2017.

Dos sentenciados 19% receberam a pena restritiva de direitos, 10% foram sentenciados ao regime aberto, 21% ao regime semiaberto, 26% ao fechado, 7% foram absolvidos, 3%

foram extraditados e 2% obtiveram medidas cautelares antes de ter sua sentença proferida.

Gráfico 23: Análise da porcentagem das sentenças exaradas pela Justiça Federal Criminal por sexo



Ao decompor os dados das sentenças arbitradas pela Justiça Federal por sexo, observa-se que dos 115 presos federais do sexo masculino, 12% não haviam sido sentenciados até o fechamento desta pesquisa, 16% receberam a pena restritiva de direitos, 9% foram sentenciados ao regime aberto, 23% ao semiaberto, 26% ao fechado, 8% foram absolvidos, 3% tiveram o pedido de extradição deferido pelo Superior Tribunal Federal e 3% receberam medidas cautelares enquanto aguardavam sua sentença.

Com relação às 20 mulheres assistidas pela DPU/RJ, 5% não havia recebido sentença até a conclusão desse estudo, 35% foram sentenciadas com a pena restritiva de direitos, 20% receberam o regime inicial de cumprimento da pena o aberto, 15% o semiaberto e 25% o fechado. Nenhuma mulher, no período pesquisado foi absolvida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As informações contidas no II Panorama dos Presos Federais assistidos pela DPU/RJ reafirmaram que as pessoas em situação de privação de liberdade do sexo masculino continuam sendo em maior número do que as do sexo feminino; que os presos federais reproduzem

a tendência nacional de serem jovens e com baixa escolaridade. Apesar da pesquisa não evidenciar, a análise bruta dos dados demonstrou que os presos federais que contam com maior grau de escolaridade são os estrangeiros.

Outra peculiaridade dos presos estrangeiros relaciona-se com o fato de alguns países não contarem com representação consular no Estado do Rio de Janeiro, perspectiva que compromete a manutenção e preservação dos vínculos familiares desse segmento. Situação agravada pela realidade do sistema prisional desse Estado, que não permite o contato telefônico entre os internos do sistema penitenciário e o mundo exterior. Nesses casos a única comunicação possível é a realizada por intermédio de missivas.

Quanto às informações sobre a condição de saúde dos presos federais, apresentadas nesse documento, podem ser consideradas singulares, tendo em vista que nem o Infopen/2016, nem o Relatório de gestão: supervisão do departamento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça conseguiram tratar de tal temática no que se refere ao Estado do Rio de Janeiro.

A ausência de informações sobre a saúde dos presos produz reflexos na elaboração, execução e avaliação da política social de saúde, expondo a população carcerária do Estado a risco de agravos a sua condição de saúde.

Com relação a questão da situação laboral das pessoas entrevistadas quando do ingresso no sistema penitenciário, é notória a inserção marginal no mercado de trabalho vivenciada por esse segmento populacional. Realidade que tende a se perpetuar quando do término do cumprimento da pena de prisão, devido a insuficiência das políticas sociais de reinserção laboral direcionadas aos egressos do sistema.

No concernente a tipificação penal, essa segunda edição do Panorama do Preso federal, reafirmou que o crime de tráfico internacional de drogas continua sendo o delito predominante entre a população carcerária analisada.

Já a análise das sentenças aplicadas pela Justiça Federal Criminal demonstrou que as pessoas do sexo feminino que foram presas não receberam a absolvição. Mesmo tendo sido constatado que os crimes praticados por mulheres foram aqueles que não envolvem violência ou grave ameaça.

As informações e análises apresentadas no II Panorama indicam o desafio das instituições em promover uma maior interlocução com as Secretarias de Estado responsáveis pelas políticas públicas de saúde, educação e trabalho como estratégia basilar para a materialização dos direitos humanos no sistema penitenciário.

ORIENTAÇÕES PARA AUTORES

ORIENTAÇÕES PARA AUTORES

A Revista da Defensoria Pública da União, editada pela Defensoria Pública da União desde 2009, publica trabalhos inéditos sobre temas relacionados à Defensoria Pública, à promoção dos Direitos Humanos e ao acesso à Justiça. Os artigos passam por análise prévia e sumária, oportunidade em que são avaliados aspectos meramente formais, como a compatibilidade do conteúdo com a temática proposta pelo periódico, e posterior avaliação cega por pares.

LINHA EDITORIAL

A temática sobre a qual se debruçam os autores desta Revista é bastante ampla, porém há de se ressaltar que a sua especificidade se verifica na abordagem das mudanças inscritas no Direito contemporâneo, nas práticas jurídicas, além das peculiaridades da atual sociedade de consumo, marcada pela acelerada exclusão, pelo individualismo exacerbado e, ao mesmo tempo, permeada pelo avançado desenvolvimento tecnológico.

Por força da complexidade dessas transformações, a linha editorial da Revista incentiva uma abordagem transdisciplinar e crítica da temática proposta, a qual deverá criar condições para uma interlocução do discurso jurídico com os discursos sociológicos, filosóficos, historiográficos, economicistas, da ciência política e vice-versa. Da mesma forma, incentiva, por meio das resenhas, a divulgação de textos acadêmicos de relevância, por vezes inacessíveis a muitos porque existentes apenas em língua estrangeira. Por fim, objetiva, ainda, acompanhar a evolução da jurisprudência pátria, por meio da análise de julgados relevantes e afins à proposta temática.

SUBMISSÃO DE TRABALHOS

Os artigos, resenhas, estudos de caso e boas práticas institucionais devem ser inéditos, escritos em português, espanhol, francês, italiano ou inglês e deverão ser submetidos por meio do Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas, disponível no seguinte endereço: <http://revistadadpu.dpu.def.br>.

Os **artigos** devem conter de 15 a 25 laudas. Textos com extensão diversa serão publicados, a critério do editor, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem conter até 7 laudas; as **boas práticas e os estudos de caso**, até 10 laudas; devem apresentar: cabeçalho com referência da obra original ou do julgado e nome do autor; e não precisam ser precedidos de resumo. Obras clássicas não serão objeto de publicação da Revista da DPU.

FORMATAÇÃO

Os artigos deverão ser encaminhados com as seguintes regras de formatação:

- Editor de texto: **Word for Windows**;
- Fonte: **Times New Roman, tamanho 13, para notas de rodapé e citações longas, tamanho 11**;
- Espaçamento: **1,5cm (entre linhas)**;
- Alinhamento: **justificado**.

TEXTO

A primeira página do artigo deve conter:

- Título, em fonte maiúscula, negrito, centralizado (português e inglês);
- Resumo em português, de 100 a 250 palavras, alinhamento justificado;
- Palavras-chave: até 5 palavras, alinhamento justificado;
- Abstract: resumo traduzido para o inglês;
- Keywords: até 5 palavras traduzidas para o inglês;
- Sumário: seções numeradas progressivamente em algarismos arábicos.

CITAÇÕES, NOTAS DE RODAPÉ E REFERÊNCIAS

Devem seguir as normas da ABNT (NBR 10520 e 6023). As referências no corpo do texto deverão ser no modelo nota de rodapé. O sistema autor-data não será aceito.

INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

Todas as normas que regem a publicação encontram-se disponíveis na página da Revista da Defensoria Pública - <http://revistadadpu.dpu.def.br/index> -, na aba “Submissão de Artigos”. Outras informações podem ser obtidas junto à Coordenação de Incentivo à Pesquisa e Publicações pelo e-mail **publicacoes.esdpu@dpu.def.br**.

Os colaboradores desta Revista possuem ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

GUIDELINES FOR AUTHORS

GUIDELINES FOR AUTHORS

The Journal of the Public Defender's office the Union, edited by the Federal Public Defender's of the Union since 2009, publishes unpublished works about topics assigned to the Public Defender, to the promotion of Human Rights and access justice. The articles undergo to prior and summary analysis, opportunity in which aspects purely formals are assessed, like the compatibility of the content with the proposed themes by the journal, and post double-blind review evaluation.

EDITORIAL LINE

The theme on which the authors focus in this Journal is quite wide, however, it is important to emphasize that its specificity is evident in the approach of the changes entered in the Contemporary Law, in the legal practices, in addition of the peculiarities of the current consumer society, marked by accelerated exclusion, by the exacerbated individualism, and at the same time, permeated by advanced technological development.

By virtue of the complexity of these transformations, the editorial line of the Journal encourages a transdisciplinary and critical approach of the proposed themes, which should create conditions for a dialogue of the legal discourse with the sociological discourses, philosophicals, historiographicals, economics, of the political science, and vice versa. In the same way, it encourages, by means of the reviews, the dissemination of relevant academic texts, sometimes inaccessible to many because they exist only in foreign language. Finally, it also intends to track the evolution of the jurisprudence homeland, through an analysis of relevant judged and related to the proposed theme.

SUBMISSION OF PAPERS

The articles, reviews and good practices/case studies must be unpublished, written in Portuguese, Spanish, French, Italian or English. Papers should be sent to the e-mail: **publicacoes.esdpu@dpu.gov.br**.

The **Articles** should contain from 5500 words. Larger texts will be published, at the discretion of the editor, if their size is justifiable.

The **reviews** contain from 1500 words, and good practices/case studies contain up to 2000 words; and present: header with reference of the original work or of the judged and the author's name. Do not need to be preceded by an abstract.

FORMATTING

The articles should be submitted with the following formatting rules:

- Text Editor: **Word for Windows**;
- Font: **Times New Roman, size 13, for footnotes and long quotations, size 11**;
- Spacing: **1,5cm (between lines)**;
- Alignment: **justified**.

TEXT

The first page of the article should contain:

- The title, in uppercase font, bold and centered (Portuguese and English);
- Abstract in Portuguese, of 100 to 250 words, alignment justified;
- Keywords: up to 5 words, alignment justified;
- Abstract: translated abstract into English (from 100 to 250 words), alignment justified.
- Keywords: up to 5 words translated to English.
- Summary: sections numbered progressively in Arabic numerals.

CITATIONS, FOOTNOTES, AND REFERENCES

Must follow the rules of ABNT (Brazilian Association of Technical Standards) - (NBR - Brazilian norm - 10520 and 6023). The references in the body of the text should be in the footnote template. The author-date system will not be accepted.

ADDITIONAL INFORMATION

All of the rules that govern the publication are available on the website of the Public Defender of the Union - www.dpu.gov.br/esdpu/revista -, in the section “Guidelines for authors”. In the same section, there are also article templates, review and comment to case law as an example. Other informations may be obtained from the Coordination of incentive to research an publication by the e-mail publicacoes.esdpu@dpu.gov.br.

The contributors to this Magazine enjoy the wider freedom of opinion and criticism, a responsibility of the ideas and concepts expressed in their works.

