

10

ISSN: 1984-0322

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

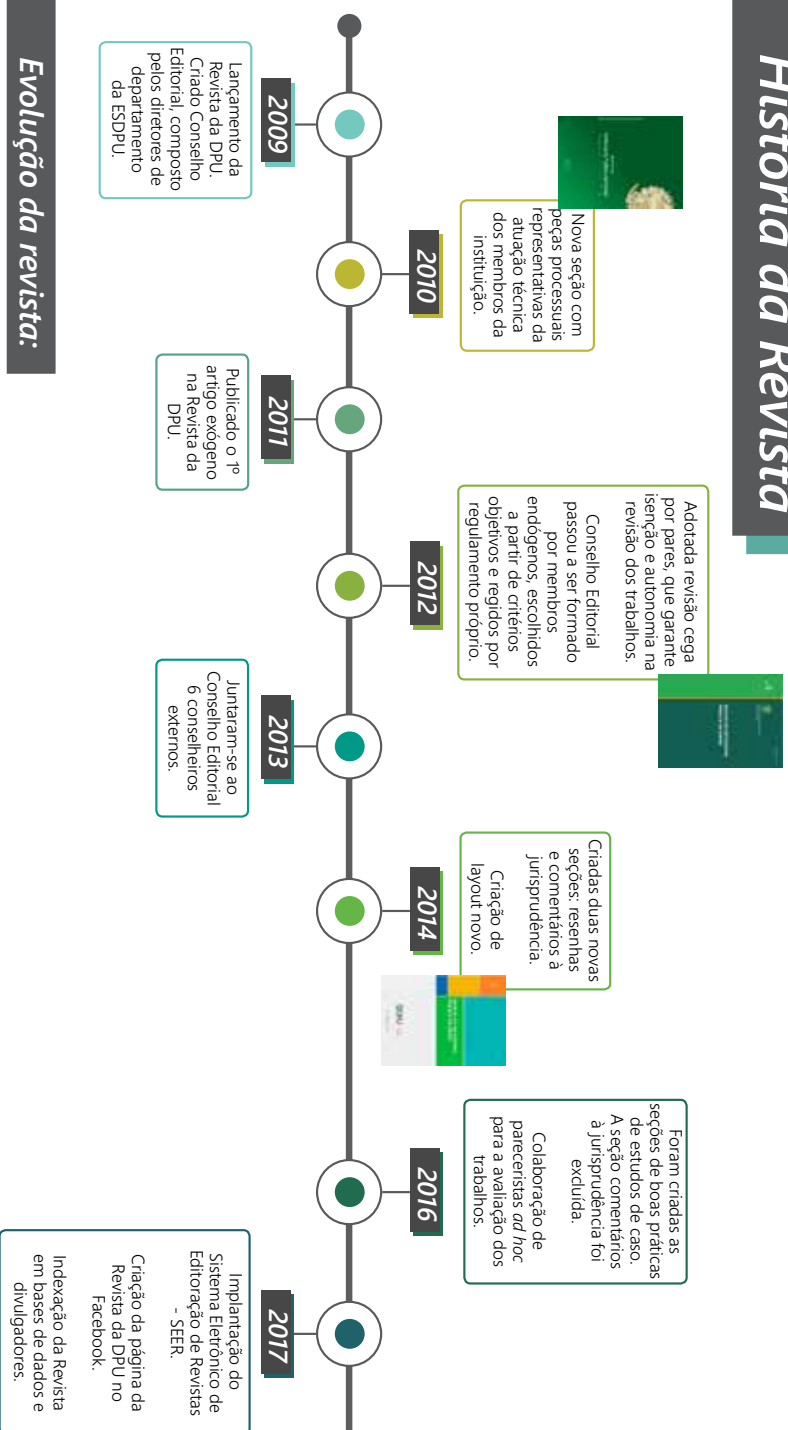
10^a
EDIÇÃO!



ESCOLA
SUPERIOR

Janeiro/Dezembro de 2017
Brasília/DF

História da Revista



Evolução da revista:

A Revista da Defensoria Pública da União já teve quatro modelos diferentes. Veja ao lado:



Nº10

ISSN: 1984-0322

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA SUPERIOR

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Janeiro/Dezembro de 2017

Brasília/DF

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Carlos Eduardo Barbosa Paz

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Edson Rodrigues Marques

CORREGEDOR-GERAL FEDERAL

Lúcio Ferreira Guedes

CONSELHO SUPERIOR

Defensora Pública Federal de Segunda Categoria

Carolina Moreira Botelho de Deus

Defensora Pública Federal de Categoria Especial

Flávia Borges Margi

Defensora Pública Federal de Primeira Categoria

Karina Rocha Mitleg Bayerl

Defensor Público Federal de Primeira Categoria

Leonardo Cardoso de Magalhães

Defensor Público Federal de Categoria Especial

Marcos Antônio Paderes Barbosa

Defensor Público Federal de Segunda Categoria

Thomas de Oliveira Gonçalves

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA SUPERIOR

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Nº 10 Janeiro/Dezembro de 2017

Brasília, DF

ISSN 1984-0322 (impresso)

ISSN 2448-4555 (online)

R. Defensoria Públ. União	Brasília, DF	n. 10	p. 1-462	jan/dez. 2017
---------------------------	--------------	-------	----------	---------------

© 2017 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 Superior da Defensoria Pública da União
SAUN Quadra 05 Lote C Centro Empresarial CNC
Torre C 16º andar
70.302-000 - Brasília/DF
Tel.: (61) 3318-0287
Visite nosso site: <http://revistadapu.dpu.def.br>
E-mail: publicacoes.esdpu@dpu.def.br

Escola Superior da Defensoria Pública da União:

Fernando Mauro Barbosa de Oliveira Junior - Diretor
Olinda Vicente Moreira - Vice-Diretora

Conselho Editorial

Conselheiros Endógenos:

Daniel Mourgues Cogoy - Editor-Chefe
Érica de Oliveira Hartmann
Érico Lima de Oliveira
Viviane Ceolin Dallasta Del Grossi

Conselheiros Exógenos:

Alexandre de Moraes
Alexandre Morais da Rosa
Artur Stamford da Silva
Cesar Augusto Silva da Silva
Clarissa Marques da Cunha
Clayton de Albuquerque Maranhão
Cleber Francisco Alves
Guilherme Roman Borges
José Antonio Savaris

Pareceristas desta edição:

Aline Vitalis
Álvaro Roberto Antanavicius Fernandes
Ana Luiza Berg Barcelos
Antônio Roversi Júnior
Bernardo Oliveira Buta
Bruno Rotta Almeida
Carlos Eduardo Regílio Lima
Eliana Fiorini Vargas
Eros Belin de Moura Cordeiro
Fabio Jardel Gaviraghi
Flávio Roberto Batista
Isabel Penido de Oliveira Machado
José Alexandre Zachia Alan
Larissa Fischer Sbrissia Dissenha
Lígia Mori Madeira
Mamed Said Maia Filho
Marcelo Nunes Apolinário
Mari Cristina de Freitas Fagundes
Rosa Maria Zaia Borges
Rui Carlo Dissenha
Thiago Barison de Oliveira
Vinícius de Melo Lima

Editora-Assistente:

Giovanna Maria Frisso

Equipe de Produção Editorial:

Divisão de Gestão do Conhecimento
Escola Superior da Defensoria Pública da União

Capa e Diagramação:

Assessoria de Comunicação Social

Revista da Defensoria Pública da União / Defensoria Pública da União. – n. 10 (jan./dez.2017). Brasília: DPU, 2017-
v. ; 28, cm.

ISSN 1984-0322

1. Defensoria pública. 2. Assistência judiciária. I. Brasil. Defensoria Pública da União.

CDDir 341.46218

SUMÁRIO

Apresentação: Fernando Mauro Barbosa de Oliveira Junior 9

Editorial: Daniel Mourgues Cogoy 11

ACESSO À JUSTIÇA E DIREITO PROCESSUAL

O novo paradigma constitucional da Defensoria Pública na proteção e promoção dos Direitos Humanos

The new constitutional paradigm of the Public Defender's Office in the protection and promotion of human rights 15

Aline Setaro Soares Masullo

Estudo sobre justiça de transição: o aparecimento da defensoria como equilíbrio do sistema de justiça – do estado acusador ao estado defensor

Study on Transitional Justice: The creation of Public Defense as a balance in the System of Justice – from Prosecution to the Defendant State 43

Daniela Corrêa Jacques Brauner

A resolução de conflitos por meio da mediação no âmbito da Defensoria Pública

The resolution of conflicts through the mediation linked to the Public Defender 63

Guilherme Gomes Vieira

Considerações sobre a intervenção da Defensoria Pública como *amicus curiae* nos recursos representativos de controvérsia

Considerations about the performance of the Public Defender as amicus curiae in resources representing controversy 85

Monique Mendes de Andrade

DIREITOS FUNDAMENTAIS E COLETIVOS

Texto de lei e norma jurídica: uma distinção necessária no caminho da interpretação do Direito

Law text and juridical norm: a necessary distinction in the way of interpreting the law 111

Nicolas Bortolotti Bortolon

Os Direitos Humanos a partir de Hannah Arendt

Human Rights since Hannah Arendt 143

André Portugal

Políticas públicas educacionais para imigrantes e refugiados: rede de acolhimento no Rio Grande do Sul

Educational policies for immigrants and refugees: welcome network in Rio Grande do Sul 175

Danielle Busko

A função da Defensoria Pública na implementação de direitos humanos à população LGBTI

The role of the Public Defender's Office in the implementation of human rights to the LGBTI population 209

Emanuel Adilson Gomes Marques

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Defensoria Pública da União: Direitos Previdenciários em foco

Public Defender's Office: social security rights under debate 231

Luana Dorziat

Invalidez social: da literalidade da norma à afirmação da dignidade humana

Social disability: from the literality of the standard to the affirmation of human dignity 263

Camila Paiva Gouvêa

Os reflexos da ampliação conceitual de deficiência nos benefícios previdenciários e assistenciais

The reflects of the conceitual enlargement of deficient in the social security and assistance benefits 281

Junior Leite Amaral

CIÊNCIAS CRIMINAIS

A atuação da Defensoria junto às audiências de custódia visando garantir o acesso à justiça e aos direitos humanos dos presos provisórios

The Defender's acting with custody hearings aiming the access to justice and human rights to the provisional arrested 299

Wagneriana Lima Temóteo Camurça

Lívia de Carvalho Freitas Alves

Camilla Martins Cavalcanti

Um ano de audiência de custódia na Justiça Federal no Recife: uma visão a partir dos casos da Defensoria Pública da União

A year of custody hearing in the federal judiciary in Recife: a perspective from cases of the Federal Public Defense 323

Tarcila Maia Lopes

Marília Silva Ribeiro de Lima Milfont

Drogas nas Forças Armadas, perfil do usuário e persecução criminal: a questão da inconveniência do artigo 290 do Código Penal Militar

Drugs in the Armed Forces , user profile and criminal persecution: the question of unconventionality of article 290 of the Brazilian Military Criminal Code 339

Nivaldo Frota Bitencourt

A criança e o adolescente no contexto das associações e organizações criminosas: majorantes que podem reduzir a pena	
<i>Children and adolescents in the context of criminal associations and criminal organizations: increasing offense level which might reduce the quantum of the total punishment</i>	367
<i>Maria do Carmo Goulart Martins Setenta</i>	

RESENHAS

ROMANO, Bruno. Discurso e diritto: pulizia/polizia delle parole e giustizia. Roma: Bulzoni editore, 1993, p. 74.	397
ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Martin Claret, 2015.	405
CAVALCANTE, P. R. Contribuições da Psicologia no Acesso à Justiça: (des) construções no campo sociojurídico, desafios e possibilidades de atuação na Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 296.	413

BOAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS

Projeto grupo de acolhimento psicológico aos assistidos da DPU: compartilhando vivências, reconstruindo caminhos	
<i>Project groups of psychology help for people assisted by DPU: sharing living, re-building pathways</i>	421
<i>por Natalia Isis Leite Soares</i>	
A importância da leitura e da escrita como forma de (re) socializar os alunos da modalidade de educação de jovens e adultos do ensino médio da cidade de São Luís no presídio feminino e masculino	
<i>The importance of reading and writing as a way of (re) socializing the students of the modality of education of young people and adults of the high school of the city of São Luís in the female and male prison</i>	433
<i>por Rachel Bonfim da Silva</i>	
O Projeto de extensão "Falando em família" como vetor de acesso à justiça e exercício pleno de cidadania	
<i>The extension project "Talking in family" as a vector for access to justice and full exercise of citizenship</i>	443
<i>por Zilda Mara Consalter e Dirce do Nascimento Pereira</i>	
Orientações para autores	457

APRESENTAÇÃO

Chegamos a nossa décima edição, primando, sempre, pela pluralidade dos temas abordados em nossa Revista, bem como pela qualidade e profundidade com que são tratados.

Neste período, a equipe da Escola Superior da Defensoria Pública da União responsável por este periódico profissionalizou-se, implementando o sistema de editoração eletrônica. Esta edição marca o processo de transição do recebimento dos artigos e envio para parecer via e-mail para a utilização do referido sistema. Esse agiliza o fluxo de informações e facilita a disseminação, divulgação e preservação do conteúdo da Revista.

O Conselho Editorial, também, neste período, foi modificado. Inicialmente, era composto apenas por membros da carreira da Defensoria Pública da União. Porém, sentimos a necessidade de incluir conselheiros e, nas últimas edições, pareceristas exógenos à DPU. Com isto, a Revista atende a mais um critério da CAPES, trazendo novos parâmetros para a análise dos artigos.

Há de se destacar que temos, insistentemente, buscado cumprir as condições necessárias para que a Revista da DPU seja reconhecida formalmente pela CAPES, com um estrato a altura da qualidade dos artigos que apresenta. Acreditamos que o reconhecimento pela CAPES ampliará ainda mais o interesse pela Revista.

Nesta edição, acompanhando a tendência das últimas, os tópicos e a forma pela qual eles foram abordados refletem a multidisciplinariedade da atuação da Defensoria Pública da União e, neste sentido, comunicam-se entre si.

Boa leitura!

FERNANDO MAURO BARBOSA DE OLIVEIRA JUNIOR

Diretor da Escola Superior da Defensoria Pública da União

EDITORIAL

E assim chegamos à décima edição da Revista da Defensoria Pública da União: com o mesmo ideal de divulgação de conhecimento científico, mas constantemente renovados na busca por maior qualidade.

Segue mantido o escopo de se trazer à discussão temas afetos à defensoria pública, à promoção dos direitos humanos e ao acesso à justiça. Neste sentido, os leitores serão brindados com artigos com temas atuais e de grande relevância para reflexão e atuação na atividade-fim. Nos direitos humanos, os textos trazem discussão sobre questões referentes a imigrantes, refugiados e à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Na área de acesso à justiça, debate-se o novo código de processo civil e as alterações que mais impactaram a Defensoria Pública da União, em especial sua atuação na mediação de conflitos e como *amicus curiae*. No direito penal, discutem-se as recentes alterações legislativas que introduziram em nosso direito a audiência de custódia – uma antiga reivindicação dos próprios defensores públicos – e seus mais recentes reflexos. Há, ainda, artigos sobre menores infratores e direito penal militar. Na seara previdenciária, em tempos de reformas e ajuste fiscal, oferece-se reflexão sobre os benefícios por incapacidade laboral.

Por outro lado, a Revista, em constante busca por renovação, começa a privilegiar cada vez mais a disseminação de conhecimento. Para tanto, esta edição se destaca por uma maior heterogeneidade em seus autores, os quais incluem não apenas defensores públicos, mas também servidores e juristas de fora da instituição. Além disso, o rol de colaboradores e pareceristas foi ampliado, privilegiando-se os aspectos da cientificidade, imparcialidade e tecnicidade na avaliação dos artigos submetidos à publicação. A Revista também já se encontra em bases de dados e adotou sistema de editoração eletrônica, estando aberta às novas tecnologias e mídias.

Também é essencial que se faça o devido reconhecimento ao competente trabalho realizado pelo conselho editorial, pela direção da ESDPU e pela equipe de editoração, bem como a por todos aqueles que contribuíram com a submissão de artigos.

Finalmente, fazemos votos de um bom proveito aos nossos leitores, a razão de ser do nosso trabalho. Boa leitura a todos!

DANIEL MOURGUES COGOY
Editor-Chefe da Revista da DPU

O NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL
DA DEFENSORIA PÚBLICA NA PROTEÇÃO E
PROMOÇÃO DOS DIREITO HUMANOS

Aline Setaro Soares Masullo

*THE NEW CONSTITUTIONAL PARADIGM OF THE
PUBLIC DEFENDER'S OFFICE IN THE PROTECTION
AND PROMOTION OF HUMAN RIGHTS*

O NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

THE NEW CONSTITUTIONAL PARADIGM OF THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE IN THE PROTECTION AND PROMOTION OF HUMAN RIGHTS

*Aline Setaro Soares Masullo
Advogada*

*Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense.
Rio de Janeiro, Brasil.*

aline_masullo@hotmail.com

RESUMO

Este trabalho tem por intuito analisar, com uma visão contemporânea, o papel de promoção e proteção dos Direitos Humanos pela Defensoria Pública constitucionalizado pela Emenda Constitucional nº 80/2014. Para tanto, buscou-se pesquisar sobre as Constituições brasileiras e identificar o nascimento da Instituição, bem como de suas funções, e a evolução da assistência judiciária para assistência jurídica, complementadas com as atribuições de ordem coletiva e social, e as três teorias atuais relacionadas ao assunto. Ademais, procurou-se analisar a concepção dos Direitos Humanos, suas características e dimensões para, em seguida, realizar um estudo acerca da promoção de Direitos Humanos relacionando-a com a ideia de reconhecimento dos grupos vulneráveis.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Direitos Humanos. Emenda Constitucional nº. 80/2014.

ABSTRACT

This paper aims to analyze, in a contemporary view, the Public Defender's Office role of promotion and protection of human rights, which is constitutionalized by Constitutional Amendment no. 80/2014. In order to do so, it was sought to research the Brazilian Constitutions and identify the birth of the Institution, as well as its functions and the evolution of judiciary assistance to juristic assistance, complemented with the attributions of collective and social order, and the three current theories related to this subject. In addition, an attempt was made to analyze the conception of human rights, its characteristics and dimensions, and thereafter to carry out a study about the promotion of human rights in relation to the idea of recognition of vulnerable groups.

Keywords: Public Defender's Office. Human rights. Constitutional Amendment 80/2014.

Data de submissão: 20/03/2017

Data de aceitação: 31/07/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA 2. FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA 3. A PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA 3.1 Da concepção dos direitos humanos 3.2 Defensoria Pública como promotora dos direitos humanos. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública passou por grandes transformações ao longo da sua história constitucional e infraconstitucional, culminando na constitucionalização do seu papel de protetora e promotora de Direitos Humanos pela Emenda Constitucional nº. 80/2014, resultado da Proposta de Emenda à Constituição nº. 4/14 do Senado Federal, que evidenciou em cláusula pétrea o que já se encontrava no cotidiano dos atendimentos da Instituição.

Desta maneira, cumprirá demonstrar, em primeiro lugar, como se deu a história constitucional da Defensoria Pública desde a primeira Carta Magna brasileira de 1824, relacionando-a com a conjuntura de cada época e o desenvolvimento das funções da Instituição, com a atribuição inicial de prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, evoluindo para a posição de Instituição de transformação social, contribuindo para o desenvolvimento da coletividade com a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita aos necessitados, como dispõe a nova redação do artigo 134 da Lei Maior.

No mesmo sentido, serão abordados temas relacionados às suas funções institucionais, à mudança de paradigma dessas funções e às teorias encontradas em diversas doutrinas que tratam sobre o assunto, bem como, ao aperfeiçoamento das teorias sobre a percepção individualista. Além disso, aferir-se-á igualmente as tarefas dos próprios agentes da Defensoria Pública como educadores em direitos e agentes da cidadania, revelando-se um papel que vai muito além da defesa jurídica dos assistidos.

Ademais, tratar-se-á sobre a concepção dos direitos humanos e a sua evolução ao longo do tempo para a sociedade, com o que chamam de gerações ou dimensões dos direitos humanos, suas características e definições dadas pelos estudiosos da matéria.

Para identificar os atuais parâmetros de atuação da Defensoria Pública, é necessário indagar sobre quem são os **novos** necessitados que serão atendidos, saindo do simples conceito de hipossuficientes, ou seja, quais são os grupos de pessoas vulneráveis que a Instituição deve defender; o que é igualdade e como se dá na prática este conceito, e como deveria se dar na prática esse conceito para um alcance mais amplo e democrático da igualdade; quais são os obstáculos para que isso ocorra, e quais são as dificuldades que a Defensoria Pública encontra para desenvolver a sua atuação.

Buscar-se-á demonstrar, em síntese, que a Defensoria Pública, como Instituição permanente, é fundamental e essencial para o desenvolvimento de um conceito de sociedade igualitária e democrática e que, apesar de muitas dificuldades e desvalorização pelo próprio Poder Público, continua em luta pelos direitos daqueles que mais precisam. É o que será visto adiante.

1. HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA

A história constitucional do Brasil é formada em virtude do contexto histórico de cada momento, e dos aspectos políticos, econômicos e sociais que nortearam a elaboração de cada uma das sete Cartas Magnas, passando por períodos de retrocesso, com ditaduras que ignoravam qualquer tipo de direito, e por períodos que levaram à construção do estado democrático de direito e à institucionalização dos direitos humanos.

Concomitantemente à história Constitucional brasileira, tem-se o nascimento e o desenvolvimento da assistência jurídica aos necessitados pela Defensoria Pública na legislação pátria.

A primeira Constituição Republicana brasileira, promulgada em 1891, não mencionava a assistência judiciária, porém, salvaguardava o direito de plena defesa no artigo 72, §16, garantindo que o acusado pudesse ter direito a todos os recursos e meios essenciais a ela.

Ademais, em 16 de julho de 1934, houve a promulgação de uma nova ordem constitucional, fazendo com o que o Brasil se tornasse uma democracia social, com a inserção de vários direitos sociais, entre eles o direito de acesso gratuito à Justiça em seu artigo 113, 32, *in verbis*: “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”, competindo à União legislar sobre normas fundamentais de assistência judiciária.

A Constituição de 1934 vigorou por três anos, e precedeu o golpe de estado que seria implantado no mesmo dia da outorga da carta política de 1937 por Getúlio Vargas, instituindo um estado de emergência com supressão de direitos individuais, como a liberdade de ir e vir e a assistência judiciária.

Nesse período, em 1939, o Código de Processo Civil regulou o benefício da justiça gratuita (artigos 68 a 79 do CPC de 1939) para aqueles que não estivessem em condições de pagar

as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. No entanto, não havia, ainda à época, um serviço de assistência judiciária integral, gratuito e público que permitisse que o artigo 68, em especial o seu parágrafo único¹, fosse amplamente utilizado.

Apesar do silêncio da Constituição outorgada durante o Estado Novo, a Constituição Federal de 1946 repetiu o modelo democrático e social de 1934, trazendo novamente ao plano constitucional o direito e reiterando o dever do Poder Público de conceder assistência judiciária aos necessitados, concedendo o benefício da justiça gratuita, porém, sem mencionar qual órgão seria incumbido desse dever ou da necessidade de criação de órgãos especiais.

Para disciplinar a concessão de assistência judiciária aos necessitados, foi editada a Lei nº. 1.060/1950, considerando-se necessitado, segundo o artigo 2º, atualmente revogado, “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”. Ao longo do tempo, a Lei nº. 1.060/1950 sofreu uma série de alterações e teve grande parte do seu texto revogado pela Lei nº. 13.105/2015, o Código de Processo Civil, estando atualmente com onze artigos vigentes.

Importante ressaltar que há, de acordo com alguns autores, um equívoco terminológico na Lei nº. 1.060/1950 quando essa exprime que são normas para a concessão de assistência judiciária, quando na verdade se tratam de normas que permitem a gratuidade da justiça, portanto, têm dimensões distintas no processo jurídico. A diferença entre essas duas nomenclaturas é apresentada em especial pelo jurista Pontes de Miranda:

Assistência judiciária e benefício da assistência gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é o direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É um instituto de direito administrativo.²

¹ Destaca-se o art. 68 do CPC de 1939, que dispõe: a parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo 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.

² PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários à Constituição de 1967**: com a Emenda n. I, de 1669, 1971, p. 383.

Evoluindo historicamente, o período político dos anos 60 no Brasil era de intensa instabilidade, culminando no golpe de Estado de 1964. Posteriormente, em 1966, por meio do Ato Institucional nº. 4, o Congresso Nacional foi convocado para discutir e votar em uma nova Constituição, a de 1967, organizada sob pressão e encomenda dos militares, os quais preconizavam legalizar e institucionalizar o regime ditatorial militar.

Contudo, apesar do período de extrema repressão, o instituto da assistência judiciária foi preservado no texto constitucional de 1967 e no de 1969, no artigo 150, § 32, dentro do Capítulo que tratava dos direitos e garantias individuais, instruindo que seria “concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei”, de forma que recepcionada a Lei nº. 1.060/1950, continuaria ela sendo válida e eficaz.

Ao longo das décadas de 1970 e 1980, vários Estados adotaram o serviço estatal de Assistência Judiciária, fortalecendo a concepção da Constituição de garantir, por meio de órgãos governamentais, o atendimento àqueles que não tinham condições financeiras para arcar com as despesas do acesso à justiça. Entre os estados que implementaram o serviço, destacam-se Acre, Amazonas, Bahia, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais e Rio Grande do Sul³.

Finalmente, na década de 80, houve grande movimentação para elaborar um Anteprojeto de Constituição, aprovado em sua redação final pela Assembleia Nacional Constituinte em 1988. Nesse texto, a Defensoria Pública, ao lado do Ministério Público e da Advocacia Pública, foi considerada como função essencial à Justiça no art. 134.

Revela-se, a partir desse momento, a institucionalização do órgão de defesa dos necessitados, deixando a antiga Assistência Judiciária de ser tão somente de patrocínio do judiciário, e ampliando sua ação para também atuar no campo extrajudicial e com isso, foi sinalizada uma mudança da nomenclatura da assistência judiciária, passando a ser agora, assistência jurídica.

Outrossim, comprova-se que a questão da assistência judiciária tem sua reestruturação em 1988, encerrando um ciclo, para alcançar patamares maiores e mais amplos de acesso à justiça com a assistência jurídica integral ligada à Defensoria Pública. Dessa forma, diferencia-se a atividade (assistência jurídica) do agente (Defensoria Pública).

³ SILVA, F. R. A.; ESTEVES, D. **Princípios institucionais da defensoria pública**: De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União), 2014, p. 35.

O Defensor Público Frederico Rodrigues Viana de Lima ensina, em seu livro, que assistência judiciária é o ato de assistir alguém judicialmente, auxiliar juridicamente, podendo ser remunerada ou gratuita, pública ou particular. Já a assistência jurídica, nas palavras dele, “representa o auxílio em questões jurídicas, em qualquer ambiente, seja ele judicial ou extrajudicial”⁴, pressupondo somente conhecimento especializado na área jurídica, sendo, a partir de 1988, um direito individual, mais propriamente, um direito fundamental social de cunho prestacional⁵ com o objetivo de dar efetividade ao princípio da isonomia sob o viés material.

Ao longo do tempo, houve outros marcos jurídicos na estruturação da Defensoria Pública e das suas garantias, como a Lei Complementar nº. 80 /1994; a Emenda Constitucional nº. 45/2004 (Reforma do Judiciário); a Lei nº. 11.448/2007, que legitimou a proposição da ação civil pública pela Defensoria Pública; a Lei Complementar nº. 132/2009, que fez importantes alterações no texto da Lei Orgânica Nacional; a Emenda Constitucional nº. 69/2012; a Emenda Constitucional nº. 74/2013; e, a mais recente, a Emenda Constitucional nº. 80/2014, que alterou o Capítulo IV do Título IV, e acrescentou artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

Sobre os avanços supracitados, breves comentários sobre a Lei Complementar nº. 132/2009 e sobre a Emenda Constitucional nº. 80/2014 são imprescindíveis, visto que estão atrelados um ao outro e ao tema deste trabalho.

A nova Lei Orgânica da Defensoria Pública, promulgada em 2009, que alterou e criou diversos dispositivos na Lei Complementar nº. 80, nasceu com a função de ampliar e de modernizar o papel da Instituição depois de mais de dez anos de crescimento.

Entre as alterações e criações da Lei Complementar nº. 132/2009, destacam-se para melhor entendimento do tema desse artigo, os artigos 1º, 3º-A e 4º. Em primeiro lugar, o artigo 1º traz, de maneira contemporânea, alguns parâmetros de atuação da Defensoria Pública, classificando-a como permanente e promotora dos direitos humanos.

Com isso, além do reconhecimento da Instituição como instrumento do Estado Democrático de Direito, tem-se a afirmação da necessidade de concretizar a real assistência jurídica integral por meio da promoção dos direitos humanos, envolvendo, portanto, a

⁴ LIMA, F. R. V. de. **Defensoria Pública**, 2012. p. 63.

⁵ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 2009, p.185 *apud* LIMA, F. R. V. de. **Defensoria Pública**, 2012, p. 65.

conscientização e a difusão desses direitos pela sociedade como forma de transformar a realidade.

Ademais, o artigo 3º-A incluiu uma complementação do artigo 1º ao indicar como objetivos da Defensoria Pública a supremacia da dignidade da pessoa humana e a diminuição das desigualdades sociais, corroborando o papel de agente transformador da sociedade. Ainda nesse sentido, o artigo 4º trouxe uma série de funções institucionais, que nada mais são do que ramificações do disposto no artigo 1º da Lei.

Essas alterações na Lei Complementar nº 80/1994 geraram grande anseio pela constitucionalização dessas premissas adotadas na Lei Orgânica como forma de proteção aos destinatários do serviço, o que originou o processo de Proposta de Emenda à Constituição, apelidada de Defensoria para Todos.

O objetivo primordial da PEC 04/2014 era a existência de Defensores Públicos em todas as comarcas, abrangendo e viabilizando o atendimento de todos os cidadãos que preenchessem os requisitos para serem assistidos. Além disso, a proposta determinava que o número de defensores públicos na unidade jurisdicional fosse proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

Na época, dando base ao pedido da PEC, foi elaborado um estudo pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), chamado de Mapa da Defensoria Pública no Brasil, com o objetivo de comparar o quadro da Defensoria Pública com o número de comarcas, órgãos judiciais e população potencialmente destinatária de seus serviços, e também fazer uma comparação do número de defensores públicos com outros profissionais do sistema de justiça. O estudo demonstrou que 59% dos cargos de defensor público estão providos, cobrindo 28% das comarcas brasileiras⁶.

Finalmente, em 4 de junho de 2014, foi promulgada a Emenda Constitucional nº. 80/2014, fruto da PEC – Defensoria para todos, com pequenas alterações da proposta inicial, mas mantendo as ideias originárias, e constitucionalizando o papel da promoção dos direitos humanos pela Defensoria Pública.

⁶ O estudo foi baseado em dados coletados pela ANADEP e Defensorias Públicas Gerais, no período de setembro de 2012 a fevereiro de 2013 e foram compilados pelas coordenadoras-técnicas e pesquisadoras, Tatiana Whately de Moura e Rosier Batista Custódio. ANADEP; IPEA. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. 2013. p. 31. Disponível em: < https://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.

Considerando-se toda a evolução da Instituição e do papel da assistência jurídica ao longo das Constituições, é importante averiguar, no contexto atual, quais as funções que envolvem a Defensoria Pública com essa nova abordagem dada a partir da Lei Complementar 80/1994, bem como, os deveres de seus agentes (Defensores Públicos).

2. FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Lei Complementar nº. 132/2009, como foi visto no capítulo anterior, alterou e criou dispositivos na Lei Complementar nº. 80. Essas mudanças foram fundamentais para o avanço da Defensoria Pública como Instituição permanente e para sua constitucionalização.

No que tange às funções institucionais, a LC nº. 132/2009 acrescentou nove incisos ao artigo 4º da Lei Orgânica, que já tratava de suas funções, e modificou outros onze incisos - não exaurindo o rol de atribuições, uma vez que pode haver reconhecimento de outras funções, como resta claro da leitura do caput do artigo 4º.

As principais inclusões se deram na esfera dos direitos coletivos, e essa mudança de paradigma das funções revela o papel relevante do Instituto na sociedade e o seu comprometimento com a democracia, igualdade e o progresso de toda uma coletividade. Além disso, o Instituto manifesta, também, um novo rumo do papel do próprio Defensor Público, de assistente judicial para agente pacificador, dirimindo conflitos, sendo agente de educação jurídica⁷ e porta-voz da população vulnerável⁸.

Sobre as funções do Defensor, há diferenças no que diz respeito à orientação jurídica e à educação em direitos. O Defensor Público do Estado de São Paulo, Gustavo Augusto, fez uma distinção dos dois termos⁹, baseada na Lei Complementar nº. 80/1994 e em suas

⁷ REIS, G. A. S. dos. Educação em Direitos e Defensoria Pública: Reflexões a partir da Lei Complementar nº. 132/09. In: RÉ, A. I. M. R. (Org.). **Temas aprofundados: Defensoria Pública**. 2013, p. 726.

⁸ Entende-se que a participação nos conselhos, bem como em audiências públicas e consultas públicas dá a oportunidade dos atores sociais (Defensores Públicos) opinarem sobre as políticas públicas e a partir disso, concretizarem a ideia de democracia participativa em prol da população vulnerável. BURGUER, A. F; BALBINOT, C. **A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/1994**, 2011, p. 09.

⁹ REIS, G. A. S. dos. Educação em Direitos e Defensoria Pública: Reflexões a partir da Lei Complementar nº. 132/09. In: RÉ, A. I. M. R. (Org.). **Temas aprofundados: Defensoria Pública**. 2013, p. 726.

modificações, trazendo para análise, em suma, o artigo 4º, incisos I e III, que dizem caber à Defensoria a prestação de orientação jurídica e a difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico.

Com isso, o autor entende que a simples menção em incisos diferentes já trazem o indicativo de distinção, sendo a orientação jurídica voltada para questões puramente objetivas, a partir de uma análise da legislação e do caso concreto em que o Defensor é um ator passivo, que esclarece o impasse:

A orientação jurídica é um discurso que enfatiza a dogmática, onde o defensor atua como agente de aconselhamento jurídico e como técnico para a solução de controvérsia. Aqui, assim, cabe ao defensor agir como um profissional que, diante de uma situação-problema (que não necessariamente seja um litígio), esclarece para a pessoa (o assistido) a melhor solução jurídica para o seu caso.

[...] A orientação jurídica, assim, é casuística – pois que abordada em um contexto de situação-problema – e possui tripla função: prevenir conflitos ou solucioná-los pacificamente, ou encorajar o litígio mediante a jurisdição.¹⁰

Em contraponto, a educação jurídica deve ser observada sob uma ótica mais abrangente, ligada ao acesso à informação, posto que a partir do saber de seus direitos, o cidadão estará apto a buscar as soluções possíveis para eventuais problemas jurídicos, e exercer a cidadania.¹¹

Ademais, com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 80/2014, algumas funções, até então presentes somente na Lei Orgânica da Instituição, foram constitucionalizadas na Carta Magna de 1988, no Capítulo referente às funções essenciais à justiça, artigo 134, elevando o valor de importância dentro da Defensoria Pública, bem como, da sociedade brasileira.

Percebe-se que a Defensoria Pública é elevada ao patamar de instrumento do regime democrático e, para tanto, deverá prestar as funções de orientação jurídica – nesse momento vista de forma mais ampla como será discutido a seguir –, promoção dos

¹⁰ REIS, G. A. S. dos. Educação em Direitos e Defensoria Pública: Reflexões a partir da Lei Complementar nº. 132/09. In: RÉ, A. I. M. R. (Org.). **Temas aprofundados: Defensoria Pública**. 2013, p. 727.

¹¹ REIS, G. A. S. dos. Educação em Direitos e Defensoria Pública: Reflexões a partir da Lei Complementar nº. 132/09. In: RÉ, A. I. M. R. (Org.). **Temas aprofundados: Defensoria Pública**. 2013, p. 740.

direitos humanos e defesa, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos (privilegiando mais uma vez a tutela da coletividade) aos necessitados.

Pois bem, feita essa análise, cabe diferenciar doutrinariamente as funções típicas e atípicas da Instituição, trazendo algumas considerações. Atualmente, temos três classificações acerca das funções: a clássica entre típica e atípica pautada exclusivamente na hipossuficiência; a moderna classificação, em que típico é tudo que está o texto constitucional abrangendo a promoção de direitos humanos e a tutela coletiva; e a classificação do Professor José Augusto Garcia em não tradicionais - ou funções tendencialmente solidaristas - e tradicionais - ou funções tendencialmente individualistas¹².

A teoria clássica, como supracitada, está amparada no conceito de necessitado economicamente, na antiga redação do artigo 134 da Constituição Federal, realizando-se então a função típica quando for preciso verificar se a parte é hipossuficiente, isto é, quando a razão de atender aquela parte for sua condição econômica, ou a função atípica quando pouco importar se a parte é abastada ou carente de recursos.

As funções atípicas, nesse caso, são ordenadas na ideia de que há necessitados do ponto de vista organizacional, ou seja, socialmente vulneráveis¹³, aqueles que na relação jurídica se encontram indefesos, como é o caso dos consumidores, usuários de políticas públicas referentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, precisando então levar em conta os recursos organizacionais, culturais e sociais.

Pela teoria clássica, a promoção de direitos humanos e a tutela coletiva eram funções atípicas, uma vez que os direitos humanos têm como principal característica a universalidade, não há direitos humanos diferenciados por classe social, sendo assim, função atípica. A tutela coletiva também se descolaria da hipossuficiência, porque atuaria em prol da coletividade. Ocorre que a teoria clássica de divisão de função típica e função atípica foi construída, como já fora dito, a partir da redação originária do art. 134 da Carta Magna, e esta dizia que a Defensoria Pública atendia aos hipossuficientes. Em vista disso, se a Constituição Federal preconiza como missão da Defensoria Pública atender ao necessitado, tudo que não for atender a esse grupo é algo excepcional, algo atípico da Defensoria.

¹² SILVA, F. R. A.; ESTEVES, D. **Princípios institucionais da defensoria pública**: De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União), 2014, pp. 357-360.

¹³ GRINOVER, A. P. **Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública**, 2011, p. 155. Disponível em: < <http://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/20/RevistaDefensoria.pdf> >. Acesso em: 10 nov. 2016.

Com a EC 80/14, a teoria moderna se consolidou partindo da premissa de que uma função típica é tudo que a Constituição expressa, e atípica, tudo que não está previsto, rompendo com a primeira teoria, como ensina o Professor Franklyn Roger:

Esse processo evolutivo teve continuidade a partir da Emenda Constitucional 80/2014, que conferiu à Defensoria Pública a missão de promover esses direitos em nosso país, na linha do que estatui o princípio previsto no artigo 4º, II da Constituição Federal. O novo paradigma constitucional nos exigiu uma reordenação da classificação das funções institucionais, tornando imperioso o reconhecimento do caráter típico da promoção de direitos humanos, já que sediada no texto constitucional.¹⁴

A consequência dessa classificação é que, hoje em dia, a promoção do direitos humanos e tutela coletiva também deveriam ser tratadas como funções típicas da Defensoria, posto que se encontram no texto constitucional como compromisso da Instituição e não somente como forma de atendimento aos necessitados. Portanto, os direitos humanos continuam sendo universais, havendo apenas uma remodelação da classificação clássica, em que tudo que está na Constituição é função típica, incluindo nesse rol os direitos humanos e tutela coletiva, tratados agora de forma mais ampla, sem distinção de pobres ou ricos.

A terceira e última classificação é adotada pelo Professor José Augusto Garcia de Sousa, que defende a adoção de uma nova classificação ou terminologia, em teríamos um primeiro grupo de atribuições **tradicionais**, ou **tendencialmente individualistas** onde estariam inseridas as funções institucionais ligadas à atividade primordial da Defensoria Pública, classicamente relacionadas à hipossuficiência do indivíduo, em que o propósito de atuação é o interesse da parte.

E um segundo grupo, de atribuições **tendencialmente solidaristas**, que por sua vez, manifestar-se-iam quando o propósito de atuação da DP tivesse como normas a defesa de um valor jurídico relevante, decorrentes do solidarismo jurídico e estariam contidas nesse grupo as funções institucionais consideradas não tradicionais, que tutelam o direito de pessoas necessitadas e não necessitadas, como é o caso da proposição da ação civil pública.¹⁵

¹⁴ SILVA, F. R. A. **A promoção dos direitos humanos como função moderna da Defensoria**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-27/tribuna-defensoria-promocao-direitos-humanos-funcao-moderna-defensoria#_ftnref2>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁵ 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?** p. 206. Disponível em:< <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/dpge/site/Upload/RD25-175-A-244.PDF>>. Acesso em: 10 out. 2016.

Aduz, ainda, que um olhar individualista sobre a Instituição repudia as funções atípicas, uma vez que essas facilitam as atuações de intenção solidarista, e esse olhar foi o que prevaleceu durante grande tempo. No entanto, com a evolução da Instituição e do conceito de carência, passou-se a exteriorizar-se as representações ditas atípicas da Defensoria, que “em casos de especial relevo, podem-se alcançar resultados muito mais efetivos para a clientela — globalmente considerada — da instituição, até porque se passa a manejar instrumental de cunho preventivo”¹⁶.

Por fim, com a promoção de direitos humanos constitucionalizada, vemos também que o papel do Defensor Público de educador de direitos resta solidificada e legitimada pela Constituição Federal, devendo por meio da atuação judicial e extrajudicial ser mediador do cidadão e da linguagem do direito, assistindo-o, mas além disso, engajando-o nesse processo para que saia da sua inércia e do campo de desconhecimento dos direitos para alcançar a resolução de seus próprios litígios, e utilizar o direito como instrumento de orientação da sua vida e de exercício da cidadania.

Dito isso, passaremos para uma abordagem mais aprofundada da atribuição dada à Defensoria Pública para a proteção e promoção dos direitos humanos, diante da grande importância que cerca essa função para a concretização de uma sociedade mais justa e igualitária.

3. A PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA

Verificou-se que a Defensoria Pública passou por grandes transformações ao longo do tempo, tanto estruturais como organizacionais e funcionais, desenvolvendo gradativamente um papel mais ativo dentro da sociedade brasileira.

Deve-se compreender, primeiramente, que a Instituição não poderá de modo algum ser suprimida do ordenamento jurídico vigente, tendo em vista o reconhecimento de seu caráter permanente pela EC 80/14, o que já era sustentado pela doutrina quando relacionava o artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal com o fato de o Estado

¹⁶ 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? p. 204. Disponível em: < <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/dpge/site/Upload/RD25-175-A-244.PDF>>. Acesso em: 10 out. 2016.

ter escolhido a Defensoria Pública para ter o monopólio da assistência jurídica integral e gratuita de natureza pública, e portanto, devendo ser considerada também uma cláusula pétrea.

Isso permite que a Instituição tenha mais liberdade para progredir e procurar garantir o seu objetivo de permitir a todos o acesso à justiça em sua maneira mais irrestrita como forma de concretizar o Estado Democrático de Direito, pois não satisfaz termos um rol longo de direitos humanos fundamentais, se no caso de violação, não puderem ser protegidos pela via jurisdicional ou por qualquer outra via que se mostrar pertinente para a situação do caso concreto.

Resta agora, caminhando para o final deste trabalho, desenvolver e discorrer o principal foco de estudo desse projeto, qual seja, a função de promoção e proteção de direitos humanos pela Defensoria Pública.

3.1 Da concepção dos direitos humanos

A história nos mostra que os direitos humanos surgiram por meio dos anseios da evolução e progresso da humanidade como resposta e consequência de decisões culturais tomadas ao longo das décadas, sendo influenciadas por religiões, políticas e revoluções. Dessa forma, representam as garantias mínimas de existência dos seres humanos para serem assim considerados.

Em relação ao objeto mais aprofundado desse estudo - os direitos humanos -, é difícil achar uma definição una entre os autores. Nesse ponto, Ramos, após fazer uma análise de diversas definições, concluiu:

Na necessidade de se adotar uma definição concisa, entendo por direitos humanos um **conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade.**

Tal dignidade, como sustenta SARLET, é **‘a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos’.**

Assim, os direitos humanos asseguram uma vida digna, na qual o indivíduo possui condições adequadas de existência, participando ativamente da vida e de sua comunidade.¹⁷

Entendendo-se o conceito de direitos humanos, compete analisá-lo sob o ponto de vista da evolução ou dimensões dos direitos humanos e sua relação com a afirmação da necessidade das Defensorias Públicas para a proteção e promoção desses direitos.

Em primeiro plano, ressalta-se que a denominação **gerações** é controversa e criticada pela doutrina atual, pois se afirma que é inadequada. Isso porque o termo **geração** implica na superação da geração mais antiga pela mais nova, sendo assim, a segunda geração supera a primeira, fazendo com que esta desapareça, isso quer dizer que a nova geração traz novos direitos que prevalecem sobre os anteriores, no entanto, não é o que acontece com os direitos humanos. A doutrina mais moderna usa o termo **dimensões** dos direitos humanos em virtude das características de interdependência e indivisibilidade, entendendo que a nova dimensão não faz com que a anterior desapareça, ao contrário, usa de seus elementos para sua construção, fazendo surgir novos direitos, como sugere Napoleão Filho:

A primeira crítica que se faz à classificação dos direitos em ‘gerações’ é a de que tal termo passa uma ideia de hierarquia entre os direitos. Para tais críticos, como Bobbio, há no subconsciente coletivo a percepção de que uma geração posterior seria superior à que lhe antecedeu, algo que não é verdade quando falamos de Direitos Humanos. [...] Tal afirmação é falsa, pois não há hierarquia entre direitos e garantias fundamentais. A classificação de Vasak é meramente didática, cujo objetivo é facilitar a compreensão do momento histórico em que tais direitos foram assegurados.¹⁸

Com relação às três primeiras dimensões, chamadas pela teoria clássica como gerações ou fases, Norberto Bobbio leciona:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente como autonomia — tiveram como

¹⁷ RAMOS, A. de C. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**, 2012, p. 26.

¹⁸ CASADO FILHO, N. **Direitos humanos fundamentais**, 2012, p.40.

consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências — podemos mesmo dizer, de novos valores —, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado.¹⁹

No âmbito da Defensoria Pública, alguns autores entendem que ela esteja alinhada aos direitos de segunda dimensão, como é o caso do Defensor Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré:

A Defensoria Pública, por sua vez, é essencialmente fenômeno de segunda geração, de direitos sociais. Ela não se volta tanto ao mero legalismo, mas exige o cumprimento do papel provedor do Estado, em certos casos, mesmo contra a lei, mas próxima da justiça. É fato que tutela a liberdade, a propriedade (primeira geração), bem como o meio ambiente e o consumidor (terceira geração), mas a sua essência se assenta na promoção dos direitos de segunda geração. A própria abertura e o constante contato entre o Órgão e a sociedade mais necessitada reafirma essa constatação. [...]

Então, a ela coube a garantia da tábua mínima de dignidade humana, a qual exige assistência à saúde, à educação, à alimentação e jurídica, os pilares do que podemos chamar de mínimo existencial²⁰.

Em contrapartida, o Professor Cleber Alves, em estudo sobre a natureza do direito de acesso à Justiça e do direito de assistência jurídica gratuita, judicial e extrajudicial, entende, junto com outros autores, que estes direitos estão inseridos dentro da categoria dos direitos civis de primeira dimensão, como ensina:

Na nossa opinião, o direito de acesso à Justiça, incluída especialmente a assistência judiciária gratuita para os necessitados, se traduz num direito de caráter primordialmente civil — e não propriamente um direito social — indispensável mesmo ao exercício pleno da prerrogativa fundamental da liberdade humana e do respeito à igualdade jurídica de todos os cidadãos. Isto porque, na medida em que o Estado assumiu o monopólio da prestação jurisdicional e criou para desempenhar essa função todo um aparato burocrático dotado de extrema complexidade e sofisticação, passa a ter a obrigação de assegurar a

¹⁹ BOBBIO, N. **A era dos direitos**, 2004. p.20.

²⁰ RÉ, A. I. M. R. **A Promoção dos Direitos Humanos no Brasil: O Papel da Defensoria Pública**, 2015, pp. 22-23.

cada pessoa a possibilidade real e efetiva de não ser prejudicado na defesa de seus direitos e interesses legítimos em razão da insuficiência de recursos econômicos para custear as despesas inerentes ao acionamento dessa máquina estatal.²¹

Outros, como o professor José Augusto Garcia de Sousa, ao tratar do novo modelo de Defensoria Pública com a LC 132/2009, baseado em uma atuação mais efetiva no campo dos interesses ou direitos difusos, reflexo do solidarismo jurídico, enquadra esse papel nos direitos de terceira dimensão.²²

Visto isto, cumpre assinalar que, com a ascensão dos Estados Democráticos de Direito, os direitos humanos ganham uma nova aparência, precisando se sustentar como uma questão de grande relevância, e estão intimamente ligadas à questão do acesso à justiça e à busca de igualdade, que será abordado no último tópico deste artigo.

3.2 Defensoria Pública como promotora e protetora dos direitos humanos

A normatização da promoção, da proteção, bem como da efetividade dos direitos humanos pela Defensoria Pública já era algo recorrente na Instituição antes de ser norma, uma vez que é incontroverso o entendimento de que as principais violações aos direitos humanos ocorrem com aqueles que menos têm condições financeiras e, também, menos acesso à educação para buscar a proteção deles, sendo, infelizmente, algo habitual em seu cotidiano.

Em um primeiro momento, a atuação estava atrelada às pessoas pobres, que não tinham condições de contratar um advogado, e com uma nova interpretação da palavra **necessitados**, passa a abranger diversas ordens de pessoas e grupos de pessoas que encontram barreiras, sejam elas econômicas, organizacionais, morais, culturais, de várias naturezas ou espécies para organizar seus direitos.

Com a EC nº. 80/2014, que constitucionaliza o papel de promoção de direitos humanos, esse segundo momento da Defensoria Pública ganha uma consolidação maior, pois

²¹ 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, p. 58.

²² 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?** pp. 184 e 187. Disponível em: < <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/dpge/site/Upload/RD25-175-A-244.PDF>>. Acesso em: 10 out. 2016.

finalmente se consagra como verdadeira expressão e como instrumento do regime democrático, contendo a função institucional de promover os direitos humanos.

A partir desse momento, a Defensoria se desprende da ideia de atendimento aos hipossuficientes economicamente, paradigma antigo já superado, para assumir o papel de contrapoder do sistema de justiça, como um órgão que está direcionado para transformações estruturais do regime democrático e para a promoção dos direitos humanos.

Com isso, é crucial que se faça uma nova estruturação do conceito de igualdade além da lei, que já é visto no artigo 5º, caput e artigo 3º, IV da Constituição.

A doutrina tradicional divide a questão da igualdade entre formal ou jurídica; e material ou real. A igualdade formal é formulada no sentido de tratamento de todos da mesma forma perante a lei, como ensina Guilherme Peña de Moraes:

A **igualdade formal**, também denominada igualdade civil ou jurídica, expressa a produção, interpretação e aplicação igualitária das normas jurídicas, com vistas a impossibilitar diferenciações de tratamento que se revelem arbitrárias, sob a forma de discriminações (vantagens) ou privilégios (desvantagens).²³

Enquanto isso, a igualdade material ou também chamada de substantiva, segundo o entendimento da professora Flávia Piovesan, tem em sua essência o tratamento desigual das pessoas em condições materiais desiguais, e seria uma transição da igualdade formal, por meio de ações afirmativas, uma vez que a igualdade formal por si só seria insuficiente.²⁴

Tendo em vista essas duas terminologias e suas definições, é essencial também se atentar ao conceito de igualdade estrutural, trazido por Roberto Saba, professor argentino, conceito novo, pouco falado no direito constitucional, porém, presente nas discussões de direitos humanos.

O professor, por meio dos conceitos de igualdade ou desigualdade estrutural, e do pensamento de outros autores, parte de um paradigma da justiça que não é o da justiça de não discriminação, visto por ele como uma versão individualista da igualdade, e sim, do reconhecimento, da igualdade estrutural, de acordo com uma perspectiva cultural de

²³ MORAES, G. P. de. **Curso de Direito Constitucional**, 2014. p.574.

²⁴ PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**, 2009, p. 189.

exclusão de alguns setores da sociedade.²⁵

Esses dois conceitos são encontrados também com a filósofa Nancy Fraser, que diferencia redistribuição de reconhecimento, colocando os dois conceitos em uma concepção bidimensional da justiça social. A autora destaca que algumas situações de injustiça são solucionáveis em um plano de redistribuição, isto é, a partir da redistribuição de condições materiais para os indivíduos, é possível garantir a eles satisfações iguais das suas necessidades materiais e, a partir disso, uma fruição igualitária dos direitos.²⁶

Exemplo disso são os direitos sociais que podem ser satisfeitos com uma redistribuição de condições materiais de vida humana digna. O acesso à educação, ou a uma renda adequada vai proporcionar, por exemplo, um acesso mais igualitário ao direito à educação e à saúde.

No entanto, em contraponto, se observou que algumas situações de injustiças não são suficientemente solucionadas somente no paradigma de redistribuição. Situações estas, em que determinados grupos de indivíduos são culturalmente percebidos como grupos inferiores, seja por suas características étnicas, culturais, ou sua condição social, alguns grupos na nossa sociedade estão em uma situação de permanente subordinação. Diante disso, Fraser ressalta:

Do ponto de vista do reconhecimento, por contraste, a injustiça surge na forma de subordinação de estatuto, assente nas hierarquias institucionalizadas de valor cultural. A injustiça paradigmática neste caso é o falso reconhecimento, que também deve ser tomado em sentido lato, abarcando a dominação cultural, o não-reconhecimento e o desrespeito. O remédio é, portanto, o reconhecimento, igualmente em sentido lato, de forma a abarcar não só as reformas que visam revalorizar as identidades desrespeitadas e os produtos culturais de grupos discriminados, mas também os esforços de reconhecimento e valorização da diversidade, por um lado, e, por outro, os esforços de transformação da ordem simbólica e de desconstrução dos termos que estão subjacentes às diferenciações de estatuto existentes, de forma a mudar a identidade social de todos²⁷.

Percebe-se, nitidamente, sem necessitar citar dados estatísticos ou estudos sobre o caso, que não obstante a redistribuição de condições materiais e econômicas para vidas igualitárias, as mulheres na sociedade brasileira, por exemplo, não alcançam, somente

²⁵ SABA, R. **(Des)Igualdad Estructural**, p. 20. Disponível em: < http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/08/PM_Des_igualdad_Estructural-Saba.pdf?x20748>. Acesso em: 1 dez. 2016.

²⁶ FRASER, N. **A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação**, 2002, p.11.

²⁷ FRASER, N. **A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação**, 2002, p.12.

pela via material, um patamar de fruição monetária. Observamos perfeitamente no nosso cotidiano a porcentagem de ocupação de mulheres eleitas no nosso parlamento e nos espaços de poder²⁸; a ocupação nos cargos do executivo; o número de mulheres em posições de direção ou chefia em grandes corporações brasileiras; o número de mulheres ocupando cadeiras nas grandes universidades públicas brasileiras. Essas situações nos revelam um caráter de permanente subordinação desse grupo de pessoas.

Com essa mesma visão, Roberto Saba, dentro da conjuntura argentina, nos informa a importância de quando da tentativa de solucionar de maneira satisfatória os problemas de igualdade, se verificar não somente as condições materiais de vida daquele sujeito isoladamente. Ressalta que, em algumas situações, é preciso considerar o indivíduo enquanto pertencente a um grupo subordinado.²⁹

Dessa forma, constata-se que o conceito de igualdade estrutural determina que, para a solução de determinados conflitos de injustiça, seja considerado o indivíduo enquanto pertencente a um grupo permanentemente subjugado ou subordinado. Somente quando a população compreender a posição de um sujeito pertencente a um grupo intrinsecamente marginalizado, é que poderemos promover a justiça do reconhecimento, que é uma reafirmação do plano moral, do plano cultural, do plano étnico, do valor positivo daquele grupo que seja capaz de então nivelar adequadamente a posição que esse grupo ocupa na vida social.

É importante, então, utilizar na Defensoria Pública, por meio de seus agentes e do seu mais novo papel constitucional de promover os direitos humanos, mecanismos de igualdade estrutural que sejam capazes de promover o reconhecimento dessas culturas e dessas populações, uma vez que, como foi visto pelos estudos apresentados, somente com a igualdade formal ou material não conseguimos resolver alguns problemas estruturais que necessitam da igualdade estrutural, visto que temos uma classificação hierarquizada dos grupos sociais brasileiros.

Dentro ainda do que se entende como igualdade estrutural, a Defensora Patrícia Magno, em artigo sobre a erradicação da pobreza na atuação da Defensoria Pública, narra que é

²⁸ Ainda que seja evidente a afirmação, destaca-se que segundo o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no ano de 2016, apenas 32% de todas as candidaturas, incluindo prefeito, vice e vereador, foram de mulheres. Informação disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/candidaturas>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

²⁹ SABA, R. **(Des)Igualdad Estructural**, p. 20. Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/08/PM_Des_igualdad_Estructural-Saba.pdf?x20748>. Acesso em: 1 dez. 2016.

fundamental que a Instituição faça uma releitura da noção tradicional de acesso à Justiça de Mauro Cappelletti nas discriminações estruturais, conforme a tríplice dimensão da Declaração de Brasília, que aprovou as regras de acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Nesse sentido, destaca sobre a inclusão social:

Portanto, inclusão social é instrumento do acesso à Justiça: seja para incluir os ‘excluídos para cima’, seja para promover a inclusão dos ‘excluídos para baixo’. E, nesse sentido, o efetivo acesso à justiça – que pode ser instrumentalizado pela Defensoria Pública – promove inclusão social e permite o exercício da cidadania, que é a finalidade das políticas públicas³⁰.

Dito isso, é incontestável que é preciso uma reforma estrutural para banir o preconceito, o racismo, a homofobia, entre outros como forma de firmar o papel de expressão e instrumento do regime democrático pela Defensoria Pública, além do que, em consequência dessa reforma, promover os direitos humanos.

Pois bem, para melhor atender à função de promoção de direitos humanos, dentro da Instituição foi feita uma divisão em núcleos especializados nas matérias, colocando Defensores Públicos nos chamados Núcleos Especializados na Defesa de Direitos Humanos para atuar especificadamente em casos de denúncia de violação dos direitos humanos, e também para promoverem da melhor forma esses direitos, seja como já foi visto nesse trabalho, como educadores do direito, seja como patronos da causa.

Ocorre que todo o trabalho em função da promoção de direitos humanos esbarra em grandes obstáculos, e dentre eles, podemos citar como exemplos o pequeno orçamento comparado a outras funções essenciais à justiça e a inviabilidade de atuação por falta de pessoal.

Para o primeiro grande obstáculo, do orçamento, levaremos como exemplo o Estado do Rio de Janeiro, que por meio de pesquisa realizada pela Associação de Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro – ADPERJ, mostrou-se um quadro comparativo da situação orçamentária da Defensoria Pública em relação a outros Poderes e instituições que compõem o Sistema de Garantia de Direitos, entre eles o Ministério Público, que se encontra no mesmo patamar de importância da Instituição, uma vez que ambos estão

³⁰ OLIVEIRA, P. F. C. M. de. **Erradicação da Pobreza na Atuação da Defensoria Pública: as várias dimensões do acesso à Justiça na defesa dos direitos humanos dos catadores de materiais recicláveis**, à luz da Lei 12.305/10, p. 06. Disponível em: < https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/13149/Patricia_F_Carlos_Magno_de_Oliveira.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2016.

previstos no capítulo das funções essenciais à justiça, da Constituição Federal, a seguir:



*Despesa Liquidada

Fonte: <<http://www.adperj.com.br/dados.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

No quadro comparativo, mostra-se que a despesa total com o Ministério Público, no ano de 2015, fora de R\$1.383.236.384, enquanto a Defensoria Pública teve uma despesa de R\$ 473.302.171, uma diferença de quase R\$910.000.000 (novecentos e dez milhões de reais). Isso demonstra a falta de investimentos na Instituição que atende à camada mais vulnerável da população e que mais sofre com os problemas sociais.

Ademais, ainda levando em conta o estudo comparativo, nos deparamos com o segundo grande problema: a falta de pessoal e a precariedade no que relacionada aos salários, comparados com os mesmos setores. No quadro de despesa de pessoal, o estudo revela que foram gastos com o pessoal do Ministério Público no ano de 2015 uma quantia de R\$984.083.578, enquanto a Defensoria Pública teve um gasto de R\$ 391.575.399, ou seja, menos da metade do valor.

Já no âmbito nacional, por meio de outro estudo realizado, concluiu-se que “as Defensorias Públicas em Roraima (RR), no Tocantins (TO), no Rio de Janeiro (RJ) e no Distrito

Federal (DF) são as únicas, entre as 24 existentes no país, que atendem todas as comarcas em seus respectivos estados³¹, revelando deficiência de pessoal e, por consequência, deficiência no serviço prestado.

Conclui-se que, apesar do grande desenvolvimento da Instituição e de seu papel perante a sociedade brasileira, é fundamental que sejam revistas as condições de atuação, valorizando o seu pessoal e a sua estrutura como um todo, ampliando os seus horizontes, e fazendo valer o que está expresso na Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao acompanhar a evolução histórica da Instituição em questão ao longo das Constituições brasileiras e das Leis, percebemos que o que hoje chamamos de Defensoria Pública é a concretização de muitas lutas e desejos para que aqueles que se encontram às margens da sociedade, esquecidos por ela ou não reconhecidos pela população, tenham a possibilidade de encontrar amparo jurídico e informações sobre os seus direitos por meio do Poder Público.

Além disso, vimos que as funções da Instituição sofreram grandes transformações no seu aspecto formal e material, tendo a assistência judiciária evoluído para a assistência jurídica e complementada pela **assistência** educacional em direitos, como forma de poder dar mais voz àqueles que sempre estiveram em segundo plano e torná-los agentes principais de seus próprios litígios, entendendo como resolvê-los e ganhando autonomia para a direção de suas vidas.

Compreendeu-se, também, que os direitos humanos nasceram com o próprio nascimento da sociedade e, assim, ao longo dos períodos históricos os direitos humanos solidificaram-se por meio dos anseios e necessidades das sociedades e das suas culturas, a partir de muitas demandas e debates, que com o passar do tempo se modificam.

A Defensoria Pública surge, também, por meio desses anseios de uma coletividade marginalizada e necessitada de amparo e, apesar de Instituição essencial e permanente, desde sua criação é possível perceber que nunca foi tratada com a devida importância e urgência

³¹ GRILLO, B. **Apenas quatro estados têm defensoria pública em todas as comarcas**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-21/apenas-quatro-estados-defensoria-todas-comarcas>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

que merece, enfrentando diariamente diversos obstáculos estruturais, orçamentários, de pessoal, que impedem a ampliação de sua atuação, não conseguindo atender da melhor forma desejada todos aqueles que precisam, no entanto, há o atendimento da melhor forma possível dentro das limitações que encontram.

Estendeu-se à Defensoria Pública uma seção especial à função essencial à justiça, já concedida ao Ministério Público e à Advocacia Pública, podendo concluir a partir dessa iniciativa a atualização do seu papel social. Com a nova redação dada ao artigo 134 da Constituição, temos a Instituição como agente de promoção dos direitos humanos e conseqüentemente, de cidadania, voltada para quem mais necessita de cidadania e de direitos humanos.

No entanto, percebeu-se que é necessário repensar a promoção de direitos humanos, incluindo nessa função a promoção de igualdade, mas não somente perante a lei, ou somente material, e sim uma igualdade estrutural, baseada na ideia de reconhecimento dos grupos vulneráveis para poder concretizar o objetivo da Instituição.

Deste modo, apesar das diversas dificuldades que a Defensoria Pública enfrenta para o seu desenvolvimento, a Instituição demonstra a sua eficiência e a importância da sua atuação ao longo de seus projetos e exercício de suas atribuições, sendo incontestável a relação de sua atuação com o desenvolvimento de um Estado Democrático de 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**. 614f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito. Rio de Janeiro. 2005.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BURGUER, A. F.; BALBINOT, C. **A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº**

80/1994. In: SOUSA, J. A. G. de. Uma nova Defensoria Pública pede passagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASADO FILHO, N. **Direitos humanos fundamentais**. Coleção Saberes do direito 57. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRASER, N. **A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação**. Revista Crítica de Ciências Sociais [Online], nº 63, 2002. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/1250>>. Acesso em: 01/12/2016.

GRILLO, B. **Apenas quatro estados têm defensoria pública em todas as comarcas**. Conjur, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-21/apenas-quatro-estados-defensoria-todas-comarcas>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

GRINOVER, A. P. **Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública** In: Revista da Defensoria Pública, Ano 4, nº 2 jul./dez. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/20/RevistaDefensoria.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

LIMA, F. R. V. de. **Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm. 2ª ed. 2ª Tiragem, 2012.

MORAES, G. P. de. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOURA, T. W. de; CUSTÓDIO, R. B. ANADEP; IPEA. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. 2013. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impreso_.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

OLIVEIRA, P. F. C. M. de. **Erradicação da Pobreza na Atuação da Defensoria Pública: as várias dimensões do acesso à Justiça na defesa dos direitos humanos dos catadores de materiais recicláveis, à luz da Lei 12.305/10**. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/13149/Patricia_F_Carlos_Magno_de_Oliveira.pdf>. Acesso em 01 dez. 2016.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. I, de 1669**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Tomo V, 1971.

RAMOS, A. de C. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RÉ, A. I. M. R. A Promoção dos Direitos Humanos no Brasil: O Papel da Defensoria Pública. In: **Defensoria Pública: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia**. Organização Adriana Fagundes Burger, Patrícia Kettermann, Sérgio Sales Pereira Lima. Brasília: ANADEP, 2015.

REIS, G. A. S. dos. Educação em Direitos e Defensoria Pública: Reflexões a partir da Lei Complementar N. 132/09. In: RÉ, A. I. M. R. (Org.). **Temas aprofundados: Defensoria Pública**. v. 01. Salvador: Juspodivm, 2013.

SABA, R. **(Des)Igualdad Estructural**. Disponível em:< http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/08/PM_Des_igualdad_Estructural-Saba.pdf?x20748>. Acesso em: 1 dez. 2016.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009 *apud* LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm. 2ª ed., 2ª Tiragem, 2012.

SILVA, F. R. A.; ESTEVES, D. **Princípios institucionais da defensoria pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União)**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ESTUDO SOBRE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO:
O APARECIMENTO DA DEFENSORIA COMO
EQUILÍBRIO DO SISTEMA DE JUSTIÇA
– DO ESTADO ACUSADOR AO ESTADO
DEFENSOR

Daniela Corrêa Jacques Brauner

*STUDY ON TRANSITIONAL JUSTICE: THE
CREATION OF PUBLIC DEFENSE AS A BALANCE IN
THE SYSTEM OF JUSTICE - FROM PROSECUTION
TO THE DEFENDANT STATE*

ESTUDO SOBRE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: O APARECIMENTO DA DEFENSORIA COMO EQUILÍBRIO DO SISTEMA DE JUSTIÇA - DO ESTADO ACUSADOR AO ESTADO DEFENSOR

STUDY ON TRANSITIONAL JUSTICE: THE CREATION OF PUBLIC DEFENSE AS A BALANCE IN THE SYSTEM OF JUSTICE – FROM PROSECUTION TO THE DEFENDANT STATE

Daniela Corrêa Jacques Brauner

*Defensora Pública Federal
Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Rio Grande do Sul, Brasil.*

daniela.jacques@dpu.def.br

RESUMO

O texto apresenta a importância da criação da Defensoria Pública pelo Estado para contrapor o Estado-acusador que se sobrepunha no período de ditadura militar. Apresentou-se como necessária ao avanço dos resquícios de autoritarismo do período a estruturação da Defensoria Pública como promotora dos direitos humanos para o equilíbrio do sistema de Justiça. Apresentou-se a criação das Defensorias Públicas como resultado do processo de democratização e de consolidação de direitos humanos, buscados pela Constituição de 1988. No entanto, salienta-se que, embora haja uma previsão normativa nesse sentido, é preciso, de fato, implementar e efetivar a Instituição como forma de equilibrar o sistema de justiça tão direcionado a mecanismos de repressão do Estado diante do fortalecimento vivenciado pelo Estado-acusador. A análise do sistema carcerário no Brasil é um forte indício da necessidade de mecanismos de controle, como por exemplo, o estabelecimento de audiências de custódia e a participação das Defensorias no processo de prisões cautelares.

Palavras-chave: Justiça de Transição. Autoritarismo. Defensoria Pública. Direitos humanos.

ABSTRACT

The article presents how important the Public Defense is to balance the System of Justice, in opposition to prosecution. It shows the importance of the institution in democracy and for the consolidation of all human rights, which was an objective of 1988 Brazilian Constitution. However, the real implementation of the Public Defense is necessary. The analysis of the prison system is an element to discuss the controls mechanism, which includes the custody hearing and the participation of public defenders during the custody prisons.

Keywords: Transitional Justice. Authoritarianism. Public Defense. Human Rights

Data de submissão: 16/03/2017

Data de aceitação: 19/08/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. DA CRIAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CONTROLÁRIO DO REGIME DEMOCRÁTICO DE DIREITO 2. PELO DIREITO AMPLO À DEFESA OU O DIREITO À AMPLA DEFESA: O CIDADÃO FRENTE AO ESTADO E O ESTADO FRENTE AO CIDADÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O período de ditadura, no Brasil, foi marcado por prisões arbitrárias, violência dos órgãos repressores, desaparecimentos e assassinatos sob os auspícios do Estado de Exceção. Segundo apontado pela doutrina, a ditadura brasileira contou com ampla adesão das instituições do sistema de justiça ao aparato da repressão, legando um modelo de

autoritarismo legalista.¹ Passados quase trinta anos do final do golpe, a Organização das Nações Unidas (ONU) acusa o Brasil a respeito da situação das prisões no País. Os números revelados são estarrecedores: “O Brasil tem a 4ª maior população carcerária do mundo e mais de 217 mil pessoas ainda aguardam julgamento, ou seja, 44% dos presos não tem sentença final condenatória.” Para o informe da ONU, “a presunção de inocência que consta na Constituição parece que na prática foi abandonada pelos juízes”. Ainda, o “número elevado de detentos em prisões sem um julgamento pode ser a consequência da falta de habilidade do sistema judiciário em processar os casos de forma eficiente.”

Além das questões envolvendo a quantidade e a identidade dessas pessoas presas, quase que na totalidade negras e de baixa renda, recentemente foi divulgada a 8ª edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública,² apontou que “os policiais brasileiros mataram, entre 2009 e 2013, uma média de seis pessoas por dia”. Esse mesmo relatório revelou que os negros são 30,5% mais vítimas de homicídios no Brasil. Na avaliação de Renato Sérgio de Lima, vice-presidente do Fórum Brasileiro de Segurança Pública: “nossas forças policiais, Ministério Público e Judiciário estão batendo a cabeça.”³

Dessa feita, mesmo com a inauguração de um regime democrático de direito que pôs fim a uma era de repressão a direitos fundamentais do cidadão, o Estado não assegura, da forma como deveria, esses direitos e tem sido apontado ainda como o violador das liberdades e da integridade dos indivíduos. Ao que parece, o **inimigo**⁴ apenas mudou: os desaparecidos de hoje são **Amarildos**⁵, **Antônios**⁶; ou tantos

¹ ABRÃO, P.; TORELY, M. D. Democratização e direitos humanos: compartilhando experiências da América Latina. In: REÁTEGUI, F. **Justiça de Transição**: Manual para a América Latina, 2001, p. 28.

² Vide <http://www.forumseguranca.org.br/>. Acesso em: 21 nov. 2014.

³ <http://posticsenasp.ufsc.br/2014/11/11/8a-edicao-do-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/>.

⁴ A expressão era de utilização comum na época da ditadura militar. Recentemente (08/09/2014), em episódio da Comissão de Verdade o tenente do exército José Conegundes do Nascimento se recusou a comparecer à audiência convocatória sob o argumento de que não colabora “com o inimigo” Vide: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/09/se-virem-nao-colaboro-com-inimigo-diz-militar-comissao-da-verdade.html>. Acesso em: 27 nov. 2014.

⁵ Amarildo Dias de Souza é um ajudante de pedreiro que ficou conhecido nacionalmente por conta de seu desaparecimento, desde o dia 14 de julho de 2013, após ter sido detido por policiais militares e conduzido da porta de sua casa, na Favela da Rocinha, em direção à sede da Unidade de Polícia Pacificadora do bairro. Seu desaparecimento tornou-se símbolo de casos de abuso de autoridade e violência policial. Os principais suspeitos no desaparecimento de Amarildo são da própria polícia. Vide http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Amarildo. Acesso em: 21 nov. 2014.

⁶ O caso ficou conhecido como Amarildo do DF. Ele desapareceu após ter sido supostamente flagrado entrando na chácara de um Policial Militar e ter sido detido e encaminhado à Delegacia. Vide <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2013/10/para-atuacao-sobre-desaparecido-no-df-oab-quer-dados-do-caso-amarildo.html>. Acesso em: 21 nov. 2014.

outros Joãos, Paulos, Sérgio que preenchem as estatísticas antes mencionadas, vítimas de assassinatos ou superlotando os presídios pelo Brasil.

Assim, muito embora tenhamos 25 anos da promulgação da Constituição-cidadã, alguns resquícios de autoritarismo permanecem em nossas instituições. Por essa razão, reforça-se a necessidade de que o processo de Justiça de Transição⁷ seja aprimorado em todas as suas fases que compreendem, além da verdade e memória, reparação às vítimas, julgamento dos perpetradores, e reforma das instituições que carreguem ainda herança desse período. Dessa feita, propõe-se à análise do sistema de justiça, revelando que uma reforma deveria levar em conta a consolidação do Estado-defensor com o incremento da Defensoria Pública e com mecanismos de fortalecimento do direito de defesa do cidadão frente ao Estado.

1. DA CRIAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO COROLÁRIO DO REGIME DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O relatório apontado pelas Nações Unidas sobre prisões arbitrárias revela a necessidade de se rever o sistema de justiça e sua (in)adequação como garantia de direitos, pelo menos para grande parte da população. É interessante observar que, uma década antes, em 2004, a ONU já apontava que o sistema de justiça brasileiro não assegurava de forma efetiva para a parcela mais pobre do país o acesso adequado ao Poder Judiciário.⁸ Desde então, promoveram-se diversas reformas, dentre as quais a chamada reforma do Poder Judiciário, visando a imprimir-lhe características mais democráticas e republicanas e, dentre esses aspectos, a preocupação com o fortalecimento das defensorias públicas.

Historicamente, o sistema de justiça tem se firmado em torno do Poder Judiciário e esse

⁷ ZYL, P. Promovendo a Justiça Transacional em Sociedades Pós-Conflito. In: REÁTEGUI, F. **Justiça de transição: Manual para América Latina**. 2011, p. 77.

⁸ Vide: “*The report identifies the system’s main shortcomings as follows: problems with access to justice, its slowness and notorious delays, the fact that there are very few women or people of African descent or indigenous origin in top positions in the judiciary, a tendency towards nepotism and the non-use of competitive examinations to appoint judicial staff [...] Of all these shortcomings, the most serious is without doubt the first, since a large proportion of the Brazilian population, for reasons of a economic, social or cultural nature or social exclusion, finds its access to judicial services blocked or is discriminated against in the delivery of those services [...] Delays in the administration of justice are another big problem, which in practice affects the right to judicial services or renders them ineffective. Judgements can take years, which leads to uncertainty in both civil and criminal matters and, often, to impunity*” UNITED NATIONS. **Civil and Political Rights**, 2005. (Including the Questions of Independence of the Judiciary, Administration of Justice and Impunity).

tem sido apontado como único protagonista no gerenciamento de diversos aspectos relacionados ao acesso à justiça e também responsável pelas falhas decorrentes de violações de direitos. A Constituição de 1988, de forma inovadora, alocou, junto com o Poder Judiciário, outros órgãos essenciais à função jurisdicional do Estado. Nesse ponto, no capítulo IV “Das Funções Essenciais à Justiça”, referiu-se à Defensoria Pública para incumbir-lhe “a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.” A Constituição de 1967 apenas continha um capítulo destinado ao Poder Judiciário e, dentro desse, ao Ministério Público dando ênfase à função acusatória no processo jurídico. Muito embora a Constituição de 1934 e a de 1946 tenham determinado ao Poder Público assegurar a assistência judiciária aos necessitados, nenhum avanço foi observado quanto à criação de órgãos específicos para esse fim até a década de 1970, sendo que os primeiros cargos de defensores públicos remontam meados da década de 1950 dentro da Procuradoria Geral de Justiça.⁹

Assim, a instituição da Defensoria Pública se identifica com o regime democrático de direito. A Constituição de 1988 inaugura esse Estado Democrático de Direito (art. 1º), colocando em pé de igualdade com o Estado-acusador a determinação para a criação de um órgão específico para a defesa dos hipossuficientes. É o reconhecimento pelo Estado de que não basta assegurar uma lei de assistência judiciária de isenção de custos e emolumentos,¹⁰ senão é preciso, mais do que convênios com advogados privados, a instituição de um órgão especificamente dirigido a esse propósito.

No entanto, apesar da previsão constitucional, antes de 1990, havia defensorias públicas em apenas sete estados brasileiros, segundo pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica

⁹ ROCHA, J. L. **História da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro**, 2004, p. 7.

¹⁰ Lei 1.060/50: “Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei. (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986).

Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I - das taxas judiciárias e dos selos;

II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;

V - dos honorários de advogado e peritos.”

Aplicada (IPEA).¹¹ Esse número cresce de modo substancial a partir dos anos 1990, quando mais dez estados estabelecem essas instituições. Os outros oito estados criariam as suas defensorias públicas apenas nos anos 2000, com as duas últimas delas tendo sido criadas por lei em 2011, no estado do Paraná, e em 2012, no estado de Santa Catarina por força de decisão do Supremo Tribunal Federal.

No âmbito federal, apenas após mais de cinco anos da publicação da Constituição, a Lei 9.020/95, decorrente da MP 930/95, criou, em caráter emergencial e provisório, a Defensoria Pública da União com atuação perante todas as instâncias da Administração Federal e do Poder Judiciário da União – Justiça Federal, Militar, Eleitoral e do Trabalho, sem criar cargos específicos, mas transformando os antigos advogados de ofício da Justiça Militar e da Procuradoria Especial da Marinha em defensores públicos.

Em 2001, foram criados cargos para defensores públicos da União, mesmo assim de forma bastante tímida. Nessa última década, a Defensoria Pública da União cresceu substancialmente, estando presente em todas as Seções Judiciárias Federais das capitais e muitas subseções do interior, nos Tribunais Regionais Federais, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, além da Justiça Militar. Em 2012, a Lei 12.763 criou 789 cargos de defensor público federal. No entanto, mesmo com a disponibilidade de cargos, falta orçamento para provê-los. Ainda não há efetiva atuação na Justiça do Trabalho, salvo em algumas unidades isoladas, e na maioria das seções judiciárias da Justiça Federal.

Somente em 2013, com a Emenda Constitucional n.º. 74, foi conferida à Defensoria Pública da União autonomia administrativa e orçamentária, o que ocorreu em 2004, com a Emenda Constitucional n.º. 45 (Reforma do Judiciário) a todas as Defensorias Públicas Estaduais. Configurou-se, a partir daí, um órgão oficial de assistência jurídica autônomo em relação ao Poder Executivo, ausente de limitações e disponível a todos os cidadãos carentes brasileiros em quaisquer dos planos federativos.

Mas, ainda faltava tutuar, na Carta de Direitos, duas dimensões de prerrogativas, essenciais à dignificação da Defensoria Pública no cenário jurídico-constitucional brasileiro, e tal ocorreu com a Emenda Constitucional n.º 80/2014. Em um primeiro plano, a norma constitucional derivada garantiu a paridade numérica entre o Estado-julgador e o Estado-defensor, estabelecendo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que:

¹¹ Fonte: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/a-defensoria-publica>. Acesso em: 21 nov. 2015.

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.

Em um segundo plano, a emenda constitucional fez ruir décadas de disparidade institucional elevando, em seção própria do Texto, a Defensoria Pública do Brasil ao mesmo patamar jurídico-constitucional de instituições análogas da República como o Ministério Público e o Poder Judiciário, tanto no que concerne ao regime jurídico de seus membros, quanto no que diz respeito à prerrogativa de iniciativa de processo legislativo, nos temas sensíveis à Instituição, alterando-se o art. 134 da Constituição.¹²

Essa igualdade de propósito do constituinte em elevar o papel do Estado-defensor, instituindo um órgão específico para esse fim, por meio da instalação de defensorias públicas, é uma preocupação de órgãos internacionais destinados à defesa dos direitos fundamentais. Nesse sentido, as Resoluções AG/Res. nº 2656, 2714 e 2801 da Organização dos Estados Americanos (OEA) recomendam aos Estados membros que instituem, no seu sistema de justiça, defensorias públicas.

Recentemente, a Secretaria de Reforma do Judiciário reforçou a necessidade de equilibrar o Estado-acusação com o Estado-defensor por meio do fortalecimento da Defensoria Pública, mas, ao mesmo tempo, admitindo a ausência da instituição em diferentes esferas:

A existência de defensores públicos em todas as seções judiciárias é defendida pelo Ministério da Justiça, no âmbito federal, estadual e dos municípios. Onde houver um juiz e um promotor de justiça deve haver, necessariamente, um defensor público. Não podemos admitir um Estado em que os órgãos de acusação, julgamento e defesa estejam em desequilíbrio. Nesse sentido, é importante destacar

¹² 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.

§ 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.»

a atuação da Secretaria de Reforma do Judiciário na defesa da universalização e da interiorização dos serviços da Defensoria Pública em todo território brasileiro.

Dados do Índice Nacional de Acesso à Justiça (Inaj), desenvolvido pelo Projeto Atlas do Acesso à Justiça, revelam que, em território nacional, todas as unidades da federação contam com, pelo menos, 108 advogados, cinco juízes e dois promotores para cada grupo de 100 mil habitantes. Em se tratando de Defensoria Pública, há estados como Goiás, Paraná e Santa Catarina que sequer contam com um defensor por grupo. Essa situação não pode continuar. Faltam Defensores Públicos. Falta Defensoria.¹³

A existência de defensores públicos capacitados para atender à população de baixa renda, sobretudo no sistema carcerário e acusatório, foi apontada pela Organização das Nações Unidas como reforma necessária no sistema de justiça, reforçando a existência de prisões arbitrárias:

O problema com o acesso à justiça para os detidos tem sido agravado pela falta grave e, por vezes, inexistência de assistência jurídica efetiva. Uma queixa comum ouvida de todas as partes entrevistadas, incluindo membros do Judiciário, foi a de que não há defensores públicos suficientes ou assistência jurídica disponível para atender aqueles que estão em detenção. A maioria dos que estão na prisão são homens jovens e negros de famílias pobres e que não podem pagar advogados privados. O Grupo de Trabalho observou que, em geral, a maioria das pessoas em desvantagem no sistema de justiça criminal, inclusive adolescentes e mulheres, eram pobres e não podiam pagar os meios para uma defesa jurídica adequada.

A sobrecarga de trabalho dos defensores públicos também é um problema crítico. Os defensores públicos que prestam assistência jurídica gratuita podem ter de lidar com até 800 casos ao mesmo tempo. Isso impactou negativamente o direito de um detento à igualdade e julgamento justo. (...)

Devido à falta de assistência jurídica adequada, o Grupo de Trabalho encontrou muitos casos em que os detentos tinham direito a benefícios, como passar de um regime fechado para um regime semi-aberto, o que não poderia ser obtido devido à ausência de assistência jurídica para garantir esse direito. (...) O Grupo de Trabalho observou que a liberação em massa de presos pelo Conselho Nacional de Justiça nos últimos dois anos é prova de que o sistema de justiça criminal tem uma grave falta de

¹³ CAETANO, F. C. **Acesso à Justiça**: Ministério da Justiça busca fortalecer Defensorias Públicas. Conjur. Publicado em 22 mai. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-22/flavio-caetano-ministerio-justica-busca-fortalecer-defensoria>. Acesso em: 21 nov. 2015.

fornecimento eficaz e adequado de assistência jurídica que pode ajudar no acompanhamento do caso de um detido. A natureza arbitrária desses casos é ainda exemplificada pelo fato de que aqueles que se qualificam para a liberação ou para os benefícios são os economicamente desfavorecidos, que não podem pagar assistência jurídica privada para ajudar em seu caso.

Embora o Constituinte tenha assegurado no plano normativo a sistematização da Defensoria Pública para a população carente, na prática, faltam defensores, falta orçamento, e não se reconhece aos membros da instituição os mesmos direitos e prerrogativas do Ministério Público e do Poder Judiciário. Não basta apenas no plano normativo realçar o papel do Estado-defensor, senão é preciso meios para provê-los.

Deve ser reforçado que, no sistema de justiça, certos direitos destacam-se por seu caráter instrumental, a exemplo do acesso à justiça, o qual se torna um dos elementos centrais para o processo de democratização das sociedades contemporâneas.¹⁴ Conforme acentua Danielle Annoni:

Essa necessidade, cada dia mais evidente, de se tutelar de forma eficaz os direitos dos cidadãos, é produto de uma reflexão internacional acerca do conceito de direito fundamental ao acesso à prestação da Justiça (acesso à Justiça), que deve ser assegurado pelo Estado contemporâneo.¹⁵

2. PELO DIREITO AMPLO À DEFESA OU O DIREITO À AMPLA DEFESA: O CIDADÃO FRENTE AO ESTADO E O ESTADO FRENTE AO CIDADÃO

A Constituição de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais, considerando o período histórico que a precedeu. A sua inserção no início do texto constitucional, bem como a sua amplitude (setenta e oito incisos e 4 parágrafos no art. 5º) denotam a intenção do Constituinte de emprestar-lhes significado especial. Imprimiu-lhes eficácia imediata, vinculando todos os órgãos e poderes do Estado ao seu cumprimento e à sua proteção.

¹⁴ ROCHA, J. L. *História da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*, p. 28. 2004.

¹⁵ ANNONI, D. *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*, 2006, p. 18.

Conforme acentua Mendes, “os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva (...), pois formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.”¹⁶

Garantiu-se, por meio da enumeração de direitos, garantias amplas de defesa do cidadão frente ao Estado, dentre as quais se destacam: a fiscalização pelo Poder Judiciário de qualquer violação ou ameaça de violação a direitos fundamentais,¹⁷ a integridade do preso,¹⁸ o devido processo legal,¹⁹ a ampla defesa com todos os meios disponíveis,²⁰ inclusive a assistência de advogado, bem como a presunção de inocência,²¹ entre tantos outros.

Logo após a promulgação da Constituição, o Brasil comprometeu-se internacionalmente com o respeito a tais garantias, sob pena de o Estado ser responsabilizado por violações de direitos humanos, aumentando a garantia do cidadão, podendo colocar o Estado no banco dos réus nos Tribunais Internacionais.

Esses compromissos são uma promessa do Estado brasileiro²² no sentido de romper com o passado em que, não raras as vezes, o próprio Estado constituía o protagonista dessas violações. Por isso, autores como Bobbio²³ salientam a historicidade dos direitos humanos como forma de romper com um passado em que o Estado se mostrou frágil em protegê-los.²⁴

No Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966²⁵, também se enumeram direitos relacionados à garantia do cidadão frente ao Estado, quanto ao encarceramento e à atuação das autoridades envolvidas. Em particular, o art.

¹⁶ MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**, 2004, p. 2.

¹⁷ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito:

¹⁸ XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

¹⁹ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal

²⁰ Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

²¹ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

²² A referência à promessa é de François Ost como uma referência ao futuro menos imprevisível, colocando-o na esfera da normatização. OST, F. **O Tempo do Direito**, 1999, pp. 197 e segs.

²³ BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**, 1992, pp. 5-10.

²⁴ PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**, 1998.

²⁵ Internalizado pelo Decreto n. 592 de 06 de julho de 1992.

9º fornece as salvaguardas contra a privação arbitrária de liberdade, devendo todo preso ser conduzido à presença do juiz.²⁶

No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de San José,²⁷ reforça compromissos do Estado brasileiro em fortificar o direito do cidadão frente ao Estado, garantindo-lhe que não seja vítima de prisões arbitrárias, bem como do aparato de repressão do Estado no suposto combate à criminalidade.²⁸ Nessa Convenção, também está estabelecido que todo detido deva ser encaminhado imediatamente à presença da autoridade judicial. Trata-se da chamada audiência de custódia.²⁹

²⁶ ARTIGO 9

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição.

²⁷ Internalizada pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.

²⁸ Nesse sentido, reforça o informe do Grupo de Trabalho da ONU: “O Grupo de Trabalho reconhece os difíceis desafios que o Brasil enfrenta na luta contra incidentes crescentes de atividades criminosas, como homicídios, violência de gangues, tráfico de drogas e de seres humanos, e assim por diante. Neste contexto, observa que frequentemente a pressão pública e social apoiam legislações e políticas governamentais que são duras com o crime. No entanto, o Grupo de Trabalho adverte que as políticas governamentais e ações relacionadas à privação de liberdade no nível federal e estadual devem respeitar plenamente e estar em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos, as mesmas que a República Federativa do Brasil aprovou por meio dos acordos já assinados e ratificados. Estes padrões internacionais claramente fornecem proteção contra a privação arbitrária de liberdade. Vide <http://www.forumseguranca.org.br/>. Acesso em: 21 nov. 2014

²⁹ Art. 7º. 5. - Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Segundo o informativo formulado pelas organizações Associação pela Reforma Prisional (ARP), Conectas Direitos Humanos, Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto de Defensores de Direitos Humanos (DDH); Instituto Sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC); e Justiça Global e Carcerária Nacional, a apresentação ao juiz da pessoa presa em 24 horas é a maneira mais célere de evitar prisões arbitrárias, desnecessárias e com abuso de autoridade. Nesse sentido:

A audiência de custódia servirá para que o juiz i) analise a legalidade e necessidade da prisão e ii) verifique eventuais maus tratos ao preso havidos até ali, podendo determinar a imediata apuração de qualquer abuso que venha a tomar conhecimento. No que diz respeito ao controle de legalidade da prisão poderá o juiz no momento da audiência de custódia: i) relaxar a prisão em flagrante ilegal; ii) decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão; iii) manter solta a pessoa suspeita da prática de determinado delito, se verificar ausentes os pressupostos de cautelaridade previstos no art. 312 do CPP.³⁰

Mesmo que o Judiciário brasileiro já tenha reconhecido, por diversas vezes, que a prisão cautelar é medida excepcional,³¹ o alto índice de sua ocorrência revela que, na prática, essas medidas têm sido utilizadas indistintamente, e que essa população, sobretudo de baixa renda, não tem acesso efetivo à justiça. A inobservância do procedimento da audiência de custódia pelo Poder Judiciário é um dos elementos que têm sido apontados, pelas Defensorias Públicas, como violadores de direitos fundamentais relativos à proteção da liberdade.

Recentemente, esse debate voltou aos fóruns judiciais. O Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, fez referência que, no Brasil, “a prisão passou a ser a regra e a liberdade exceção entre os acusados”.³² A implantação efetiva da audiência de custódia, buscada pelas Defensorias Públicas, tem sido criticada justamente pela autoridade policial estatal que busca, por meio da ação direta de inconstitucionalidade n.º 5.240, declarar a

³⁰ http://www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf. Acesso em: 20 fev. 2015.

³¹ “A prisão cautelar não pode — e não deve — ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar — que não deve ser confundida com a prisão penal — não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal” STF, HC 98.821/CE, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 9-3-2010, DJe de 16-4-2010.

³² *Vide* <http://www.conjur.com.br/2015-fev-08/agora-brasil-prende-depois-apurar-marco-aurelio>. Acesso em: 20 fev. 2015.

suspensão de provimento do TJ/SP, que determinou a apresentação do preso à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Até mesmo a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages) tem apresentado óbices ao cumprimento dessa medida.³³ Atualmente, as audiências de custódia são uma realidade em muitas unidades da federação, muito embora o índice de prisão provisória mantenha-se alto.³⁴

Como forma de buscar diminuir esses índices e assegurar defesa ao cidadão marginalizado, em 2007, foi publicada a Lei nº. 11.449/07, que alterou o art. 306 do Código de Processo Penal, determinando que a autoridade policial deverá encaminhar o auto de prisão em flagrante não apenas ao juiz competente, senão também à Defensoria Pública, caso o acusado não informe nome de advogado.

Essa lei vem a reafirmar a necessidade de serem observados os princípios constitucionais já mencionados, como forma de assegurar ao suspeito pelo cometimento do crime o exercício pleno do contraditório desde o mais remoto momento que tem contra si manejado o poder do Estado de suprimir sua liberdade e contra ele instaurar a ação penal, bem como a imprescindibilidade da Defensoria Pública como agente atuante no sistema de justiça.

Verifica-se que, no plano normativo, está estabelecido o compromisso do Estado brasileiro em assegurar ao cidadão todos os direitos necessários à defesa de sua liberdade e de sua integridade em face de violações perpetradas por todos os seus agentes em nome do Estado. No entanto, o Informe das Nações Unidas publicado em 2014 coloca em cheque a efetividade desses direitos a uma parcela significativa da população brasileira. Deixa-se claro que, não basta a mera declaração de direitos se não houver, também e paralelamente, mecanismos idôneos e capazes de corrigir os desvios e efetivamente exercê-los. Conforme enfatiza Alexandre Morais da Rosa:

Em suma, os Direitos Humanos, com o resgate do caráter político e do presente, deve funcionar como condição de possibilidade para instauração de uma sociedade mais autônoma e democrática, rompendo-se com os discursos jurisdicidas, que acabam incorrendo nos equívocos antecedentes. É que a mera declaração de normas de Direitos Humanos, sem abertura democrática e hermenêutica, devolve ao senso comum teórico a autoridade de atribuição de sentido. E,

³³ <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/delegados-entram-adi-audiencia-custodia>. Acesso em: 20 fev. 2015.

³⁴ Veja reportagem: "Quase 60% das audiências de custódia resultam em prisão no Piauí: Das 1.019 audiências realizadas desde agosto de 2015, 609 ficaram presos. Mais de 60% dos presos do Piauí são provisórios, diz secretaria de Justiça. In: <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2016/06/quase-60-das-audiencias-de-custodia-resultam-em-prisao-no-piaui.html>. Acesso em: 11 dez. 2016.

abdicando-se do processo de atribuição de sentido, não há condições de eficácia dos Direitos Humanos no plano da vida.³⁵

A efetividade desses direitos está relacionada ao problema do acesso à Justiça e à postura do Poder Judiciário para concretizar esses direitos, como forma de afirmar o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a afirmação de Márcio Tomaz Bastos e Pierpaolo da Cruz Bottini na apresentação do II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil:

O grande desafio, atualmente, é solidificar as instituições democráticas capazes de propiciar a concretização do que foi anunciado pela Constituição de 1988. Um dos maiores nós a ser desatado é a questão do acesso à Justiça. (...) A Defensoria é a instituição que tem por objetivo a concretização do acesso à Justiça, ou pelo menos do acesso ao judiciário, sendo, portanto, vital neste processo de efetivação de direitos.³⁶

Na linha do exposto, é preciso a consolidação dos direitos humanos do cidadão frente ao Estado, reforçando o viés de fortalecimento de sua defesa na relação com o Estado-acusador. Não basta apenas a enumeração na Constituição e em Tratados de Direitos Humanos, senão é preciso também que o indivíduo conheça e possa efetivá-los, na prática, no sentido de reivindicá-los, por meio do Estado (Estado-defensor) contra o Estado (Estado-violador).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As violações de direitos humanos relacionadas aos mecanismos de repressão do Estado destinados ao suposto combate da criminalidade estão inseridas no sistema de justiça adotado pelo Estado brasileiro. Esse sistema de justiça é apontado, pelas Nações Unidas, por estar impregnado de forte caráter autoritário em que os direitos de defesa dos indivíduos estão sendo frequentemente violentados. Por isso, demonstrou-se a necessidade de se repensar o papel que vem desempenhando o Estado no seu dever de resguardar a liberdade e a integridade dos cidadãos tal qual se empenhou internacionalmente pela adoção de tratados de direitos humanos.

Os dados apontados no Informe da ONU a respeito das prisões no Brasil apontam que há um número excessivo de pessoas em situação de encarceramento que não estão

³⁵ ROSA, A. M. da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**, 2005.

³⁶ A Reforma Permanente do Poder Judiciário. **Diálogos sobre Justiça**, 2014, pp. 16-23.

necessariamente relacionadas a um aumento da criminalidade no período. Esses índices, juntamente com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, indicam que a parcela mais pobre da população brasileira está exposta a condições degradantes e desumanas no sistema carcerário e têm sido vítimas em número acentuado de homicídios e/ou desaparecimentos pelas autoridades estatais. O documento revela, ainda, que a maioria não teve acesso a nenhum defensor enquanto preso, e que somente foi ter acesso ao juiz no momento do julgamento. O relatório aponta no mesmo sentido do II Diagnóstico da Defensoria Pública e do índice de acesso à justiça do Governo Federal, qual seja, nos locais mais pobres e carentes mais dificultoso o acesso à justiça.

Historicamente, o Estado tem se aparelhado nas funções de repressão com atuação das polícias e do Ministério Público. O resultado tem sido o aumento de homicídios pela autoridade policial e aumento do encarceramento, sobretudo de presos provisórios sem julgamento definitivo. Na análise dos dados apresentados, as vítimas dessa opressão têm sido a população pobre, jovem e, na sua maioria, negra, sem conhecimento de seus direitos e sem acesso à assistência jurídica adequada.

Assim, ao lado do Estado-acusador, é preciso que o sistema de justiça efetive um Estado-defensor ao lado do cidadão. Por essa razão, a Constituição da República previu a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Embora, nos últimos anos, tenha se identificado um crescimento do órgão, ainda é pouco expressiva a sua atuação no sistema de justiça. Isso se deve, em grande parte, à ausência de mobilidade política e ao pouco orçamento destinado à sua efetiva implantação. Tanto é que, ainda, na Defensoria Pública da União vige a Lei que estabeleceu o seu regime de provisoriedade (Lei 9020/95).

Espera-se que, com a efetivação da EC nº. 80, tal situação possa ser sanada. Assim, os direitos de defesa do cidadão, como a vedação à restrição arbitrária da liberdade, consubstanciados em tratados internacionais de direitos humanos, poderão ser arguidos de forma efetiva, equilibrando a força devastadora do Estado acusação.

E, por fim, é preciso mudar a cultura da segregação e da violência (prende-se para depois julgar e atira-se para depois perguntar). Os dados apontam que há, efetivamente, o uso excessivo de medida de privação da liberdade, principalmente antes de sentença definitiva, e de força pela autoridade policial, como política de segurança pública, acreditando, o sistema de justiça, na falácia, de que o maior encarceramento resultaria em menores índices de criminalidade. A efetiva democracia somente será alcançada se esse imaginário

de política de segurança pública juntamente com a ideia de que a defesa do réu e a **proteção do bandido** se dissiparem, de vez, da sociedade brasileira. A defesa do réu é, antes de tudo, a defesa do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, P.; TORELY, M.D. Democratização e direitos humanos: compartilhando experiências da América Latina. In: REÁTEGUI, F. **Justiça de Transição: Manual para a América Latina**. Brasília & Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2001.

ALVES, C. F. **Justiça para Todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ANNONI, D. **Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2006.

BASTOS, M. T.; RENAULT, S. R. T.; BOTTINI, P. C. A Reforma Permanente do Poder Judiciário. **Diálogos sobre Justiça**, número 1, ano I, Brasília, p. 16-23, jan./abril 2014.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAETANO, F. C. **Acesso à Justiça**: Ministério da Justiça busca fortalecer Defensorias Públicas. Conjur. Publicado em 22 nov. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-22/flavio-caetano-ministerio-justica-busca-fortalecer-defensoria>. Acesso em: 21 nov. 2014

CAMPOS, A. G. **Sistema de Justiça no Brasil**: Problemas de Equidade e Efetividade. Texto para Discussão n. 1328. Brasília: IPEA, 2008. Disponível em: http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_1328.pdf.

MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OST, F. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1998.

ROCHA, J. L. **História da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROSA, A. M. da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SADEK, M. T. A. Democratização do Acesso à Justiça. **Diálogos sobre Justiça**, número 1, ano I, Brasília, p. 24-37, jan./abril 2014

UNITED NATIONS. **Civil and Political Rights**. New York: United Nations, 2005. (Including the Questions of Independence of the Judiciary, Administration of Justice and Impunity).

ZYL, P. Promovendo a Justiça Transacional em Sociedades Pós-Conflito. In: REÁTEGUI, F. **Justiça de transição: Manual para América Latina**. Brasília & Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR
MEIO DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DA
DEFENSORIA PÚBLICA

Guilherme Gomes Vieira

*THE RESOLUTION OF CONFLICTS THROUGH THE
MEDIATION LINKED TO THE PUBLIC DEFENDER*

A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DA DEFENSORIA PÚBLICA

*THE RESOLUTION OF CONFLICTS THROUGH THE MEDIATION LINKED TO THE PUBLIC
DEFENDER*

*Guilherme Gomes Viera
Advogado*

*Pós-graduando em direito processual civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.
Brasília, Brasil*

guigagv@gmail.com

RESUMO

Uma das finalidades da mediação é a de contribuir para o reestabelecimento das relações pessoais por intermédio de diálogos que promovam o respeito e a cooperação, considerando-se, para tanto, a situação de vulnerabilidade dos participantes. No Brasil, a mediação recebeu notável estímulo, inclusive na seara legislativa – com a promulgação da Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015, e do Código de Processo Civil de 2015, o que evidencia a importância atribuída ao referido instituto. Este estudo aborda a mediação como instrumento para a resolução de conflitos e visa à verificação da compatibilidade entre o aludido método de resolução de conflitos e os serviços prestados pela Defensoria Pública, verificando projetos instituídos por diferentes Defensorias Públicas. Posteriormente, analisa-se, de modo detalhado, o Projeto de Mediação e Conciliação para Resolução de Conflitos Extrajudiciais, promovido pela Defensoria Pública do Distrito Federal, o qual evidencia o sucesso do uso de mediação como instrumento de resolução de conflitos no âmbito da Defensoria Pública. Conclui-se que é interessante haver estímulos ao implemento de projetos vinculados à mediação no âmbito da Defensoria Pública, sobretudo em razão do fomento à resolução extrajudicial de litígios e dos benefícios obtidos pela sociedade.

Palavras-chave: Mediação. Defensoria Pública. Vulnerabilidade. Resolução de conflitos. Solução extrajudicial.

ABSTRACT

One of the purposes of mediation is to contribute to the reestablishment of personal relationships through dialogue that promotes respect and cooperation, considering, therefore, the situation of vulnerability of the participants. In Brazil, mediation received a remarkable stimulus, even in the legislative sphere - with the enactment of Law no. 13,140, of June 26th, 2015 and the Code of Civil Procedure of 2015, which shows the importance given to this institute. This study deals with mediation as an instrument for the resolution of conflicts and aims at verifying the compatibility between the aforementioned method of conflict resolution and the services provided by the Public Defender, verifying projects instituted by different Public Defenders. Subsequently, a detailed analysis of the Project for Mediation and Conciliation for Resolution of Extrajudicial Conflicts, promoted by the Public Defender of the Brazilian Federal District, which evidences the success of the use of mediation as a conflict resolution instrument within the scope of the Public Defender's Office. It is concluded that it is interesting to have incentives to implement projects related to mediation in the scope of the Public Defender's Office, mainly because of the promotion of out-of-court settlement of litigation and benefits obtained by society.

Keywords: Mediation. Public Defender's Office. Vulnerability. Conflict resolution. Out-of-court settlement.

Data de submissão: 20/03/2017

Data de aceitação: 13/06/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS 2. A MEDIAÇÃO NA DEFENSORIA PÚBLICA 3. O PROJETO DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EXTRAJUDICIAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública é a “instituição de Estado destinada a prestar atendimento jurídico integral às pessoas em situação de vulnerabilidade econômica ou social”¹. Desse modo, vê-se que aludida instituição está fortemente vinculada ao conceito de acesso à justiça.

Noutra esteira, a Defensoria Pública auxilia na concretização do Estado Democrático de Direito, o qual, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro mediante previsão expressa da Constituição Federal, reflete a importância vinculada à cidadania e à presença no âmbito das discussões públicas.²

Nesse contexto, nota-se um fenômeno intensificado diariamente, denominado crise da jurisdição. Em decorrência da globalização – e de seus inúmeros reflexos em diversas searas –, houve um estímulo no que concerne à confecção de demandas sociais traduzidas em ações judiciais. Desse modo, em face desse panorama, “o Poder Judiciário mostrou-se despreparado para responder a novas demandas sociais de forma eficiente e satisfatória”.³

Considerando a necessidade de efetivação do direito de acesso à justiça e a enorme quantidade de processos judiciais em trâmite (99,7 milhões de processos em 2014, de acordo com relatório do Conselho Nacional de Justiça⁴), métodos alternativos de resolução de conflitos são estimulados, visando à melhor resposta para a lide e à menor duração do processo.

1. A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Conforme mencionado, o Poder Judiciário enfrenta a crise da jurisdição, a qual o impede de “exercer a função jurisdicional de forma célere, eficaz e desburocratizada”⁵. Impede, portanto, a

¹ GODOY, A. E. de. **Conflitos habitacionais urbanos**: atuação e mediação jurídico-política da defensoria pública, 2015, p. 121.

² CARVALHO NETTO, M. de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, M. A. C. de (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**, 2004, p. 34-37.

³ VASCONCELOS, F. H. de. **Advocacia negocial**: promoção do acesso à justiça pela desjudicialização dos conflitos, 2014, p. 75.

⁴ BRASIL. **Dados estatísticos**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 17 mar. 2017.

⁵ VASCONCELOS, F. H. de. **Advocacia negocial**: promoção do acesso à justiça pela desjudicialização dos conflitos, 2014, p. 39-40.

concretização de princípios constitucionais, notadamente no que concerne à razoável duração do processo e à efetiva apreciação de lesão ou ameaça a direito.

Importante destacar que não apenas deve ser assegurado aos jurisdicionados a celeridade na tramitação do processo judicial. É preciso, de forma concomitante e complementar, garantir a qualidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, consoante o que estabelece o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, a qual é refletida na substancial fundamentação utilizada pelos magistrados.

É incabível, desse modo, cogitar que a solução para a morosidade do judiciário equivalha à padronização e à massificação de decisões judiciais sem que haja a necessária análise das peculiaridades do caso concreto. Ressalta-se que existem técnicas válidas previstas no ordenamento jurídico brasileiro que auxiliam na efetivação da razoável duração do processo⁶. Entretanto, é preciso haver cautela para não transformar a atividade jurisdicional em mero cálculo aritmético reproduzido em demandas, sob pena de se transpor o problema da quantidade para a seara da qualidade.

Diante do cenário da crise da jurisdição e, conseqüentemente, da obstrução do Poder Judiciário, surgiram métodos alternativos de resolução de conflitos, a exemplo da mediação, sem prejuízo do reconhecimento da indispensabilidade do exercício jurisdicional.

Mediação é o procedimento voluntário em que um terceiro intermedeia o conflito entre indivíduos, de forma a permitir a identificação dos aspectos favoráveis e desfavoráveis para a efetiva construção de soluções adequadas. Permite-se, portanto, a concretização da comunicação mediante a autonomia da vontade das partes. Sobre o tema, esclarece Muñoz:

*La mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes: son las partes las que llegan a un acuerdo, libremente, y auxiliadas por un tercero, que, consecuentemente, ha de ser imparcial.*⁷

De acordo com Lília Sales, “a mediação tem por finalidade aproximar as partes e estimular, através do diálogo, o resgate dos objetivos comuns que possam existir entre os indivíduos

⁶ Súmula vinculante, recursos repetitivos, incidente de resolução de demandas repetitivas, entre outros.

⁷ MUÑOZ, H. S. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el Proceso Civil Español. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, ano 3, v. 3, jan-jun. 2009. “A mediação é um procedimento pelo qual um terceiro imparcial ajuda as partes em conflito a chegar a um acordo. A essência da mediação que reflete essa definição é a autonomia da vontade das partes: são as partes que chegam a um acordo, livremente e auxiliadas por um terceiro, que conseqüentemente, deve ser imparcial” (traduzi).

que vivenciam determinados problemas”⁸. Aludido método extrajudicial de resolução de conflitos proporciona, portanto, as melhores soluções possíveis aos mediados, no sentido de que propicia a construção conjunta do acordo, observando-se os interesses de todos os envolvidos. Nesse sentido, lecionam Miranda e Mota:

Dessa maneira, a mediação tenta demonstrar que é possível uma solução para o conflito em que ambas as partes ganhem, tentando, por meio do diálogo, restaurar as benesses que fizeram parte da relação, reconhecer e conhecer os conflitos reais oriundos dos conflitos aparentes perfilados pelos envolvidos, suscitar o questionamento da razão real do desentendimento, provocar a cooperação mútua e o respeito ao próximo ao analisar que cada pessoa tem sua forma de visualizar a questão, facilitar a compreensão da responsabilidade que cada um possui em face do problema e na sua resolução e, assim, encontrar uma saída onde todos aceitem, concordem e acreditem que a divergência será solucionada.⁹

No Brasil, a mediação ganha espaço, de forma contínua, inclusive no âmbito do Poder Legislativo. Nesse sentido, destaca-se a promulgação da Lei nº. 13.140/2015, a qual dispõe sobre a mediação entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Ademais, ressalta-se o Código de Processo Civil de 2015, que estabelece sessão exclusivamente direcionada a conciliadores e mediadores judiciais, evidenciando, ainda mais, a importância do aludido instituto.

A facilitação da comunicação efetiva enseja a aproximação dos mediados, de forma que eles próprios, com o auxílio do mediador, identificam os pontos negativos e os aspectos positivos, proporcionando a adequada compreensão da situação existente.

A norma jurídica, por si só, pode não ser apta a reconhecer, de forma suficiente, eventuais adversidades pessoais. A mediação, por sua vez, possui a faculdade de maximizar alternativas ao, inclusive, averiguar situações ocultas, as quais nem sequer são explicitamente indicadas pelos participantes. Nesse sentido, abordando a identificação de aspectos supostamente invisíveis, leciona Warat:

A mente é a criadora dos conflitos quando não está em sintonia com

⁸ SALES, L. M. de M. **Mediare** (um guia prático para mediadores), 2004. 21 p. 361.

⁹ MIRANDA, A. K. P. C.; MOTA, M. G. O ensino de mediação de conflitos na formação policial: avanços e fragilidades. VIII *Conferencia Internacional del Foro Mundial de Mediación: Tiempo de mediación, liderazgo y acción para el cambio. Libro Digital. Volumen 1. Valencia, España, 18-21 Octubre, 2012, pp. 34-35.*

o sutil e com o invisível. O invisível é o que não pode ser visto no comum das coisas, pois se precisa de olhos mais refinados. A consciência mediadora vem através da sensibilidade que é uma percepção sutil do invisível, uma percepção sutil que unicamente se ganha pela espontaneidade.¹⁰

Noutra esteira, é importante ressaltar que a mediação contribui com o Poder Judiciário, uma vez que evita a judicialização de demandas ao propiciar resoluções extrajudiciais e descentraliza parte do exercício jurisdicional. Vasconcelos esclarece:

É, portanto, através da desjudicialização que se concretiza a descentralização de parte das atividades jurisdicionais. Com ela, setores da sociedade praticam atos que antes eram de exclusividade do Poder Judiciário, contribuindo, dessa forma, para a administração da justiça e para o efetivo acesso à ordem jurídica justa.¹¹

A despeito do auxílio que a mediação proporciona à desobstrução do Poder Judiciário, esse aspecto é apenas uma consequência do referido método alternativo de resolução de conflitos. A principal finalidade da mediação é o resgate do diálogo entre os mediandos por meio da sistematização da linguagem por um terceiro aceito. Assim, propicia-se a percepção do conflito.¹²

Ressalta-se, ainda, que os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos não são promovidos apenas pelo Poder Judiciário. Há instituições essenciais à função jurisdicional que estabelecem programas que abordam a mediação, a exemplo da Defensoria Pública.

2. A MEDIAÇÃO NA DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública é a instituição que fornece assistência jurídica gratuita aos indivíduos que apresentam determinada vulnerabilidade – social ou econômica. Prevista no art. 134 da Constituição Federal Brasileira de 1988, a Defensoria Pública desempenha função essencial jurisdicional do Estado, assegurando a

¹⁰ WARAT, L. A. **Surfando na pororoca**: ofício do mediador, 2004, p. 25.

¹¹ VASCONCELOS, F. H. de. **Advocacia negocial**: promoção do acesso à justiça pela desjudicialização dos conflitos, 2014, pp. 134-135.

¹² DIAS, M. T. F. (Coord.). **Mediação, cidadania e emancipação social**: a experiência da implantação do centro de mediação e cidadania da UFOP e outros ensaios, 2010, pp. 45-47.

preservação do regime democrático e a promoção dos direitos humanos. Assim, “podem recorrer à Defensoria os necessitados, grupos minoritários hipossuficientes, assim como crianças e adolescentes”¹³.

Referida instituição, portanto, assegura, conforme já mencionado, a efetivação do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, estimulando a cidadania e a dignidade da pessoa humana ao garantir, aos assistidos, ferramentas de oposição ao arbítrio e à injustiça.¹⁴ Aludido panorama é evidenciado mediante a previsão do art. 3º-A, incluído pela Lei Complementar 132, de 2009, que prevê, como objetivo da Defensoria Pública, a consolidação do Estado Democrático de Direito.

A relevância da Defensoria Pública é enorme, aspecto esse que se evidencia pela característica de suas funções, essenciais para a sociedade. Nesse sentido, é imprescindível que a administração governamental reconheça a devida importância da Defensoria Pública e providencie os devidos recursos para que o trabalho desenvolvido seja efetivo. Todavia, observam-se dificuldades no que concerne ao adequado reconhecimento por parte dos governos. Sobre o tema, esclarece Moreira:

As Defensorias Públicas, notadamente, nem sempre conseguem imprimir a seu trabalho a eficiência desejável, apesar da competência e da dedicação de tantos defensores. Equipará-las bem é tópico que precisaria assumir posição de maior relevo nas escalas de prioridade da administração pública; mas o que se vê, no particular, é a frequente incoerência entre a declarada preocupação social de muitos governos e o descaso na prática voltado ao assunto.¹⁵

A Lei Complementar nº. 80, de 12 de janeiro de 1994, possui a finalidade de organizar a Defensoria Pública, prescrevendo normas de organização, princípios e diretrizes vinculadas à instituição. Seu art. 2º indica que referida instituição abarca a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e as Defensorias Públicas dos Estados.

¹³ BANDEIRA, R. **Defensoria pública e Ministério Público – o que faz cada um?** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/77307-defensoria-publica-e-ministerio-publico-o-que-faz-cada-um>>. Acesso em: 15 out. 2016.

¹⁴ VASCONCELOS, F. H. de. **Advocacia negocial: promoção do acesso à justiça pela desjudicialização dos conflitos**, 2014, p. 121.

¹⁵ MOREIRA, J. C. B. Efetividade do processo: por um processo socialmente efetivo. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, 2011, p. 10.

O art. 1º da citada Lei, com redação dada pela Lei Complementar nº. 132/2009, estabelece que a Defensoria Pública é instrumento do regime democrático, prevendo “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”.¹⁶ Vê-se, desse modo, a menção expressa à atuação extrajudicial.

Em seu art. 4º, referida Lei estabelece as funções institucionais da Defensoria Pública. Entre elas, destacam-se a promoção prioritária da 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; o incentivo à difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, e o fornecimento de atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições.

Nesse contexto, importante ressaltar que o trabalho realizado por defensores públicos abarca não apenas o manuseio de ações judiciais e de eventuais recursos, como também as orientações jurídicas prestadas aos assistidos e as atuações extrajudiciais propostas.¹⁷

A Defensoria Pública da União confeccionou o processo de planejamento estratégico, em 2012, destacando, dentre os valores organizacionais, o privilégio de soluções extrajudiciais¹⁸. Nesse sentido, Godoy afirma que “a via judicial deve ser utilizada não mais como recurso primeiro, mas sim quando inviável a implementação de instrumentos que viabilizem a autocomposição”.¹⁹

Ademais, o citado plano estratégico elencou diversas perspectivas e objetivos estratégicos vinculados à atuação da Defensoria Pública da União. Assim, foram assinaladas propostas

¹⁶ BRASIL. **Lei Complementar nº. 80**, de 12 de janeiro de 1994, que 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

¹⁷ VASCONCELOS, F. H. de. **Advocacia negocial: promoção do acesso à justiça pela desjudicialização dos conflitos**, 2014, p. 122.

¹⁸ BRASIL. Defensoria Pública da União – Assessoria de Planejamento, Estratégia e Modernização da Gestão. **Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da Defensoria Pública da União**, 2015. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Mapa_dpu_2015_web.pdf>. Acesso em 18 mar. 2017.

¹⁹ GODOY, A. E. de. **Conflitos habitacionais urbanos: atuação e mediação jurídico-política da defensoria pública**, 2015, p. 142.

vinculadas a orçamento e finanças; pessoas, infraestrutura e tecnologia; processos internos; e resultados institucionais. No que tange a estes, ressalta-se a ampliação da atuação extrajudicial, evidenciando que, no âmbito da Defensoria Pública da União, visa-se à promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios, nos termos do art. 4º, inciso II, da Lei Complementar nº. 80/1994.

Complementarmente, destaca-se a Secretaria de Conciliação Extrajudicial e Educação em Direitos (SCE), órgão da Administração superior da Defensoria Pública da União – vinculado à Secretaria-Geral de Articulação Institucional –, que, além de outras competências, incentiva a atuação extrajudicial da aludida instituição.

Ainda no âmbito da Defensoria Pública da União, foi realizada pesquisa para identificar os principais órgãos de onde originam-se os litígios. Verificou-se que, entre janeiro de 2011 e dezembro de 2015, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o Ministério Público da União (MPU), a União e a Caixa Econômica Federal (CEF) representaram 86% das demandas da Defensoria Pública.²⁰

Dessa maneira, foram efetuados termos de colaboração – com ênfase na atuação extrajudicial – com o INSS e com a CEF, o que gerou notável diminuição da quantidade de processos judiciais, proporcionando, desse modo, celeridade no atendimento aos assistidos em assuntos vinculados à previdência social e aos contratos bancários da Caixa Econômica Federal.

Ainda nesse contexto, de acordo com pesquisa realizada pela Defensoria Pública da União, essa instituição realizou, em 2015, 9.742 conciliações extrajudiciais. Ainda de acordo com os dados coletados, o aumento do número de conciliações extrajudiciais efetuadas pela Defensoria Pública da União entre 2011 e 2015 foi de 111%, o que evidencia, mais uma vez, o encorajamento no que concerne às práticas extrajudiciais.²¹

Entre os programas elaborados pela Defensoria Pública da União, cita-se o Projeto de

²⁰ BRASIL. Defensoria Pública da União – Assessoria de Planejamento, Estratégia e Modernização da Gestão. **Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil:** um panorama da atuação da Defensoria Pública da União, 2015. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Mapa_dpu_2015_web.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2017.

²¹ BRASIL. Defensoria Pública da União – Assessoria de Planejamento, Estratégia e Modernização da Gestão. **Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil:** um panorama da atuação da Defensoria Pública da União, 2015. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Mapa_dpu_2015_web.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2017.

assistência jurídica a hansenianos no Maranhão, que venceu, em 2012, a 9ª edição do Prêmio Innovare. Entre as finalidades da aludida iniciativa, destacam-se as “ações relacionadas à reestruturação física do Hospital Aquiles Lisboa, a concessão de pensão especial a indivíduos submetidos à internação compulsória e o fornecimento de próteses e órteses”.²²

O Projeto de assistência jurídica a hansenianos no Maranhão possui “foco em mecanismos extrajudiciais de assistência e articulação com setores do governo e da sociedade civil, a fim de assegurar os direitos e resgatar a cidadania de pessoas atingidas pela doença”.²² Vê-se, novamente, o incentivo à atuação extrajudicial.

Noutra esteira, cita-se o positivo estímulo à promoção de procedimentos extrajudiciais realizado pela Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, que, de acordo com seu relatório anual referente a 2016, realizou 20.169 atuações extrajudiciais, o que revela outro exemplo do implemento do art. 4º, inciso II, da Lei Complementar nº. 80/1994.²³

Ademais, a Defensoria Pública do Rio Grande do Sul promove, mediante convênio firmado há oito anos com a Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação, resoluções extrajudiciais de conflitos. Entre agosto de 2015 e julho de 2016, a equipe realizou o atendimento de 288 casos, sendo que o percentual de êxito na celebração de acordos foi de 62%.²⁴

Além das iniciativas indicadas, ressalta-se a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS), na qual há participação da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, da Defensoria Pública da União e de outros órgãos públicos. Inaugurada em setembro de 2013, a CRLS tem por escopo o “atendimento a pessoas de baixa renda promover a solução de problemas relacionados a pedidos de medicamentos, cirurgias e exames médicos pela via administrativa, evitando ações na Justiça”.²⁵

²² BRASIL. Defensoria Pública da União em Santa Catarina. **Defensoria Pública da União recebe Prêmio Innovare por assistência a hansenianos no Maranhão**. Disponível em: <<https://dpusc.wordpress.com/2012/11/08/defensoria-publica-da-uniao-recebe-premio-innovare-por-assistencia-a-hansenianos-no-maranhao/>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

²³ BRASIL. Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. **Relatório Anual**. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/lista/366/relatorio-anual>. Acesso em: 17 mar. 2017.

²⁴ BRASIL. Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. **Relatório Anual**. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/lista/366/relatorio-anual>. Acesso em: 17 mar. 2017.

²⁵ BRASIL. Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais. **Dois práticas da Defensoria Pública da União concorrem ao Prêmio Innovare**. Disponível em: <http://www.anadef.org.br/ultimas-noticias/1-latest-news/3539-duas-praticas-da-defensoria-publica-da-uniao-concorrem-ao-premio-innovare>. Acesso em: 18 mar. 2017.

Nesse contexto, de acordo com dados fornecidos pela Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais, em seis meses de funcionamento da CRLS, 40% dos casos apreciados foram solucionados administrativamente, o que demonstra o êxito da aludida iniciativa.²⁵

Outro exemplo de projeto que visa à resolução extrajudicial de litígios no âmbito da Defensoria Pública é o Projeto de Mediação e Conciliação para Resolução de Conflitos Extrajudiciais, promovido pela Defensoria Pública do Distrito Federal.

3. O PROJETO DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EXTRAJUDICIAIS

O Projeto de Mediação e Conciliação para Resolução de Conflitos Extrajudiciais, no âmbito da Defensoria Pública do Distrito Federal, foi instituído informalmente em 2012 e oficializado, mediante ato do Defensor Público-Geral da Defensoria Pública do Distrito Federal, no ano subsequente.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios promoveu, em 2012, cursos de mediação visando à capacitação de alguns de seus servidores. Nesse contexto, disponibilizaram-se vagas para entidades vinculadas ao Judiciário, a exemplo da Defensoria Pública do Distrito Federal. Assim, concretizou-se a participação de alguns servidores dessa instituição, que observaram a adequação entre os serviços oferecidos pela Defensoria Pública e a mediação. Ao final dos cursos, foram capacitadas dez mediadoras, as quais implementaram a mediação na seara da aludida instituição. Atualmente, existem aproximadamente vinte e quatro servidores capacitados para realizar mediações no âmbito da Defensoria Pública do Distrito Federal.

Após a verificação dos benefícios resultantes do referido curso, o Defensor Público-Geral da Defensoria Pública do Distrito Federal instituiu, por intermédio da Portaria nº. 112, de 20 de setembro de 2013, o Projeto de Mediação e Conciliação para Resolução de Conflitos Extrajudiciais, que foi fundamentado na Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994.

De acordo com a Portaria n. 112, o citado Projeto considerou que a resolução extrajudicial de litígios promove a conciliação dos envolvidos e obsta a judicialização de demandas. Ademais, consignou que havia necessidade de estabelecer, na Defensoria Pública do

Distrito Federal, serviços de atendimento direcionados à resolução extrajudicial de litígios. Ademais, indicou-se que o instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público tem natureza jurídica de título executivo extrajudicial, conforme dispõe o art. 784, IV, do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, e o art. 4º, § 4º, da Lei Complementar nº. 80/1994.

O art. 1º da aludida Portaria indica que as técnicas de mediação ou conciliação serão utilizadas nos casos em que a Defensoria Pública do Distrito Federal identificar sua viabilidade. Desse modo, vê-se que há certa discricionariedade da instituição no que concerne à aplicação dos procedimentos extrajudiciais.

Por sua vez, o art. 2º da Portaria nº. 112 estabelece que o Projeto seria coordenado pelo Departamento de Atividade Psicossocial (DAP), órgão auxiliar da Defensoria Pública do Distrito Federal que tem “o objetivo de aprimorar o atendimento destinado à garantia dos direitos da população em situação de vulnerabilidade social, assim como promover a qualidade do serviço por meio de atendimento técnico”. A assistência técnica é realizada por equipes interdisciplinares, formadas por psicólogos, assistentes sociais e pedagogos.²⁶

A proposta das mediações no âmbito da Defensoria Pública do Distrito Federal diverge das resoluções extrajudiciais promovidas pelo Tribunal de Justiça Distrital, uma vez que aquela ocorre em momento anterior à propositura de eventual ação judicial, enquanto estas são realizadas durante o trâmite processual, em razão de solicitação do magistrado ou das próprias partes. Isso ocorre porque a Defensoria Pública é o instrumento de acesso ao judiciário por parte de indivíduos hipossuficientes, crianças e adolescentes. Desse modo, os servidores da aludida instituição poderão efetivar a mediação antes da propositura de ação judicial caso verifiquem a possibilidade e viabilidade desse método extrajudicial.

De acordo com entrevista concedida por Aline de Cassia Teixeira Santos, mediadora da Defensoria Pública do Distrito Federal, as mediações realizadas podem abordar questões cíveis ou de família, mas, na prática, observa-se que referidos procedimentos extrajudiciais abarcam majoritariamente aspectos relacionados ao direito de família.²⁷

²⁶ BRASIL. Defensoria Pública do Distrito Federal. **Carta de Serviços da Defensoria Pública do Distrito Federal**. DPDF, Brasília, Edição 2013. Versão única, p. 26. Disponível em: < <http://www.brasilia.df.gov.br/wp-content/uploads/2015/10/CARTA-DE-SERVI%C3%87OS-AO-CIDAD%C3%83O-DEFENSORIA-reduzido.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2016.

²⁷ SANTOS, A. de C. T. **Entrevista concedida a Guilherme Gomes Vieira**. Brasília, 18 out. 2016. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=pvBtqh14u_k. Acesso em: 16 nov. 2016.

Para a entrevistada, nas mediações, as pessoas chegam com um nível elevado de ruído na comunicação (rompimento, construção inadequada ou inexistência), de forma que a mediação restaura o diálogo ao fazer com que os indivíduos percebam que podem resolver seus próprios problemas.

O pronunciamento judicial nem sempre proporciona a solução desejada pelas partes, de modo que ambas potencialmente podem sair descontentes com o resultado. Assim, a decisão proferida pelo magistrado pode gerar novas adversidades. Por outro lado, solução construída pelas partes é mais duradoura e eficiente, uma vez que se propõe o engajamento na construção de propostas que efetivamente funcionem, não havendo que se falar em terceirização do problema para o juiz.

Aline assevera que as relações familiares possuem um caráter contínuo, sendo necessário que a comunicação flua. Assim, tendo em vista que referidas relações abarcam inúmeras variáveis e sentimentos, o diálogo tende a ser prejudicado. Para resolver aludido impasse, o mediador, por intermédio da utilização de técnicas específicas, proporciona o efetivo diálogo entre as partes e, conseqüentemente, a construção conjunta da melhor solução possível para todos.

Nesse contexto, a entrevistada aponta que a existência de filhos menores auxilia na resolução dos problemas via mediação, uma vez que, de algum modo, o elo existente entre os pais é mantido. Assim, tendo em vista que as crianças e os adolescentes configuram a parte mais vulnerável das relações familiares, é preciso proteger suas necessidades primordiais. Desse modo, a mediação também auxilia na manutenção da parentalidade, ainda que haja o rompimento da conjugalidade.

Importante ressaltar que, a despeito de a maioria das mediações familiares envolver filhos menores, a inexistência desses não constitui um óbice à mediação, uma vez que o procedimento apresenta benefícios em comparação com a resolução judicial. A diferença corresponde à menor quantidade de variáveis para se gerir, vez que não há, necessariamente, imprescindibilidade na manutenção da relação entre os cônjuges.

No núcleo de atendimento jurídico ao cidadão da Defensoria Pública, local em que Aline trabalha, os indivíduos hipossuficientes passam por orientação técnica, realizada por servidor da instituição, para ter ciência de seus direitos e das alternativas jurídicas que possui. Caso seja identificada a possibilidade e viabilidade de proceder à mediação, explica-se ao interessado o funcionamento do procedimento extrajudicial e é feito um

convite para sua utilização. Caso a parte demonstre interesse, realiza-se a pré-mediação (sessão individual), aprofundando-se mais no caso concreto. Posteriormente, o servidor entra em contato com a outra parte mediante telefonema, e-mail, fax ou correio. Se houver consentimento, agenda-se um horário para a realização da outra pré-mediação, possibilitando que a outra parte se manifeste. Em seguida, realiza-se a sessão conjunta, viabilizando a construção da melhor solução para as partes.

A depender das circunstâncias do caso concreto, é possível que haja mais de uma sessão conjunta (normalmente quando alguma das partes não dispõe de documentos necessários ou quando há grande polarização das partes, em que não se identifica solução boa para ambas). Para Aline, é importante que o lapso temporal entre as reuniões não seja amplo (para que as partes não percam o objetivo da mediação) ou curto demais (impossibilitando a reflexão das partes).

Na percepção de Aline, a despeito de não haver dados concretos, muitos dos acordos realizados durante o trâmite processual em causas patrocinadas pela Defensoria Pública do Distrito Federal são fruto da mediação realizada antes da propositura da ação judicial. Para ela, o mais importante não é o acordo, mas sim o aperfeiçoamento da lide sociológica, procedimento no qual os envolvidos têm oportunidade de se questionarem sobre a melhor forma de se relacionar com determinada questão e de resolver o conflito. Segundo a mediadora, é possível que, no momento da mediação, os indivíduos não estejam suficientemente preparados para celebrar um acordo, o que não impede sua realização em momento posterior.

Em entrevista concedida, Cristina Vaz Nery de Brito Pinheiro, mediadora da Defensoria Pública do Distrito Federal, informa que nem todos os centros de atendimento dessa instituição possuem mediadoras à disposição. Apenas os núcleos de defesa da mulher (violência doméstica), da infância e juventude (crianças e adolescentes em estado de risco), de mutirão (itinerante), de atendimento jurídico ao cidadão (iniciais cíveis e de família), do núcleo de defesa do idoso e de iniciais de Brasília (ações contra a fazenda pública) dispõem de mediadores²⁸. Desse modo, considerando que há mais de trinta núcleos da Defensoria Pública espalhados pelo Distrito Federal²⁹, percebe-se que o Projeto de Mediação e Conciliação para Resolução de Conflitos Extrajudiciais demanda certa ampliação.

²⁸ PINHEIRO, C. V. N. de B. **Entrevista concedida a Guilherme Gomes Vieira**. Brasília, 21 out. 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tumrq-Hr7BA>. Acesso em: 16 nov. 2016.

²⁹ BRASIL. Defensoria Pública do Distrito Federal. **Núcleos de Atendimento**. Disponível em: http://www.defensoria.df.gov.br/?page_id=2324. Acesso em: 21 out. 2016.

Destaque-se que o Defensor Público-Geral do Distrito Federal anunciou, em 5 de outubro de 2016, a implantação de uma grande unidade de atendimento ao cidadão, localizada em área central de Brasília, sede do Governo do Distrito Federal e capital federal, denominada **Defensoria Aqui**. Referido centro de atendimento ao cidadão “reunirá, em um único lugar, atendimento inicial nas áreas de habitação, transporte, acessibilidade, saúde, família, direito do consumidor e execução penal. Além disso, contará com um centro de mediação e assistência psicossocial”³⁰.

Tendo em vista que as instalações dos núcleos da Defensoria Pública que dispõem de mediadores não são aptas para a efetiva realização da mediação, a unidade **Defensoria Aqui**, que possui salas com melhores condições, auxiliará a qualidade do serviço prestado pelos mediadores. Ademais, ampliar-se-á a atuação da mediação no âmbito da Defensoria Pública, vez que outras áreas poderão ser contempladas com o referido procedimento extrajudicial, e que haverá um conjunto fixo de aproximadamente quinze mediadores, os quais serão auxiliados por mediadores de outros núcleos.

Alguns servidores da Defensoria Pública do Distrito Federal estão elaborando um manual prático de mediação para auxiliar os serviços prestados pelos mediadores. Aludido manual demonstrará o passo a passo do procedimento e fornecerá exemplos de formulários utilizados cotidianamente (acordos, atas de ausência, atas de sessões infrutíferas, atas de desistência ou atas de remarcação).³¹

Cristina informou que, apenas no núcleo de iniciais de Brasília, local onde trabalha, são confeccionados aproximadamente quarenta acordos mensais, dentre os quais 80% são vinculados a conflitos familiares, em que os assuntos mais comuns são alimentos, acordo de guarda e visita e divórcio. Em relação aos acordos que se referem ao direito de família, de acordo com a mediadora, 90% deles envolvem a existência de filhos.

Para Cristina, o acordo é sempre a melhor forma de resolver um problema, pois as partes irão formulá-lo, dizer as dificuldades, possibilidades e necessidades, sem haver imposição de terceiros, pois o poder decisório é deles. Ademais, nota-se que a homologação do

³⁰ BRASIL. Defensoria Pública do Distrito Federal. **Defensoria Pública do DF abrirá grande espaço de atendimento ao cidadão**. Disponível em: < <http://www.defensoria.df.gov.br/?p=24986>>. Acesso em: 22 out. 2016.

³¹ BRASIL. Defensoria Pública do Distrito Federal. **Manual Prático Para Mediação da Defensoria é debatido entre servidores do órgão**. Disponível em: < <http://www.defensoria.df.gov.br/?p=25050>>. Acesso em: 22 out. 2016.

acordo, quando necessária, ocorre em, no máximo, trinta dias, o que evidencia a celeridade do procedimento.

Nesse contexto, destaca-se que, diferentemente de compromissos cíveis efetivados pela Defensoria Pública do Distrito Federal, em que o Defensor Público responsável assina – gerando um título executivo extrajudicial –, os acordos que versam sobre matéria de direito de família são homologados por um juiz do Tribunal de Justiça Distrital.

Ainda segundo Cristina, é possível formular acordo em um só dia, caso as partes disponham de tempo. Desse modo, fazem-se sessões de pré-mediação com as partes e, posteriormente, sessão conjunta para deliberar e confeccionar o acordo. Ademais, destaca-se que é possível realizar mediações com pessoas jurídicas, bastando que o representante que compareça às sessões de mediação seja competente para tanto.

Por fim, ressalta-se relevante ideia efetivada pelo Projeto de Mediação e Conciliação para Resolução de Conflitos Extrajudiciais, no âmbito da Defensoria Pública do Distrito Federal. Nas hipóteses de investigação/negativa de paternidade, caso indivíduos hipossuficientes demandem os serviços da referida instituição, eles serão convidados a participar de sessões de mediação antes de ingressar com ações judiciais.

Se houver consentimento, a Defensoria Pública encaminha solicitação para laboratórios conveniados, os quais realizam os exames de DNA gratuitamente. O resultado, em envelope lacrado, é encaminhado para o Departamento de Atividade Psicossocial juntamente com documento que atesta ou não a paternidade questionada. Caso haja negativa de paternidade, uma psicóloga do DAP acompanhará o mediador na sessão em que será aberto o envelope com o resultado, justamente com a finalidade de conscientização da função do pai afetivo.

Desse modo, acordos podem ser confeccionados na própria mediação, de forma que as eventuais consequências do resultado do exame de paternidade (ofício a cartórios com a finalidade de retificação de registro; ofício a bancos para criação de contas para depósito de pensão alimentícia; ofício ao empregador do pai para desconto de pensão alimentícia em folha de pagamento; guarda e visita) podem ser acordadas na própria sessão de mediação, evitando que a questão seja judicializada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mediação constitui instrumento apto a viabilizar a construção conjunta da solução para determinada questão, propiciando uma comunicação efetiva ao empoderar os indivíduos envolvidos. Por meio do referido método alternativo de resolução de conflitos, é possível reconhecer aspectos ocultos e abordar questões que podem ser consideradas impertinentes no processo judicial, uma vez que há a intensiva participação dos envolvidos no litígio.

Noutra esteira, considerando a crise da jurisdição, em que o Poder Judiciário nem sempre consegue viabilizar o exercício jurisdicional observando a razoável duração do processo, conclui-se que os métodos extrajudiciais de resolução de litígios contribuem decisivamente para a efetivação do acesso à justiça e para a desobstrução do Judiciário.

No que tange à instituição dos aludidos métodos no âmbito da Defensoria Pública, nota-se que a missão desta instituição é perfeitamente compatível com a aplicação das aludidas ferramentas, uma vez que a própria Lei que organiza as Defensorias Públicas prevê, em seu art. 4º, inciso II, a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios, inclusive citando expressamente a mediação. Ademais, é interessante consignar que a utilização da mediação em macrolides, visando à confecção e à fixação de teses para demandas repetitivas, constitui aspecto positivo, sobretudo tendo em vista a possibilidade de redução quantitativa de processos em que a Defensoria Pública atua.

Nesse sentido, inúmeros projetos vinculados a atuações extrajudiciais foram instituídos no âmbito das Defensorias Públicas, incluindo o Projeto de Assistência Jurídica a Hansenianos no Maranhão, que venceu a 9ª edição do Prêmio Innovare. Ademais, de acordo com os dados fornecidos pelas referidas instituições, nota-se um efetivo estímulo às práticas extrajudiciais.

Por fim, analisou-se o Projeto de Mediação e Conciliação para Resolução de Conflitos Extrajudiciais, promovido pela Defensoria Pública do Distrito Federal, que evidencia o êxito da mediação e a relevância do investimento em formas alternativas de atuação extrajudicial.

Vê-se que devem ser estimulados projetos semelhantes àqueles efetivados pelas Defensorias Públicas da União, do Rio Grande do Sul, do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, uma vez que existem inúmeros benefícios para a Defensoria Pública, para o Judiciário, para as partes e, sobretudo, para a população brasileira.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS FEDERAIS. **Duas práticas da Defensoria Pública da União concorrem ao Prêmio Innovare.** Disponível em: <http://www.anadef.org.br/ultimas-noticias/1-latest-news/3539-duas-praticas-da-defensoria-publica-da-uniao-concorrem-ao-premio-innovare>. Acesso em: 18 mar. 2017.

BANDEIRA, R. **Defensoria pública e Ministério Público – o que faz cada um?** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/77307-defensoria-publica-e-ministerio-publico-o-que-faz-cada-um>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº. 80, de 12 de janeiro de 1994, que 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm. Acesso em: 17 mar. 2017.

CARVALHO NETTO, M. de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, M. A. C. de (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados estatísticos.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-juris-dicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 17 mar. 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – ASSESSORIA DE PLANEJAMENTO, ESTRATÉGIA E MODERNIZAÇÃO DA GESTÃO. **Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil:** um panorama da atuação da Defensoria Pública da União. 2. ed. Brasília: DPU, 2015. Disponível em: http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Mapa_dpu_2015_web.pdf. Acesso em 18 mar. 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM SANTA CATARINA. **Defensoria Pública da União recebe Prêmio Innovare por assistência a hansenianos no Maranhão.** Disponível em: <https://dpusc.wordpress.com/2012/11/08/defensoria-publica-da-uniao-recebe-premio-innovare-por-assistencia-a-hansenianos-no-maranhao/>. Acesso em: 18 mar 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. **Carta de Serviços da Defensoria Pública do Distrito Federal**. DPDF, Brasília, Edição 2013. Versão única, p. 26. Disponível em: < <http://www.brasilia.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2015/10/CARTA-DE-SERVI%C3%87OS-AO-CIDAD%C3%83O-DEFENSORIA-reduzido.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. **Defensoria Pública do DF abrirá grande espaço de atendimento ao cidadão**. Disponível em: < <http://www.defensoria.df.gov.br/?p=24986>>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. **Manual Prático Para Mediação da Defensoria é debatido entre servidores do órgão**. Disponível em: < <http://www.defensoria.df.gov.br/?p=25050>>. Acesso em: 22 out. 2016

_____. **Núcleos de Atendimento**. Disponível em: <http://www.defensoria.df.gov.br/?page_id=2324>. Acesso em: 21 out. 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL. **Relatório Anual**. Disponível em: <<http://www.defensoria.rs.def.br/lista/366/relatorio-anual>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

DIAS, M. T. F. (Coord.). **Mediação, cidadania e emancipação social: a experiência da implantação do centro de mediação e cidadania da UFOP e outros ensaios**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GODOY, A. E. de. **Conflitos habitacionais urbanos: atuação e mediação jurídico-política da defensoria pública**. Curitiba: Juruá, 2015.

MIRANDA, A. K. P. C.; MOTA, M. G. **O ensino de mediação de conflitos na formação policial: avanços e fragilidades**. VIII *Conferencia Internacional del Foro Mundial de Mediacion: Tiempo de mediación, liderazgo y acción para el cambio. Libro Digital. Volumen 1. Valencia, España, 18-21 Octubre, 2012*.

MOREIRA, J. C. B. Efetividade do processo: por um processo socialmente efetivo. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, maio-jun. 2011.

MUÑOZ, H. S. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el

Proceso Civil Español. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, ano 3, v. 3, jan-jun. 2009.

PINHEIRO, C. V. N. de B. Entrevista concedida a Guilherme Gomes Vieira. Brasília, 21 out. 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tumrq-Hr7BA>. Acesso em: 16 nov. 2016.

SALES, L. M. de M. **Mediare (um guia prático para mediadores)**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2004.

SANTOS, A. de C. T. Entrevista concedida a Guilherme Gomes Vieira. Brasília, 18 out. 2016. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=pvBtqh14u_k. Acesso em: 16 nov. 2016.

VASCONCELOS, F. H. de. **Advocacia negocial: promoção do acesso à justiça pela desjudicialização dos conflitos**. João Pessoa: A União, 2014.

WARAT, L. A. **Surfando na pororoca: ofício do mediador**. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **A promoção dos direitos humanos como função moderna da Defensoria**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-27/tribuna-defensoria-promocao-direitos-humanos-funcao-moderna-defensoria#_ftnref2>. Acesso em: 10 out. 2016.

SOUSA, J. A. G. de. **Uma nova defensoria pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar 132/90**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. 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? In: **Revista da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro**. nº 25 (Julho de 2012). Rio de Janeiro: DPGE, 2012. Disponível em: <<http://arquivos.proderj.rj.gov.br/dpge/site/Upload/RD25-175-A-244.PDF>>. Acesso em: 10 out. 2016.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERVENÇÃO
DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO *AMICUS
CURIAE* NOS RECURSOS REPRESENTATIVOS
DE CONTROVÉRSIA

Monique Mendes de Andrade

CONSIDERATIONS ABOUT THE
PERFORMANCE OF THE PUBLIC DEFENDER AS *AMICUS
CURIAE* IN RESOURCES REPRESENTING CONTROVERSY

CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERVENÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO *AMICUS CURIAE* NOS RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA

Monique Mendes de Andrade
Servidora Pública Federal

Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Católica de Pernambuco.
Pernambuco, Brasil.

monique.andrade@dpu.def.br

RESUMO

Este artigo busca trazer considerações sobre a atuação da Defensoria Pública na qualidade de *amicus curiae* nos recursos representativos de controvérsia. *Amicus curiae* – terceiro que intervém em processos judiciais a fim de fornecer informações adicionais e relevantes aos juízes da causa – tem sido adotado no ordenamento jurídico brasileiro como personagem que auxilia os tribunais na busca da melhor aferição da constitucionalidade e da interpretação das leis. Quanto à sistemática dos recursos representativos de controvérsia, recentes mudanças legislativas ocorridas no Código de Processo Civil propiciaram que os recursos excepcionais individuais, por meio da repercussão geral e de uma espécie de julgamento por amostragem, passassem a ser dotados de repercussão coletiva. Nesta tendência, realiza-se uma pesquisa pautada em análise jurisprudencial acerca da interpretação que tem sido dada pelas Cortes Superiores, ressaltando casos paradigmáticos em que a Defensoria Pública buscou ingressar como *amicus curiae* nos recursos representativos de controvérsia, na tentativa de utilizá-los como instrumentos de democratização do acesso à justiça.

Palavras-chave: Defensoria Pública. *Amicus Curiae*. Recursos representativos de controvérsia. Instrumento de democratização. Acesso à justiça.

ABSTRACT

This paper seeks to bring considerations about the performance of the Public Defender as *amicus curiae* in resources representing controversy. *Amicus curiae* - third party involved in legal proceedings in order to provide additional and relevant information to the concerned judges - has been adopted in the Brazilian legal system as a character that assists the courts in pursuit of better assessment of constitutionality and interpretation of laws. The systematic of resources representing controversy, recent legislative changes in the Code of Civil Procedure have provided the individual with exceptional resources, through the general repercussion and a kind of trial by sampling started to be equipped with collective impact. In this trend, carried out a search guided by case law analysis on the interpretation that has been given by the Superior Courts, highlighting paradigmatic cases in which the Ombudsman sought Public join as *amicus curiae* in resources representing controversy in an attempt to use them as instruments the democratization of access to justice.

Keywords: Public Defender. *Amicus Curiae*. Representative of controversy resources. Access to justice.

Data de submissão: 13/03/2017

Data de aceitação: 13/06/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. *AMICUS CURIAE*: ORIGEM E APLICAÇÃO NO BRASIL
1.1 O *amicus curiae*, sua origem e o ordenamento jurídico brasileiro 1.2 A inserção do *amicus curiae* nos recursos representativos de controvérsia 2. A DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL 2.1 A história da Defensoria Pública no Brasil 2.2 A função da Defensoria Pública no Brasil 3. A INTERVENÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO *AMICUS CURIAE* NOS RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A colossal demanda de processos junto ao Poder Judiciário e a preocupação social de que se mantivesse a credibilidade da eficiência da justiça junto à população motivaram a criação de métodos procedimentais para otimizar o julgamento de recursos junto às Cortes Superiores, assoberbadas de processos que demoravam décadas para serem julgados.

A percepção de que havia milhares de recursos que tratavam sobre os mesmos temas jurídicos acionou o legislador brasileiro a criar, após a Emenda Constitucional n.º 45/2004¹, a Lei n.º. 11.418/2006 e a Lei n.º. 11.672/2008 que, respectivamente, dispõem sobre o requisito da repercussão geral para a admissão dos recursos extraordinários encaminhados ao Supremo Tribunal Federal (STF) e uma espécie de julgamento por amostragem dos recursos especiais encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Nesse âmbito, a partir da EC n.º 45/2004 e da Lei n.º 11.418/2006, para haver a possibilidade de apreciação do recurso extraordinário interposto para o STF, o recorrente deveria comprovar a existência de repercussão geral, isto é, que o tema jurídico em discussão ultrapassasse o interesse subjetivo da causa. Desse modo, reconhecida a repercussão geral e, também, identificada a multiplicidade de recursos com fundamento em uma mesma controvérsia, um ou mais recursos extraordinários representativos dessa tese controvertida seriam selecionados e, posteriormente, encaminhados ao STF, ficando os demais processos idênticos aguardando o pronunciamento definitivo da Suprema Corte (repercussão geral por amostragem).

Mesma sistemática foi ampliada pela Lei n.º 11.672/2008 aos recursos especiais encaminhados ao STJ: se mais de um recurso foi interposto sobre mesmo tema jurídico, um dentre inúmeros instrumentos recursais seria eleito como recurso especial representativo de controvérsia, devendo os demais aguardar o pronunciamento definitivo do STJ acerca do processo eleito como paradigma.

Nesse viés, percebe-se que, de certo modo, os métodos acrescidos tanto pela Lei n.º. 11.418/2006 quanto pela Lei n.º. 11.672/2008 transformaram o julgamento de recursos

¹ A Emenda Constitucional n.º 45/2004 altera o artigo 102 da Constituição Federal de 1988, inserindo o §3º, que possui o seguinte teor: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

individuais em um pronunciamento de repercussão coletiva, uma vez que a sistemática dos recursos representativos de controvérsia invoca que tal decisão será adequadamente plasmada nos processos que estavam aguardando o pronunciamento da Corte acerca do acórdão modelo.

Ademais, nas alterações promovidas pelas leis supramencionadas, o legislador admitiu – com o intuito de democratizar a participação da sociedade em temas de repercussão social – a manifestação de terceiros (pessoas, órgãos ou entidades) que pudessem esclarecer o tema jurídico sob julgamento, sendo este interventor denominado pela doutrina como *amicus curiae*.

Nesse contexto, este trabalho busca trazer considerações sobre o entendimento que tem sido adotado pelos Tribunais Superiores acerca da intervenção da Defensoria Pública como *amicus curiae* em sede de recursos representativos de controvérsia, denunciando, de certa forma, a precariedade, ainda, que o Poder Judiciário vem dando à voz a uma instituição que tem grande poder de atuação coletiva.

1. *AMICUS CURIAE*: ORIGEM E APLICAÇÃO NO BRASIL

1.1. O *amicus curiae*, sua origem e o ordenamento jurídico brasileiro

Apesar da polêmica acerca da origem do instituto processual do *amicus curiae*, seja no Direito Romano, seja no sistema do *common law* inglês, fato é que somente no século XIX, nos Estados Unidos – com o *judicial review* – o instituto melhor se formatou às pretensões atuais, passou a despertar o interesse de juristas e ganhou maior notoriedade.

O primeiro passo para a visibilidade do *amicus curiae*, em seu formato atual, se deu quando as regras criadas pelo direito americano somente foram verdadeiramente assimiladas pela população quando interpretadas e aplicadas pelos tribunais, desenvolvendo-se, assim, um mecanismo que permitiu aos juízes a fiscalização da constitucionalidade das leis: o *judicial review*².

Nesse diapasão, conforme leciona René David, “o direito, quer para o jurista

² BISCH, I. da C. **O *amicus curiae*, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade:** um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira, 2010, pp. 17 – 60.

americano, quer para um jurista inglês, é concebido essencialmente sob a forma dum direito jurisprudencial”³.

Assim, como nos Estados Unidos a sistemática do controle de constitucionalidade se deu a partir da análise de processos individuais, a sociedade americana sentiu necessidade de incluir a participação de terceiros que pudessem informar e convencer o Poder Judiciário das possíveis consequências sociais de suas decisões – uma vez que se revestiriam de efeito *erga omnes* – tornando essencial a figura do *amicus curiae*, que assim pode ser conceituado:

Amicus Curiae – Lat. ‘amigo da corte’. Refere-se à parte a quem é permitido fornecer informação (usualmente na forma de um memorial) à corte, embora não esteja diretamente envolvida no caso em análise. Alguém que, na condição de sobreaviso, quando um juiz encontra-se em dúvida ou equivocado em uma questão de direito, pode informar a corte. [...] Um argumento legal apresentado em uma ação judicial por uma pessoa ou organização que não seja parte no caso, mas que tenha interesse no resultado.⁴

Já no Brasil, a primeira previsão legislativa do *amicus curiae* se deu a partir da Lei nº. 6.385/1976, que dispunha sobre o mercado de valores mobiliários e estipulava à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), em seu artigo 31, essa função junto aos tribunais do Poder Judiciário:

Artigo 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação⁵.

Entretanto, a grande contribuição desse instituto processual se deu em processos relacionados ao controle de constitucionalidade das leis, com a promulgação das Leis nº. 9.868/1999 e nº. 9.882/1999, que versam sobre as ações diretas e preveem a figura do *amicus curiae*:

³ DAVID, R., 2002 *apud* BISCH, I. da C. **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira, 2010, p. 33

⁴ The Lectric Law Library’s Lexicon On *apud* MATTOS, A. L. Q. de. **Amicus curiae**: hermenêutica e jurisdição constitucional, 2011, p. 15.

⁵ BRASIL. Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

Lei nº 9.868/99:

Artigo 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Artigo 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (grifo nosso).⁶

Lei nº 9.882/99:

Artigo 6º [...]

§1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a **argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.**

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo **(grifos nossos).**⁷

Conforme consta nos artigos supramencionados, a partir de 1999, com a promulgação das referidas leis, o *amicus curiae* assume no Brasil outra conotação, posto que, de modo oficial, se havia aberto a oportunidade para a participação dos mais diversos atores sociais e políticos na aferição da constitucionalidade das leis. Segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, principal idealizador das leis supramencionadas, “o STF passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos,

⁶ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

⁷ BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos amigos da Corte”⁸.

Com a redação dada pela Lei nº. 9.868/1999, o Código de Processo Civil também incorporou a figura do *amicus curiae*, em seu artigo 950, §§ 1º, 2º e 3º, estabelecendo que poderiam se manifestar nos processos as pessoas jurídicas de direito público, órgãos ou entidades com representatividade social e, por fim, quaisquer dos legitimados do artigo 103 da Constituição Federal, que assim dispõe:

Artigo 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Por se verificar que os legitimados a questionar a constitucionalidade das leis eram, em sua maioria, partes representativas dos poderes Legislativo e Executivo, vislumbrou-se como necessária a participação do *amicus curiae* para que se pudesse aplicar a democracia

⁸ MENDES, 2007 *apud* BISCH, I. da C. **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade:** um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira, 2010, p. 106.

⁹ Art. 950. Remetida cópia do acórdão a todos os juizes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal. §2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos. §3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

participativa – uma espécie de oxigenação social no controle de constitucionalidade. Tal pretensão está bastante clara na Exposição de Motivos nº. 189, de 07 de abril de 1997, que acompanhou o Anteprojeto da Lei nº. 9.868/1999, o qual estabelece:

Constitui, todavia, inovação significativa a autorização para que outros titulares do direito de propositura da ação direta possam manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação, pedir juntada de documentos úteis para o exame da matéria no prazo das informações, bem como apresentar memoriais (arts. 7º, §1º e 18, §1º).

Trata-se de providência que confere um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento de causa.

Da mesma forma, afigura-se digna de realce a proposta formulada com o sentido de permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (arts. 7º, §2º e 18, §2º). Positiva-se, assim, a figura do “amicus curiae” no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com o pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões (grifo nosso).¹⁰

A partir de então, percebe-se que a intervenção do *amicus curiae* veio para inovar o julgamento das ações, possibilitando a interferência não só dos já conhecidos legitimados ativos, mas também dos mais diversos interessados em auxiliar o Poder Judiciário: indivíduos, associações, *experts* e grupos representativos poderiam apresentar opiniões abalizadas, pareceres ou mesmo informações de cunho não jurídico para defender seu ponto de vista sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ¹¹.

Contudo, apesar de o *amicus curiae* ter sido inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do controle de constitucionalidade, a grande inovação do universo jurídico ocorreu quando da promulgação da Lei nº. 11.418/2006 e da Lei nº. 11.672/2008, que abriu a possibilidade de intervenção do amigo da corte nos recursos representativos de controvérsia tanto no STF como no STJ. Este é o foco de nossas considerações.

¹⁰ MENDES *apud* MATTOS, A. L. Q. de. **Amicus curiae**: hermenêutica e jurisdição constitucional, 2011, p. 165.

¹¹ BISCH, I. da C. **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira, 2010, p. 13.

1.2. A inserção do *amicus curiae* nos recursos representativos de controvérsia

Inicialmente, vale mencionar que o artigo 102 da Constituição Federal prevê as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, estabelecendo que ele terá lugar sempre que as decisões de causas decididas em única e última instância contrariem qualquer dispositivo constitucional. A EC nº. 45/2004 – que promoveu a Reforma do Poder Judiciário – acrescentou ao artigo 102 a exigibilidade da repercussão geral para qualquer recurso extraordinário interposto perante a Corte Constitucional. Observe o seu §3º:

Artigo 102 [...]

§3º No recurso extraordinário, **o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso**, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos seus membros.¹²

A Lei nº. 11.418/2006, por sua vez, inseriu dispositivos no antigo Código de Processo Civil que, além de regulamentar sobre a repercussão geral do recurso extraordinário (artigo 543-A, *caput* e §1º), previu a sistemática da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia encaminhados ao STF (artigo 543-B, *caput*). Atualmente, com a promulgação do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), não houve qualquer alteração no texto legislativo, mas tais dispositivos passaram a ser, respectivamente, os artigos 1035, *caput* e §1º¹³ e 1036, *caput*¹⁴.

Com referida alteração legislativa, promovida pela Lei nº 11.418/2006 e mantida pelo

¹² BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

¹³ Artigo 1035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

¹⁴ Art. 1036. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

Novo Código de Processo Civil (NCPC), para ficar caracterizada a representação de controvérsia, o recurso extraordinário precisa possuir dois requisitos: a repercussão geral e a multiplicidade de recursos com base na mesma tese controvertida.

Nesse sentido, a repercussão geral, para ser identificada no recurso extraordinário interposto precisa suscitar questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Segundo a doutrina brasileira, a repercussão geral tem sido caracterizada pelo binômio relevância e transcendência, que podem ser assim conceituadas:

De se notar, ainda, que a relevância da questão debatida tem de ser aquilatada do ponto de vista econômico, social, político ou jurídico. Não se tire daí, como é evidente, a exigência que a controvérsia seja importante sob todos esses ângulos de análise: basta que reste caracterizada a relevância do problema debatido em uma dessas perspectivas.

A transcendência da controvérsia constitucional levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal pode ser caracterizada tanto em uma perspectiva qualitativa como quantitativa. Na primeira, sobleva para individualização da transcendência o importe da questão debatida para a sistematização e o desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas susceptíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa (notadamente coletivo ou difuso).¹⁵

Ainda no que diz respeito ao recurso extraordinário, a grande inovação processual apontada pela legislação foi a previsão da manifestação de terceiros na análise da repercussão geral (atual artigo 1035, § 4º do NCPC), o que evidencia a permissão do ingresso de *amicus curiae* nos recursos individuais encaminhados ao STF. Observe:

Artigo 1035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 4º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.¹⁶

Sobre a participação do *amicus curiae* nos recursos extraordinários em que a repercussão geral foi

¹⁵ MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**, 2012, p. 33.

¹⁶ Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

reconhecida, a Ministra Carmen Lúcia, no julgamento do RE 565.714/SP, assim se manifestou a respeito do art. 543-A, §6º - atual artigo 1035, §4º do Novo Código de Processo Civil:

Os arts. 543-A, §6º do Código de Processo Civil e o artigo 323, §2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal têm por objetivo deixar claro que a presença do *amicus curiae* será admitida mesmo em se tratando de fase em que não se examinará o mérito submetido ao controle de constitucionalidade (momento em que a manifestação de terceiros é mais comum), mas apenas se avaliará a existência dos requisitos de relevância e transcendência que configuram a existência de repercussão geral. A presença do *amicus curiae* no momento em que se julgará a questão constitucional cuja repercussão geral fora reconhecida não só é possível como é desejável. 3. A exigência de repercussão geral da questão constitucional tornou definitiva a objetivação do julgamento do recurso extraordinário e dos efeitos dele decorrentes, de modo que a tese jurídica a ser firmada pelo Supremo Tribunal Federal seja aplicada a todos os casos cuja identidade de matérias já tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) ou pelos juízos e tribunais de origem (artigo 543-B do Código de Processo Civil), ainda que a conclusão de julgamento seja diversa em cada caso. Essa nova característica torna mais do que legítima a presença do *amicus curiae*, ainda que não se tenha disposição legal expressa.¹⁷

Diante do entendimento proferido pela Ministra, tanto na apreciação da repercussão geral, como nos casos em que haja multiplicidade de identidade de matérias (representativos de controvérsia), a intervenção do *amicus curiae* seria legítima, principalmente porque suas decisões são tomadas no sentido de consolidar jurisprudência, por serem posteriormente plasmadas nos processos que possuam mesma controvérsia jurídica.

Por sua vez, os recursos especiais – conforme prevê o artigo 105, inciso III, da Carta Magna – são instrumentos processuais encaminhados ao STJ sempre que: houver negativa de vigência ou contrariedade de tratado ou lei federal; for julgado válido ato de governo local contestado em face de lei federal; ou for dada à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

A sistemática representativa de controvérsia foi aplicada aos recursos especiais por meio da Lei nº. 11.672/2008 que, ao acrescentar o artigo 543-C ao Código de Processo Civil (atual artigo 1036 do NCPC), adotou uma espécie de julgamento por amostragem. Observe:

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 565.714/SP, Relatora Ministra Carmen Lúcia, DJe em 23/04/2008.

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 02 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.¹⁸

De acordo com a referida legislação, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, serão encaminhados ao STJ um ou mais recursos representativos da controvérsia, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo desta Corte Superior.

Pelo fato de tais métodos acrescidos tanto pela Lei nº. 11.418/2006 quanto pela Lei nº 11.672/2008 – e mantidos no Novo Código de Processo Civil – de certo modo, transformar o julgamento de recursos individuais em um pronunciamento de repercussão coletiva, o legislador admitiu a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, desde que demonstrada a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Os requisitos de admissibilidade do amigo da corte estão previstos desde a promulgação da Lei nº. 9.868/1999 que, em seu artigo 7º, §2º, considera:

Artigo 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§2º O relator, **considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes**, poderá, por despacho irrecorrível, **admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades**.¹⁹

Pelo fato de a legislação prever que os requisitos de admissibilidade do *amicus curiae* seriam aferidos pelo Relator, a doutrina questiona o caráter de subjetividade dado ao magistrado:

¹⁸ Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

¹⁹ BRASIL. Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

primeiramente, porque ficaria difícil apontar qual direito seria irrelevante, uma vez que os temas trazidos ao Judiciário, de alguma forma, estão contidos nos direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, políticos, que devem ser efetivamente resguardados num Estado Democrático de Direito.²⁰

No que diz respeito à representatividade dos postulantes, esse requisito tem provocado polêmica entre os doutrinadores: seja porque não existe um critério objetivo para autorizar o ingresso do interventor na causa, seja porque é difícil identificar quando os *amici curiae* não possuem interesse imediato em determinada lide, já que sua atuação deve se ater à finalidade de subsidiar o magistrado com informações úteis em discussões judiciais de interesse coletivo.

Nesse panorama de subjetividade, a Defensoria Pública tem buscado ingressar como *amicus curiae* em casos que afetam o direito dos hipossuficientes em ações que entendem fazer parte de sua atuação institucional.

2. A DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

2.1. A história da Defensoria Pública no Brasil

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o grande marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, seja por eleger a dignidade da pessoa humana como valor máximo da ordem jurídica brasileira, seja por buscar a democratização do acesso à justiça²¹.

No que se refere ao acesso à justiça, a Carta Magna de 1988 preocupou-se em salvaguardar a assistência jurídica aos hipossuficientes²² – que abarca não só o patrocínio judiciário (isenção de custos), mas também a existência de um profissional habilitado para a defesa, aconselhamento, informação jurídica e orientação em geral para a prática de atos judiciais e extrajudiciais.

²⁰ CUNHA JÚNIOR, 2004 *apud* MATTOS, A. L. Q. de. *Amicus curiae*: hermenêutica e jurisdição constitucional, 2011, p. 178

²¹ PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 2013, pp. 65 – 81.

²² Conforme prevê o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, além de a Constituição de 1988 ter albergado a assistência jurídica integral e gratuita aos cidadãos que comprovassem insuficiência de recursos (artigo 5º, inciso LXXIV), ela também traçou direcionamentos para que esse serviço fosse prestado preponderantemente pelo Estado (modelo público de assistência jurídica)²³. Nesse sentido, assim prevê o seu artigo 134:

Art. 134. 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.²⁴

Logo, pode-se dizer que a criação da Defensoria Pública está diretamente ligada à evolução histórica do modelo de assistência jurídica gratuita prestada pelo Estado aos hipossuficientes. Sobre a instituição, Nelson Nery Júnior conceitua:

A Defensoria Pública é o serviço público institucionalmente destinado a prestar aos necessitados a assistência jurídica capaz de permitir o acesso de todos à justiça e de resguardar e garantir o direito de todos à ampla defesa, com o objetivo de que se viabilize o direito fundamental de todos quantos não tiverem recursos à assistência jurídica integral e gratuita²⁵.

Após sua consolidação constitucional, sabe-se que o processo de criação e implementação das Defensorias Públicas no Brasil foi demasiado lento, posto que apenas com a Lei Complementar nº. 80/1994, é que se estabeleceram normas gerais e específicas relacionadas à instituição. Não obstante, transcorridas quase duas décadas da Carta Magna de 1988 e de a Defensoria Pública ter sua abrangência tanto na União, quanto nos Estados e no Distrito Federal, muitas de suas unidades não foram instituídas em grande parte das jurisdições brasileiras.

²³ JUNQUEIRA, G. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**, 2013, passim.

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 80, de 04 de junho de 2014. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

²⁵ JUNIOR; NERY *apud* ANDRADE, A. da S. **Defensoria Pública**: instituição democrática e republicana como meio de acesso à justiça do cidadão. Rio Grande do Sul: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, jun. 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/andressa_andrade.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

Todavia, a importância da instituição veio a ser finalmente reconhecida na Emenda Constitucional nº. 80/2014, que acrescentou o art. 98 nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, com o seguinte teor:

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 98:

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 curso do prazo previsto no § 1º deste artigo, alocação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.²⁶

Como se percebe, a EC nº 80/2014 estipulou um prazo máximo para que fossem instituídas unidades da Defensoria Pública no território brasileiro, exatamente porque ainda não havia sido dada a importância à instituição, como se pretendia desde 1988.

Dessa forma, espera-se que, nos próximos anos, com a exigência contida na referida emenda constitucional, haja um recrudescimento de investimentos do Estado para que se possa viabilizar a instalação das defensorias nas jurisdições brasileiras, prioritariamente, em locais em que já exista efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e, posteriormente, nos confins do país, para que haja uma efetiva democratização do acesso à justiça.

Até o momento, o que se verifica é que o investimento nessa instituição ainda é bastante precário, havendo número insuficiente de defensores públicos no país para atender à demanda social, bem como inexistência de sede em muitas das grandes cidades do Brasil, quicá aquelas distantes e/ou de difícil localização.

2.2. A função da Defensoria Pública no Brasil

No que diz respeito à função da Defensoria Pública no Brasil, sabe-se que, apesar de ser um órgão essencial à função jurisdicional do Estado, sua atividade sobeja a missão de

²⁶ BRASIL, Emenda Constitucional nº. 80/2014, **grifo nosso**.

defender os necessitados em todos os graus de jurisdição. Segundo a Constituição Federal de 1988 e a LC n.º. 80/1994, percebe-se que também lhe foi conferida a tarefa de orientar o seu público alvo nos seus problemas jurídicos, mesmo que eles não resultem em uma ação judicial.²⁷

Nesse mister, as funções institucionais da Defensoria Pública, previstas no art. 4º da Lei Complementar n.º. 80/1994 promovem, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, mas também dá ênfase à defesa judicial dos direitos tanto dos necessitados como de pessoas em condição de vulnerabilidade²⁸.

Logo, apesar de sua atividade também possuir um alcance extrajudicial, o papel desenvolvido pela Defensoria Pública junto ao Poder Judiciário é o foco de nossas considerações nesse texto, principalmente quando sua atividade objetiva facilitar o acesso à justiça para pessoas reconhecidamente carentes na forma da lei.

Assim, diante das funções previstas para a Defensoria Pública, a intervenção desta instituição como *amicus curiae* nos recursos representativos de controvérsia surge como uma forma distinta de atuação, em que o defensor público não figura como advogado da parte, mas tão somente como colaborador nos processos, subsidiando o magistrado com informações elucidativas de temas que refletem nos direitos de seus assistidos.

3. A INTERVENÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO *AMICUS CURIAE* NOS RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA.

A busca de julgamentos mais justos e democráticos em processos relacionados à constitucionalidade das leis e/ou de grande repercussão coletiva é a razão de ser do surgimento da figura do *amicus curiae* tanto no mundo, quanto no Brasil. No Judiciário brasileiro, como já é cediço, os pedidos de ingresso do amigo da corte nos processos

²⁷ MENDES, 2009 *apud* ANDRADE, A. da S. **Defensoria Pública:** instituição democrática e republicana como meio de acesso à justiça do cidadão. Rio Grande do Sul: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, jun. 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/andressa_andrade.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

²⁸ Consideram-se pessoas em situação de vulnerabilidade, segundo as Regras de Brasília sobre o acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, aquelas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

precisam obedecer dois requisitos de admissibilidade: a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

No que diz respeito à relevância da matéria, percebe-se que esse requisito não é determinante para impedir o ingresso do *amicus curiae* nos recursos representativos de controvérsia: no recurso extraordinário, porque os dispositivos constitucionais buscam quase sempre garantir direitos fundamentais; no recurso especial, porque a matéria ganha importância quando toma vulto coletivo nos temas reiteradamente discutidos no Judiciário.

Quanto à representatividade, sabe-se que, em sua origem, a legitimação da atuação dos *amici curiae* é associada à ideia de democratização do debate. Por ausência de previsão legal, nos recursos representativos de controvérsia, a intervenção do amigo da corte não está adstrita a um rol taxativo, mas correlata à representatividade e à relevância das informações exteriorizadas pelo interventor no caso levado a juízo.

Sobre o entendimento que tem se consolidado pelas Cortes Superiores acerca da figura do *amicus curiae* nos recursos representativos de controvérsia, segue pronunciamento realizado pelo Ministro Luis Felipe Salomão:

Conforme a firme jurisprudência do STJ e do STF, as entidades que ingressam na relação processual na condição de *amicus curiae* não possuem interesse imediato naquela determinada lide, sendo admitidas apenas com a finalidade de subsidiar o magistrado com informações úteis ao deslinde das discussões judiciais de interesse coletivo.²⁹

Por se tratar de orientação jurisprudencial genérica, que pouco acrescenta ao conceito original do referido instituto, observa-se ainda uma precariedade de critérios definidores para o deferimento do pleito de ingresso do *amicus curiae* nos recursos paradigmáticos.

Sobre a influência do *amicus curiae* no STF³⁰, Damares Medina, doutrinador brasileiro, realizou um estudo empírico que identificou os seguintes dados: a) desde o surgimento da Lei nº. 11.418/2006 até outubro de 2008, haviam sido julgados 116 recursos extraordinários, dos quais foi reconhecida a repercussão geral em 92 casos; b) desses 116 processos, houve pedido de intervenção de *amicus curiae* em 10 casos, sendo apenas um pedido negado (RE 575.093/SP³¹).

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1418593/MS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 18/06/2014.

³⁰ MEDINA, D. **Amicus curiae**: amigo da corte ou amigo da parte?, 2010, pp. 76 – 81, passim.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 575.093/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 12/08/2008.

Dos dados obtidos, Medina concluiu: primeiramente, que o STF estaria reconhecendo amplamente a existência de requisito de repercussão geral nos recursos extraordinários interpostos, mas não estaria dando a suficiente divulgação dos casos – uma vez que em apenas 9% houve pedido de ingressos de interventor, em contraponto ao que exige o artigo 329 do Regimento Interno do STF³². Por outro lado, verificou que, nos casos em que houve a referida solicitação, o percentual de aceitação do *amicus curiae* foi alto (90%).

Baseado em tais dados, pesquisas foram realizadas no site do STF³³ de casos em que a Defensoria Pública buscou intervir como amigo da corte, durante o período de 2006 – 2017. Nesse mister, foram localizados sete recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida em que a Defensoria Pública ingressou na qualidade de *amicus curiae* (RE587365/SC³⁴, RE 567985/MT³⁵, RE 580.963/PR³⁶, RE 566471/RN³⁷, RE 603616/RO³⁸, RE 641320/RS³⁹ e RE 729884/RS⁴⁰).

Nos casos encontrados – todos deferidos pela Suprema Corte – a Defensoria Pública buscou interceder em matérias que, diuturnamente, fazem parte dos assuntos trazidos pelos seus representados (auxílio-reclusão; medicamento de alto custo; benefício de prestação continuada; imposição ao INSS, nos processos em que figure como parte ré, do ônus de apresentar cálculos de liquidação do seu próprio débito; cumprimento de pena em regime menos gravoso ante a falta de vagas em estabelecimento penitenciário adequado e, por fim, a questão de provas obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão).

³² Art. 329 do RISTF: “A Presidência do Tribunal promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito.”

³³ As pesquisas foram realizadas tanto no site do Conselho da Justiça Federal (<<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>>) quanto no site do Supremo Tribunal Federal (<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>), utilizando-se as expressões “Defensoria”, “amicus”, “amici” e “intdo”.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 587365/SC, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 26/06/2008.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 567985/MT, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 10/04/2008.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 580963/PR, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 17/08/2011.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 566471/RN, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 06/12/2007.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 603616/RO, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 10/05/2016.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 641320/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 29/07/2016.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 729884/RS, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe 01/02/2017.

Já na sistemática dos recursos especiais representativos de controvérsia, a intervenção da Defensoria Pública não obteve tanta aceitação.⁴¹ No STJ, dos sete recursos especiais repetitivos identificados⁴², apenas quatro casos tiveram os pedidos de ingresso da Defensoria Pública deferidos.

Entre tais indeferimentos, destaque-se o julgamento do RESP 1.333.977/MT⁴³ que, apesar de não autorizar a intervenção da Defensoria Pública como *amicus curiae*, teve bastante relevância porque contribuiu para estabelecer parâmetros acerca da representatividade dos postulantes. Observe:

Não é cabível a intervenção da Defensoria Pública da União na condição de *amicus curiae* em recurso representativo da controvérsia no qual se discute sobre encargos de crédito rural destinado ao fomento de atividade comercial. Isso porque a intervenção formal no processo repetitivo deve dar-se por meio da entidade de âmbito nacional cujas atribuições sejam pertinentes ao tema em debate, sob pena de prejuízo ao regular e célere andamento de tal importante instrumento processual. Dessa forma, revela-se insuficiente a alegação de representar consumidores em milhares de ações, não havendo nenhuma representatividade na pretendida intervenção. A matéria não se enquadra às hipóteses de atuação típica da Defensoria Pública.⁴⁴

Em face da omissão da lei em prever critérios mais objetivos e/ou específicos para o ingresso de *amicus curiae* nos recursos representativos de controvérsia, o STJ, no referido julgado, mencionou duas hipóteses em que se justificaria a representatividade do postulante: a pessoa, órgão ou entidade tem que estar relacionada com a identidade funcional, natureza ou finalidade estatutária – qualificando-o como um ente capaz de contribuir para o aprimoramento de julgamento da causa – e o postulante deve ser uma entidade de âmbito nacional que tenha como atribuição ou expertise o tema em debate na Corte. Assim, percebe-se que a jurisprudência tem sido o instrumento capaz de estabelecer parâmetros acerca da representatividade dos postulantes de maneira mais objetiva, o que ajuda no fortalecimento do papel do *amicus curiae* no país.

⁴¹ A pesquisa virtual foi realizada tanto no site do Conselho da Justiça Federal (<<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>>) quanto no site do Superior Tribunal de Justiça (<<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ/>>), utilizando-se as mesmas expressões.

⁴² Recursos especiais repetitivos em que a Defensoria Pública tentou ingressar na qualidade de *amicus curiae*: RESP 1.371.128/RS, RESP 1.418.593/MS, RESP 1.333.977/MT, RESP 1.185.583/SP, RESP 1.111.566/DF, RESP 1.133.869/PB e RESP 1.339.313/RJ.

⁴³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.333.977/MT, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 26/02/2014.

⁴⁴ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=amicus+defensoria&b=ACO R&p=true&l=10&i=4>>

Nos deferimentos realizados pelo Superior Tribunal de Justiça, o RESP 1.133.869/PB⁴⁵ se destaca por tratar de tema muito comum nos pleitos solicitados pelos assistidos: cobertura securitária relacionada ao Sistema Financeiro de Habitação. Nesse caso, o ingresso da Defensoria Pública foi aceito não porque possuía interesse imediato na lide, mas porque poderia auxiliar o juízo, já que atuaria preponderantemente na defesa dos consumidores hipossuficientes.

Elemento positivo a ser observado é que houve um significativo crescimento da utilização do *amicus curiae* nas Cortes Supremas do país – uma vez que três dos sete casos encontrados no STJ ocorreram somente entre o final de 2016 e início de 2017 e, por fim, pôde-se verificar a inserção da Defensoria Pública como uma instituição essencial para a discussão de temas que ela mesma entendeu como de pertencimento de sua função institucional, o que aponta um acolhimento mais significativo do Poder Judiciário acerca da importância do papel atribuído à instituição e aos ganhos sociais adquiridos com a sua intervenção em processos que, por sua natureza, têm grande repercussão na sociedade.

Logo, diante do que foi analisado nos recursos *sub judice*, apesar da ínfima quantidade de recursos representativos de controvérsia e da pouca expressividade dos casos em que houve a atuação da Defensoria Pública como ente capaz de contribuir para o aprimoramento de julgamento da causa (*amicus curiae*), tem se construído, gradativamente, a democratização do debate e o acesso à justiça em defesa dos desfavorecidos em temas relevantes trazidos às Cortes Superiores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas reflexões expostas, percebe-se que a Defensoria Pública, apesar de ser uma instituição que ainda não alcançou a envergadura necessária para efetivamente defender os interesses dos hipossuficientes – por não estar ainda presente em todas as jurisdições brasileiras – é um órgão que tem insistido na conquista, junto ao Poder Judiciário, de espaços nunca antes alcançados na defesa dos direitos dos hipossuficientes.

O instituto processual do *amicus curiae*, ora permitido nos recursos representativos de controvérsia – em razão das modificações trazidas pelas Leis nº. 11.418/2006 e

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RESP 1.133.869/PB, Relator Ministro Mussami Uyeda, DJe 30/11/2012.

nº. 11.672/2008 e mantidas pelo Novo Código de Processo Civil – aliado às funções institucionais da Defensoria Pública é a pedra de toque da pluralização do debate sobre temas de alcance coletivo.

Tal aliança, como se pôde perceber nos recursos apontados, mesmo que não tenha resultado a favor dos interesses dos assistidos pela Defensoria Pública, por certo conferiu legitimidade técnica e democrática às decisões tanto do STF, quanto do STJ – seja porque a representatividade de indivíduos potencialmente afetados pelas lides não existia, o que comprometia o equilíbrio processual; seja porque a intervenção da Defensoria Pública como *amicus curiae* auxilia os magistrados a enxergar que determinadas medidas adotadas pelo Poder Judiciário podem afetar potencialmente seu público alvo – os carentes na forma da lei; seja porque a participação da instituição, além de dar maior notoriedade à importância social a que ela se destina, fortalece os instrumentos democráticos de acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

ANADEP. **Assembleia Geral da OEA aprova, por unanimidade, resolução sobre Defensoria Pública autônoma e independente.** 2011. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=11698>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

ANDRADE, A. da S. **Defensoria Pública:** instituição democrática e republicana como meio de acesso à justiça do cidadão. Rio Grande do Sul: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, jun. 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/andressa_andrade.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BISCH, I. da C. **O *amicus curiae*, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade:** um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível

em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 fev. 2015.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 80, de 04 de junho de 2014. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

_____. Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

_____. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

_____. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm>. Acesso em: 05 jan. 2017.

_____. Lei nº 11.674, de 08 de maio de 2008. Acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm>. Acesso em: 05 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1418593/MS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 18/06/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal, RE 575.093/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 12/08/2008.

_____.Supremo Tribunal Federal,RE 587365/SC, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 26 /06/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal,RE 567985/MT, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 10/04/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, RE 580963/PR, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 17/08/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal,RE 566471/RN, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 06/12/2007.

_____.Supremo Tribunal Federal,RE 603616/RO, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 10/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal,RE 641320/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 29/07/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, RE 729884/RS, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe 01/02/2017.

GARCIA, L. de M. (Coord.). **Direito Constitucional**, Tomo I, 2ª ed. Coleção Sinopses para Concursos. Bahia: Editora Juspodivm, 2012, p. 296 – 575.

JUNQUEIRA, G. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MATTOS, A. L. Q. de. **Amicus curiae**: hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

MEDINA, D. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65 – 81.

SOUZA JÚNIOR, L. L. de. A. Lei n. 11.672/2008, que trata dos “recursos especiais repetitivos”, assemelha-se à repercussão geral do Recurso Extraordinário? A referida lei altera as hipóteses de cabimento dos recursos especiais? **Egov.ufsc.br**, 2012. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/lei-n-116722008-que-trata-dos-%E2%80%9Crecursos-especiais-repetitivos%E2%80%9D-assemelha-se-%C3%A0-repercuss%C3%A3o-g>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

TEXTO DE LEI E NORMA JURÍDICA: UMA
DISTINÇÃO NECESSÁRIA NO CAMINHO DA
INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Nicolas Bortolotti Bortolon

*LAW TEXT AND JURIDICAL NORM: A NECESSARY
DISTINCTION IN THE WAY OF INTERPRETING THE LAW*

TEXTO DE LEI E NORMA JURÍDICA: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA NO CAMINHO DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

LAW TEXT AND JURIDICAL NORM: A NECESSARY DISTINCTION IN THE WAY OF INTERPRETING THE LAW

*Nicolas Bortolotti Bortolon
Defensor Público Federal*

*Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo
Espírito Santo, Brasil*

nicolas.bortolon@dpu.def.br

RESUMO

As mudanças trazidas pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil brasileiro, são, em boa parte, estruturais de todo o direito processual, sem, portanto, limitar-se à esfera civil, dada sua expressa vinculação (art. 1º) às normas fundamentais da Constituição. Dentre tais mudanças, destaca-se o tema dos precedentes jurisprudenciais formalmente vinculantes, em especial pelas disposições dos art. 486, §1º, incs. V e VI, e 927, tema que encontra total pertinência com a atividade de interpretação do direito, o que, por sua vez, também possui destaque no art. 486, parágrafos 2º e 3º. Este artigo trata desse tema preliminar à questão dos precedentes, qual seja a interpretação da lei (em sentido lato) como processo de formação da norma jurídica e introduz a importância dos limites consensuais à atividade do intérprete do direito.

Palavras-chave: Direito processual. Interpretação. Norma jurídica. Precedentes.

ABSTRACT

The changes introduced by Law 13.105 of March 16, 2015, which established the new Brazilian Civil Procedure Code, are, to a large extent, structural of all procedural law, without, therefore, being limited to the civil sphere, given its express linkage (Article 1st) to the fundamental rules of the Constitution. Among these changes, we highlight the issue of formally binding jurisprudential precedents, in particular the provisions of art. 486, §1, incs. V and VI, and 927, a subject that finds total pertinence with the activity of interpretation of the law, which, in turn, is also highlighted in art. 486, §§2nd and 3rd. This article deals with this preliminary theme with the question of precedents, namely the interpretation of the law (in the broad sense) as a process of formation of the legal norm and introduces the importance of the consensual limits to the activity of the interpreter of law.

Keywords: Legal procedure. Interpretation. Juridical norm. Precedents.

Data de submissão: 23/03/2017

Data de aceitação: 18/08/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. A ATIVIDADE INTERPRETATIVA DA LINGUAGEM ESCRITA NO DIREITO 1.1 Linguagem e direito 1.2 Signo: suporte físico, significado e significação. Enunciados e proposições jurídicas 1.3 Interpretação e evolução do direito: necessidade de controle social, consensual e efetivo da atividade do intérprete 1.4 A concretização da norma jurídica pela sua aplicação no caso concreto, a jurisprudência formalmente vinculante como fonte do direito e a importância do precedente enquanto consolidação do consenso normativo. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Parece ser consenso na doutrina jurídica que o novo Código de Processo Civil brasileiro (CPC), instituído por meio da Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015, trouxe mudanças estruturais em matéria de direito processual, não apenas no âmbito civil, mas em todos os ramos normativos do processo judicial. Essa amplitude de aplicação decorre principalmente da universalidade dos institutos que passou a reger, muitos dos quais ligados à ideia de constitucionalização do processo, que, por uma questão de topografia normativa, espriam-se por todo o direito.

Dentre os institutos com mais sensível mudança de regramento, destaca-se o tema dos **precedentes jurisprudenciais formalmente vinculantes**, em especial pelas disposições dos art. 486, §1º, incs. V e VI, e 927, tema que encontra total pertinência com a atividade de interpretação do direito, o que, por sua vez, também possui destaque no art. 486, parágrafos 2º e 3º.

Este trabalho é fruto de pesquisa do autor sobre o tema dos precedentes vinculantes no processo penal, a partir da análise das repercussões da nova sistemática de precedentes jurisprudenciais formalmente vinculantes do CPC/15 no direito processual penal brasileiro. Não se aprofundará aqui a tal ponto, limitando-se apenas à questão geral da interpretação da lei (em sentido lato) como processo de formação da norma jurídica e da consequente importância dos limites consensuais à atividade do intérprete do direito. Parte-se do preceito teórico de que **texto de lei e norma jurídica** não se confundem. Para tanto, serão abordados temas ligados à Filosofia da Linguagem e à Teoria da Norma, com conceitos como **signo, símbolos, significado, significação, enunciados e proposições normativas, veículo introdutor de normas, fontes do direito**, entre outros, até se debruçar sobre o papel que a atividade interpretativa do direito tem para a formação da norma jurídica, bem como sobre a importância dos limites consensuais da linguagem jurídica para atividade do intérprete do direito, na qual os precedentes jurisprudenciais têm um valor próprio e, por força do novo CPC, de grau inédito em nosso ordenamento.

A metodologia adotada no trabalho consiste em pesquisa doutrinária de boa parte dos principais autores, brasileiros e estrangeiros, sobre a temática da interpretação do direito na formação das normas jurídicas. Dessa pesquisa, buscou-se trazer, principalmente, as noções estruturais da norma jurídica, sua formação e seus elementos, com enfoque sobre a atividade interpretativa dos textos normativos. O corte metodológico limitativo

do trabalho tem por início o **giro linguístico** operado a partir do início do século XX sobre a função da linguagem enquanto elemento formador da realidade e termina com o consenso linguístico como elemento limitador da atividade interpretativa do direito, introduzindo o tema da atividade jurisdicional na importante seara da interpretação dos textos normativos e da conseqüente formação das normas jurídicas.

Seu objetivo é trazer da doutrina mais abalizada os conceitos mais aprofundados de norma jurídica e, com isso, traçar uma introdução teórica à aplicação dos precedentes jurisprudenciais, os quais, pelas modificações introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil, aparentam a intenção do legislador de quebrar o paradigma dominante segundo o qual somente a lei escrita seria apta a veicular normas jurídicas e de que não faria parte das fontes normativas a atividade jurisdicional, o que passaria a ser contraditório, hoje, dado o caráter vinculante, em certos casos, atribuído por lei, às decisões dos tribunais em matéria de interpretação do direito.

O trabalho pretende servir de introito aos questionamentos que naturalmente surgem acerca da jurisprudência como fonte normativa e apresentar a conceituação a qual permita iniciar esse questionamento pela diferenciação entre texto de lei e norma jurídica. O leitor, com esse material, poderá perceber que os institutos não se confundem, a produção normativa está muito além das palavras grafadas no papel e, principalmente, a atividade interpretativa para a formação e aplicação da norma jurídica é importante. Em especial, tem importância a atividade interpretativa desempenhada, constitucional e legalmente, pelos tribunais, principalmente os Tribunais Superiores, mas, sobretudo, a necessidade de se compreender que existem limites de linguagem normativa sobre essa atividade.

1. A ATIVIDADE INTERPRETATIVA DA LINGUAGEM ESCRITA NO DIREITO

O tema referente a precedentes jurisprudenciais formalmente vinculantes está notoriamente ligado à atividade de **interpretação** do direito. Um precedente, grosso modo, nada mais é do que a interpretação de um dispositivo normativo (ou um conjunto deles, não necessariamente de mesma hierarquia), realizada por uma autoridade judicial competente e que serve de fundamento à interpretação da mesma norma ou de outro que a ela se relacione, em um caso distinto do primeiro, mas que com ele também guarde alguma relação temática.

Operando, por enquanto, apenas no campo puramente gramatical, **interpretar** significa

definir, dar sentido, aclarar, explicar, determinar o significado preciso de (texto, lei e outros)¹. No sentido que aqui trataremos, portanto, o termo **interpretar** está ligado à noção de **definição de sentido** ou de **atribuição de significado**.

Nesse sentido, Guastini inicia sua clássica obra **Das fontes às normas**:

Entendo por ‘interpretação (jurídica)’ a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo. Chamo ‘texto normativo’ qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa e, por isso, identificável *prima facie* como fonte do direito dentro de um sistema jurídico dado.²

De acordo com Guibourg³, “*definir uma palabra es enunciar su significado*”. Ocorre que, na seara do direito, as definições vão muito além de simples palavras ou termos (símbolos), para alcançar enunciados inteiros e suas combinações⁴, muitas vezes entre normas de hierarquia normativa e áreas de aplicação diversa (basta pensar na combinação de normas de natureza processual civil com normas de direito processo penal e de direito constitucional para a solução de determinado problema jurídico ou antinomia normativa), passando por textos frontalmente divergentes e por princípios abstratos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

O direito é artificial e todas as leis, escritas ou não, precisam de interpretação do homem. E mais, o homem, na sua condição de ser humano, é dotado de subjetividade e ignorá-la não fará com que a valoração do intérprete desapareça. A carga valorativa contida em toda e qualquer interpretação é ineliminável, mas controlável com o da hermenêutica e da analítica.⁵

Cumprе ressaltar, desde já, uma questão semântica acerca do significado amplo que atividade de interpretação do direito pode ter, no sentido de não se restringir à jurisprudência ou à atividade judicial de aplicação das normas jurídicas, alcançando

¹ OLIVEIRA, H. M. (Org.). **Grande dicionário enciclopédico Rideel**, 1980, p. 1487. HOUAISS, A.; VILLAR, M. de S.; FRANCO, F. M. de M. **Dicionário Houaiss: sinônimos e antônimos**, 2008, p. 485.

² GUASTINI, R. **Das fontes às normas**, 2005, pp. 23-24.

³ GUIBOURG, R.; GUIGLIANI, A.; GUARINONI, R. **Introducción al conocimiento científico**, 1985, p. 54.

⁴ Nesse sentido e ainda sobre a existência de disposições sem normas e de (inexistência) de normas sem disposições, conferir: GUASTINI, R. **Das fontes às normas**, 2005, p. 34-43.

⁵ ZANETI JR, H.; PEREIRA, C. F. B. Teoria da Decisão no Código de Processo Civil: uma Ponte entre Hermenêutica e Analítica. In: **Revista de Processo**, 2016, p. 24.

também, por exemplo, a doutrina.

À doutrina também cabe, e com grande relevância, a atividade de esclarecimento e elucidação do ordenamento (interpretação em sentido amplo). Fá-lo, contudo, em linguagem própria da Ciência do Direito, isto é, **descritiva** e não prescritiva de normas, consubstanciando-se em **metalinguagem** em relação à **linguagem-objeto** de que trata: o direito posto. Vale ressaltar, por não operar no mesmo plano de linguagem que o direito positivo, mas em nível metalinguístico (descritivo), portanto, não pode causar modificações ou inovações em seu conjunto.

Em outras palavras, por mais verdadeiros que sejam os enunciados descritivos da Ciência do Direito (doutrina), esses não têm o condão de modificar as normas jurídicas que analisam⁶. Isso decorre de um motivo bastante simples: sendo o direito positivo um sistema fechado e **autopoietico** (autorregado) somente normas jurídicas internas a esse sistema podem prever a forma de sua alteração; não sendo a atividade doutrinária prevista no ordenamento como fonte do direito, não há que se falar em capacidade normativa de tal procedimento.

A interpretação dos textos legais, pela doutrina, não é, portanto, uma interpretação normativa (no sentido propriamente prescritivo desse termo), mas apenas uma interpretação científica e, portanto, meramente descritiva das leis.

No que se refere ao caráter **vinculante** da interpretação de determinado dispositivo normativo, somente determinadas pessoas, ou grupos de pessoas, investidas de autoridade, dada por outras normas jurídicas, e em determinadas condições ou segundo certos ritos procedimentais (também normativamente definidos), podem conferir a natureza cogente e formalmente vinculante a uma dada interpretação do direito.

Entre tais indivíduos e procedimentos não se inclui a atividade **doutrinária**⁷, pela razão já citada: o sistema do direito positivo não a inclui no ordenamento jurídico como fonte do direito.

Por esse motivo e porque o foco do presente trabalho diz respeito aos precedentes jurisprudenciais vinculantes, tem-se como norte, neste artigo, a atividade interpretativa **judicial** (ou jurisprudencial), posto que esta, sim, especialmente com o advento do novo

⁶ Assim entende, entre outros, GUASTINI, R. **Das fontes às normas**, 2005, pp. 94-97.

⁷ No mesmo sentido, conferir MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 174.

Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/15), possui caráter vinculante em determinadas hipóteses **reguladas pelo direito**.⁸

Quando um juiz ou tribunal analisa a constitucionalidade de determinado dispositivo de lei, ou mesmo de um ato infralegal, está, em última análise **interpretando** tal dispositivo à luz da Constituição (e interpretando a própria Constituição), ainda que disso resulte a sua declaração de invalidade (inconstitucionalidade) e, conseqüente, inaplicabilidade ou mesmo exclusão do conjunto de normas jurídicas válidas, do que resulta a aplicação de uma norma que não é exatamente correspondente à que está **textualmente escrita** na lei declarada inconstitucional (seja tal controle concentrado e abstrato ou difuso e concreto). A solução de conflitos aparentes de normas, sejam elas de mesmo nível hierárquico ou não, aliás, é uma constante no campo da aplicação do direito – mormente em tempos de explosão legiferante como os atuais, em que simplesmente é impossível conhecer todo o conteúdo normativo vigente, agravado pelas mais díspares decisões judiciais – e que, por isso, demanda, a toda hora e não exclusivamente dentro de um processo judicial⁹, o uso da analítica ou da hermenêutica jurídica, isto é, da atividade interpretativa para a solução das antinomias que eventualmente surgem.

Desse breve introito, já se pode traçar um esboço do que pretendemos tratar ao longo do presente trabalho, tal como já adiantado em seu título: que **texto de lei e norma não se confundem**. A **norma** não é a **lei** (ou qualquer outro instrumento análogo formal de linguagem escrita prescritiva). Destaque-se, a norma jurídica não é o texto legal que

⁸ Nesse sentido, interessante a concepção filosófica de HANS-GEORG GADAMER sobre a hermenêutica jurídica, especialmente na atividade jurisdicional: “A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda a concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo a que nos atemos. (...) Claro que esta tarefa da concreção não consiste unicamente num conhecimento dos parágrafos correspondentes. Temos de conhecer também a judicatura e todos os momentos que a determinam, se quisermos julgar juridicamente um caso determinado. (...) Por isso sempre é possível, por princípio, conceber a ordem judicial vigente como tal, o que significa reelaborar dogmáticamente qualquer complementação jurídica realizada. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação de essência, na qual a hermenêutica detém uma posição predominante. Pois não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção”. GADAMER, H. **Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**, 2008, pp. 489-490.

⁹ Podem surgir em um contrato, em um ato administrativo, em um processo disciplinar e em outros.

está no papel; não obstante, **o texto** é, normalmente, um dos **principais indicativos do conteúdo normativo** que se apresenta (haja vista o disposto no art. 5º, inc. II da Constituição Federal¹⁰), mas não esgota em si tal conteúdo. A norma jurídica se forma a partir do **sentido** que se dá ao texto e isso advém da **interpretação** que se faz do mesmo; a norma, portanto, só existe ou só se concretiza como tal a partir da **atividade humana de interpretar** ou de **dar sentido** aos termos da linguagem prescritiva do direito¹¹.

Tais premissas, que pertencem à Filosofia da Linguagem e à Teoria da Norma Jurídica, não são novas, muito embora pouco debatidas e ensinadas no ambiente acadêmico dos dias atuais. Sobre o tema teceremos maiores considerações a seguir.

1.1. Linguagem e direito

No mesmo passo de que se tratou anteriormente, reinicia-se destacando os excertos de Zaneti e Pereira:

Com o desenvolvimento da filosofia da linguagem, foi definitivamente superada a visão metafísica de que os objetos do mundo tinham um sentido em si (uma essência ontológica) ou que tais sentidos eram livremente atribuídos pelo sujeito (paradigma da filosofia da consciência), agora, é a linguagem o elemento constitutivo do conhecimento e do sentido do mundo.¹²

Na linha dessas valorosas lições, e antes mesmo de adentrar o campo da interpretação dos textos normativos, é preciso destacar que direito é **linguagem** e, por isso, ligada ao **conhecimento**; mais precisamente espécie de linguagem **prescritiva**, isto é, que determina comportamentos humanos¹³. Nesse sentido, aponta

¹⁰ Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹¹ Nesse passo, as precisas palavras de Humberto Ávila: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”. ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2015, pp. 50-55.

¹² ZANETI JR, H.; PEREIRA, C. F. B. Teoria da Decisão no Código de Processo Civil: uma Ponte entre Hermenêutica e Analítica. In: **Revista de Processo**, 2016, p. 26

¹³ GUASTINI, R. **Das fontes às normas**, 2005, p. 24.

Moussallem:

Entender a realidade humana como uma continuidade linguística torna-se de vital importância para a compreensão do homem e do direito na medida em que ambos não trabalham com os acontecimentos físicos, mas somente com a interpretação ou versão, por fim linguagem.¹⁴

Valem também as precisas assertivas de Dardo Scavino sobre o tema da linguagem e da realidade enquanto fruto de interpretação humana:

*(...) nunca conocemos la cosa tal cual es fuera de los discursos que hablan acerca de ella y, de alguna manera la crean o la construyen. Siempre conocemos, según el lema nietzscheano, una interpretación o una versión de los hechos, y nuestra versión resulta a su vez una versión de esa versión.*¹⁵

Por fim, a hábil lição de Carvalho: “ali onde houver normas jurídicas, escritas ou não escritas, haverá certamente uma linguagem em que tais regras se manifestem”¹⁶. Sobre a espécie de linguagem das normas jurídicas – a linguagem **prescritiva** – o mestre paulistano ensina como ela se presta

à expedição de ordens, de comandos, de prescrições dirigidas ao comportamento das pessoas. Todas as organizações normativas operam com essa linguagem para incidir no proceder humano, canalizando as condutas no sentido de implantar valores¹⁷.

A par das diversas acepções que o termo **conhecimento** pode ordinariamente ter (experiência, habilidade, conjunto de informações apreendidas etc), segundo Moussallem, para a Filosofia da Linguagem, o “conhecimento é a relação entre linguagens – significações”; um fato complexo que se desenvolve dentro de um processo

¹⁴ MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 28.

¹⁵ SCAVINO, D. **La filosofía actual: pensar sin certezas**, 1999, pp. 38-39.

¹⁶ CARVALHO, P. de B. **A visão semiótica na interpretação do direito**. Apostila inédita. 1995, p. 1. No mesmo sentido, GUASTINI, para quem “A interpretação jurídica pertence ao gênero da interpretação textual”. GUASTINI, R. **Das fontes às normas**, 2005, pp. 130-131.

¹⁷ Das palavras de VILANOVA: “Altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que o potencia em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito” (VILANOVA, L. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, 1977, pp.3-4)

de comunicação entre sujeitos.¹⁸

A partir do giro linguístico que coloca a linguagem como independente da realidade¹⁹ percebe-se que o homem não habita um mundo físico, mas um mundo cultural, formado não pela realidade em si, mas por **demonstrações** dessa realidade, que se constituem na linguagem. É indubitável que o mundo e seus objetos existem independentemente do homem, mas só existem **para este** quando por ele **percebidos** e só tomam forma quando apreendidos pela **sua linguagem**, que os organiza em pensamentos (representações e enunciados) e os retém e transmite também por meio da linguagem.

Nesse sentido, “a palavra [linguagem] não é só materialização do pensamento, é o próprio pensamento”²⁰ e o conhecimento, como processo comunicacional, somente existe por meio da linguagem. Se, como visto, a linguagem **constitui a realidade** para o homem e esta é o **objeto** do seu conhecimento, não há como se falar em conhecimento sem a linguagem; sem ela o primeiro se torna vazio de conteúdo e, portanto, inexistente²¹. Segundo Guibourg, *“podría definirse el concepto de language, en una primera aproximación, como un sistema de símbolos*

¹⁸ O professor capixaba ensina ainda que: “a distinção clara entre as palavras e as coisas é um produto tardio do espírito humano. Durante muitos anos acreditou-se que as palavras emergiam da essência do objeto. (...) Com a publicação da obra *Tractatus Logico-Philosophicus*, de Wittgenstein, teve início a época da filosofia da linguagem, a partir da qual a linguagem iniciou o seu processo de independência em relação à realidade, passando a sobrepô-la. Essa fase, que chega até os dias atuais, é conhecida como o ‘giro linguístico’”. MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, pp. 25 e 26.

¹⁹ O *Tractatus Logico-Philosophicus* (latim para “Tratado Lógico-Filosófico”) é o livro publicado pelo filósofo austríaco Ludwig Wittgenstein em sua vida. O projeto tinha um objetivo amplo - identificar a relação entre linguagem e realidade e para definir os limites da ciência - e é reconhecido como uma obra filosófica importante do século XX. G.E. Moore originalmente sugeriu o título latino do trabalho como homenagem ao *Tractatus Theologico-Politicus*, obra do filósofo holandês Baruch Spinoza. Wittgenstein escreveu as notas para o *Tractatus*, enquanto ele era um soldado durante a Primeira Guerra Mundial e o completou quando estava como prisioneiro de guerra em Como e depois Cassino em agosto de 1918. Foi publicado em alemão em 1921 como *Logisch-Philosophische Abhandlung*. O *Tractatus* foi influente, principalmente entre os positivistas lógicos do Círculo de Viena, tais como Rudolf Carnap e Friedrich Waismann (Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Tractatus_Logico-Philosophicus).

²⁰ MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 29.

²¹ Nas palavras de Ferraz Junior: “A realidade, o mundo real, não é um dado, mas uma articulação linguística mais ou menos num contexto social. (...) Fato não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade”. FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**, 1991, pp. 245 e 253.

que sirve a la comunicación”.²² Para Carvalho²³, a linguagem é a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos, cujo conjunto sistematizado é a língua.

A **linguagem** é, portanto, o conceito mais abrangente, contendo a língua e a fala. A **língua** corresponde ao sistema de signos de uma determinada comunidade social, que se presta à comunicação intersubjetiva de seus membros. Consiste em apenas um dos sistemas sógnicos que se prestam à comunicação, entre tantos outros meios de comunicação dentro de cada sociedade (gestos, expressão corporal, artes, vestuário, arquitetura, música, artes plásticas etc.) e que não se inserem no conceito de língua, posto ser esta limitada ao idioma, à palavra falada ou escrita²⁴. A **fala**, por sua vez, consiste no ato individual de seleção e de atualização, em face da língua que é instituição e sistema²⁵. A fala está para a língua, assim como o uso está para o esquema (HJELMSLEV) ou o código para a mensagem (JAKOBSON *apud* CARVALHO).

1.2 Signo: suporte físico, significado e significação. Enunciados e proposições jurídicas.

Ainda dentro da linguagem, pode-se destacar a subdivisão que faz Carvalho²⁶, baseado nos ensinamentos de Husserl, ao arrolar como seus elementos o signo, o suporte físico, o significado e a significação.

Signo, segundo o professor, é a unidade do sistema de linguagem que permite a comunicação intersubjetiva, com *status* lógico de relação. “Nele, um *suporte físico* se associa a um *significado* e a uma *significação*”²⁷. Essa tripartição é nomeada pelo autor de **triângulo semiótico**.

²² GUIBOURG, R.; GUIGLIANI, A.; GUARINONI, R. **Introducción al conocimiento científico**, 1985, p. 19.

²³ CARVALHO, P. de B. **Língua e linguagem - signos linguísticos – funções, formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens**, p. 11.

²⁴ CARVALHO, P. de B. **Língua e linguagem - signos linguísticos – funções, formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens**, p. 10.

²⁵ CARVALHO, P. de B. **Língua e linguagem - signos linguísticos – funções, formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens**, p.10.

²⁶ CARVALHO, P. de B. **Língua e linguagem - signos linguísticos – funções, formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens**, p. 12.

²⁷ CARVALHO, P. de B. **Língua e linguagem - signos linguísticos – funções, formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens**, p. 12.

O **suporte físico** é meio material (físico) pelo qual se transmite a linguagem idiomática, podendo ser a palavra falada (já que ondas sonoras são matéria) ou a escrita (tinta no papel, giz na lousa etc). Destaca-se, no campo do direito, como sabemos, o uso majoritário do suporte físico que contém a palavra **escrita**.

Significado, por sua vez, corresponde aos objetos do mundo exterior ou interior e, portanto, concreto ou imaginário, atual ou passado, a que se refere o signo. Já a **significação** é a ideia, noção ou conceito suscitado na **mente** do interlocutor a partir da percepção do signo e do conhecimento de seu significado, sendo **variável** conforme os fatores psíquicos ligados ao contexto da linguagem e à experiência de vida de cada um. Exemplo bastante elucidativo do uso da terminologia usada por Carvalho é dado por ele mesmo:

*A palavra **manga** (fruta) é o **suporte físico** (porção de tinta gravada no papel). Refere-se a uma realidade do mundo que todos conhecemos: uma espécie de fruta, que é seu **significado**. E faz surgir em nossa mente o conceito de manga, variável de pessoa para pessoa, na dependência de valores psíquicos ligados à experiência de vida de cada qual. Para aqueles que apreciarem essa fruta, certamente que sua imagem será de um alimento apetitoso, suculento. Para os que dela não gostarem, a ideia será desfavorável, aparecendo a representação com aspectos bem diferentes. Trata-se da **significação**”²⁸*

Para Moussallem:

*(...) o mundo é uma construção de **significações**. Uma palavra só se explica por outra palavra. Como sabemos o que são fatos jurídicos, fontes do direito, relação jurídica? Só por meio de explicações (linguagem) poderemos atingir o fim a que nos propusermos. O significado, como durante muito tempo se pensou, não é a relação entre o suporte físico e o objeto representado, mas, sim, a relação entre **significações** – sentidos. O significado de uma palavra já não é a coisa mesma, mas, sim, outra palavra.”²⁹*

Nesse sentido, ainda, a lição de Guibourg, Guigliani e Guarinoni:

Pero alguns (muchos) signos no dependen de uma relación de causa e efecto sino de um vínculo arbitrariamente fijado, y se usan adrede para traer a nuestra mente la representación del fenómeno que com él relacionamos. Los signos de esta clase particular se llaman símbolos, y si volvemos a leer los ejemplos del principio observaremos que los elementos

²⁸ CARVALHO, P. de B. **Língua e linguagem - signos linguísticos – funções, formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens**, p. 13.

²⁹ MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, pp. 27-28.

*allí usados como detonantes mentales de cada representación son símbolos, es decir, signos artificiales, intencionales y más o menos dependientes de alguna convención tácita entre miembros de un mismo grupo. De símbolos así están hechos los lenguajes.*³⁰

Percebe-se, portanto, que o suporte físico da linguagem contém um conjunto de signos, os quais se relacionam com algum objeto real ou abstrato (seu significado), por meio de uma convenção linguística dos homens. Essa associação entre o signo e o seu significado, por ser convencional (jamais natural ou intrínseca ao objeto), somente ocorre na **mente humana**, que, a partir do conhecimento prévio de seu significado, dá sentido próprio (significação) à linguagem utilizada. “Os signos (mais precisamente os símbolos) são convenções dos sujeitos para *representar* o mundo físico. São concepções pactuadas das quais o homem (como ser natural que é) compartilha, ao nascer em um mundo cultural”³¹.

Fixada a relação triangular semiótica das palavras (suporte físico, significado e significação), e ainda aproveitando as lições dos mestres argentinos, podemos avançar no tema, com os conceitos de **enunciado** e **proposição**.

Um **enunciado** ou uma **oração** é uma sequência significativa de palavras. Um enunciado é sempre composto de palavras que possuem significado, mas o próprio enunciado como um todo tem o seu próprio sentido, resultado dos significados das palavras combinadas entre si de certo modo. Podemos, com seu uso, descrever algo, expressar um sentimento, dar uma ordem, questionar, pedir, formalizar um ato etc. De acordo com Guastini, “um documento normativo (uma fonte do direito) é um agregado de enunciados do discurso prescritivo. Diz-se ‘discurso prescritivo’ (diretivo, normativo, preceptivo...) o curso empregado para modificar comportamentos humanos”³².

Para Carvalho, no triângulo semiótico dos signos, **enunciado** corresponde ao suporte

³⁰ GUIBOURG, R.; G., A.; GUARINONI, R. **Introducción al conocimiento científico**, 1985, p. 18.

³¹ MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 26.

³² GUASTINI, R. **Das fontes às normas**, 2005, p. 24. O autor ainda traz interessante concepção sobre a natureza enunciativa tanto do “enunciado” ou texto de lei, quanto do seu “significado” ou interpretação, ambos espécies de enunciados, porquanto a tanto a lei quanto seu significado somente podem ser expressos em linguagem e esta se veicula por meio de enunciados: “Não passará despercebido que, segundo a minha proposta definitiva, tanto o termo ‘disposição’ quanto o termo ‘norma’, denotam enunciados. São enunciados não só as disposições, como também as normas: não só os textos (ou certas partes dos textos), mas também os seus significados. (...) A disposição é um enunciado que constitui o objeto da interpretação. A norma pe um enunciado que constitui o produto, o resultado da interpretação. Nesse sentido, as normas são – por definição – variáveis dependentes da interpretação” (pp. 26 e 28).

físico, ou seja, à expressão material do signo, à palavra escrita ou falada.³³ Esse suporte físico refere-se a algo do mundo exterior ou interior, de existência concreta ou imaginária, atual ou passada, que é seu significado; e suscita na mente uma noção, ideia ou conceito denominado significação ou proposição³⁴. **Proposição**, portanto, é a significação criada pelo enunciado na mente, isto é, a construção mental do seu sentido³⁵; é o resultado produzido pela mensagem (suporte físico da linguagem) no entendimento do receptor, de acordo com as acepções e usos do código linguístico empregado e consentido pelos seus usuários.

No direito, a norma jurídica é a **significação** que se colhe da leitura dos textos de direito positivo³⁶. A constituição, as leis, os decretos, as portarias, os atos administrativos, as decisões judiciais, os contratos são todos exemplos de **veículos normativos** de enunciados da linguagem do direito. Seus elementos são os artigos, os parágrafos, os incisos, as alíneas, os segmentos de linguagem, que configuram **enunciados prescritivos**, aos quais correspondem **proposições (significações) jurídicas**³⁷.

³³ Em suas próprias palavras, enunciado é o “conjunto de fonemas ou grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário no contexto da comunicação”. CARVALHO, P. de B. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, 1998, pp. 19-20.

³⁴ SANTI, E. M. D. de. **Lançamento tributário**, 1999, p. 34

³⁵ Para GUASTINI, porém, “seria errado pensar que a disposição, enquanto fragmento linguístico, seja um objeto empírico, perceptível aos sentidos e que, pelo contrário, a norma enquanto “significado”, seja uma enigmática construção mental. Não há outro modo de formular um significado, senão por meio de palavras, e os significados não possuem uma “existência” independente das palavras com as quais são expressos. Portanto, a distinção entre disposição e norma não pretende ser uma distinção ontológica entre os enunciados e alguma coisa distinta dos enunciados. Trata-se, mais modestamente, da distinção entre duas classes de enunciados. GUASTINI, R. **Das fontes às normas**, 2005, p. 28.

³⁶ CARVALHO, P. de B. **Língua e linguagem - signos linguísticos – funções, formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens**, p. 23. Conf. Também SANTI, E. M. D. de. **Lançamento tributário**, 1999, p. 34.

³⁷ Para Guastini, “enunciado” é “qualquer expressão linguística sob forma acabada. Considera-se que o enunciado não coincide (necessariamente) com o isolado artigo de lei, ou com o isolado parágrafo. Um artigo de lei ou um parágrafo seu pode muito bem ser constituído, como acontece frequentemente, por uma pluralidade de enunciados. No que diz respeito a isso, os juristas falam às vezes de “proposição jurídica”, “proposição normativa”, e similares. Convém talvez precisar todavia, que ‘enunciado’ não é sinônimo de ‘proposição’, no sentido gramatical (e tampouco exatamente de ‘proposição’ em sentido lógico). Por um lado, de fato, nem todos os enunciados compõem-se de uma única proposição; e, por outro lado nem todas as proposições são enunciados. Um enunciado pode ser alternativamente: (a) ou uma “frase simples”, isto é, uma proposição independente; (b) ou uma “frase complexa”, isto é, um agregado independente de proposições, constituído por uma proposição principal e por uma ou mais proposições a esta subordinadas GUASTINI, R. **Das fontes às normas**. 2005, p. 25.

Da diferenciação entre o enunciado prescritivo e a proposição jurídica, é possível, portanto, estabelecer a diferença entre o **texto da lei** e a **norma jurídica**. Um é o mero suporte físico, o conjunto de signos usados na linguagem prescritiva do direito para transmitir determinado significado, de um emissor a um receptor (enunciado/texto de lei); outro, a atribuição de sentido a essa mensagem, que somente se consolida com a atividade interpretativa do destinatário de receber a mensagem, processá-la segundo seus próprios conhecimentos da linguagem utilizada, decorrente de um consenso coletivo de uso, e dar-lhe significação (norma ou proposição jurídica). Nesse sentido, Moussallem:

O que importa é compreender o direito como fruto da comunicação humana, um fato cultural, concebido com o objetivo de, pragmaticamente, regulamentar as condutas intersubjetivas. O direito pertence à classe dos fatos culturais e, como tal, encontra-se necessariamente plasmado em linguagem: a linguagem em sua função prescritiva, objetivada em um *corpus* identificável na variedade dos *textos* normativos (texto entendido aqui como suporte físico).³⁸

É lógico, porém necessário frisar, que o receptor não está (como se poderia equivocadamente imaginar) livre para atribuir ao enunciado usado pelo emissor o significado que bem quiser. Aí entram os limites da linguagem estabelecidos pelo seu **uso**. Não é o receptor quem define o sentido do enunciado; é o seu uso social e repetido, dentro de determinado grupo de pessoas, convencionalmente fixado, que o faz.³⁹

Ainda nesse sentido, afirma Ávila o seguinte:

(...) a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se aos *jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunidade linguística geral. Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da lingua-

³⁸ MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 41.

³⁹ Nessa esteira de pensamento, outra brilhante lição de Moussallem: “O homem, como ser cultural, habita uma linguagem. O sujeito emissor edifica seu mundo de acordo com sua linguagem e emite enunciados ao destinatário. Este, por sua vez, deverá coabitar o mesmo mundo linguístico do emissor para que possa compreender a mensagem (comunicação)”. MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 29.

gem. (...)Pode-se, com isso, afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem. (...) Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso.⁴⁰

O sentido de um símbolo ou de um enunciado, porém, não é estanque; ele muda e evolui, conforme o tempo, o local, os costumes, as condições sociais, econômicas, jurídicas e tudo o que influencia no uso da linguagem enquanto instrumento de comunicação do pensamento e do conhecimento. Nesse caldo linguístico-social estão inseridos o emissor, o receptor e a própria linguagem (com todos os seus elementos) e dele não há como escapar pela simples ignorância dos limites convencionais impostos à última. Ninguém pode dizer ou escrever *cadeira* e querer que alguém entenda *avião*; salvo se em dado contexto isso for convencionalmente previamente. Nesse sentido, uibourg, Guigliani e Guarinoni

*Si estipulamos libremente un nombre, nadie comprenderá nuestros mensajes que lo contengan a menos que comuniquemos previamente esa estipulación. Si, en cambio, seguimos la regla del uso común (es decir, usamos palabras con el mismo significado que comúnmente se les asigna en nuestro medio lingüístico), nuestros interlocutores no tendrán dificultad en entender lo que decimos. En otras palabras, podemos usar cualquier nombre que se nos ocurra para cada cosa; pero cuanto menor sea la aceptación común de ese significado en el medio en que nos movemos, tanto mayor será la dificultad de comunicación y tanto más necesaria alguna aclaración sobre nuestro lenguaje personal.*⁴¹

De outro lado, ninguém pode pretender que determinado termo tenha ontem, hoje e para sempre o mesmo sentido; a língua muda, como necessariamente muda a sociedade. Dizer **democracia** hoje é diferente do entendimento que se tinha sobre o termo na Grécia Antiga, assim como é diferente do significado que teve durante o período da ditadura militar e do sentido que temos hoje com uma Constituição Cidadã.

Nesse contexto, bastante pertinente a lição dada por Ávila acerca do significado das palavras e da importância da interpretação no direito:

(...) o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como

⁴⁰ ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2015, pp. 52-53.

⁴¹ GUIBOURG, R.; GUIGLIANI, A.; GUARINONI, R. **Introducción al conocimiento científico**, 1985, p. 35.

comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas com um ato de decisão que *constitui* a significação e o sentido de um texto. A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui “o” significado correto aos termos legais. Ele tão só constrói exemplo de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos – já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso, ou, melhor, como uso.⁴²

Isso tudo serve para demonstrar que o **texto da lei** não corresponde direta e inexoravelmente a um único sentido possível (o literal, por exemplo), embora haja esforço correto do legislador em dar-lhe sempre o sentido mais claro e menos ambíguo possível. Sabemos, no entanto, que, na prática, isso é tarefa de extrema dificuldade, dada a mutabilidade constante sofrida tanto pela língua, quanto pela realidade social, além da sempre presente falibilidade do conhecimento humano⁴³.

Se as mudanças são necessárias ao processo evolutivo da sociedade, tão importantes quanto são os mecanismos de controle social sobre a atividade interpretativa que implica em mudanças no sistema de normas jurídicas, conforme abordado no próximo tópico.

1.3. Interpretação e evolução do direito: necessidade de controle social, consensual e efetivo da atividade do intérprete

Fixa-se o ponto de que o conteúdo da norma jurídica não é **exatamente** o texto escrito na Constituição, na lei, no decreto, no tratado ou no contrato. Seu conteúdo é o **sentido** que se dá ao texto; e esse sentido decorre da **interpretação** do texto, fato que resulta de um **ato humano**, exclusivamente.

Nesse contexto, percebe-se a importância tamanha que o ato de interpretar textos normativos tem. Se sem a interpretação a lei é apenas um punhado de palavras (enunciados), para o direito, enquanto linguagem prescritiva, a interpretação, portanto, é tudo.

⁴² ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2015, pp. 51-52.

⁴³ POPPER, K. R. A lógica da Investigação Científica. In: CIVITA, V. **Os Pensadores**, 1975, p. 274-276.

Ocorre que o esforço interpretativo, como observado, nunca é um ato puramente individual. Ele é social, porque é **consensual**. Nesse contexto, mais uma brilhante lição de Ávila:

Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual. A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender ‘provisória’ como *permanente*, ‘trinta dias’ como *mais de trinta dias*, ‘todos os recursos’ como *alguns recursos*, ‘ampla defesa’ como *restrita defesa*, ‘manifestação concreta de capacidade econômica’ como *manifestação provável de capacidade econômica*, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.⁴⁴

Se direito não é “bom senso” (e não é mesmo), pode-se dizer, com segurança, que é, ao menos, **consenso**. E o é porque é linguagem; e linguagem é essencialmente **convenção**. Isso significa, mais uma vez, que o intérprete **não é livre** para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem.⁴⁵

No campo do direito, essa possível “liberdade de interpretação” das normas jurídicas é, provavelmente, um dos fatores de maior preocupação entre os juristas da atualidade. Frise-se como ponto de suma importância do presente trabalho que, **embora os enunciados normativos (textos da legislação constitucional e infraconstitucional) e norma jurídica não se confundam, os primeiros compõem-se como umas das principais referências interpretativas para a concretização das últimas** (haja vista o disposto no art. 5º, inc. II da CF; na seara penal, essa importância é ainda maior em razão do princípio

⁴⁴ ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2015, pp. 53-54.

⁴⁵ “O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional”. ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2015, pp. 44-45.

da estrita legalidade – inc. XXXIX⁴⁶). Disso já decorre uma severa mitigação da liberdade do intérprete jurídico, porquanto a limita com o conteúdo enunciado pelos veículos normativos escritos. Ocorre que isso, desde o século passado, não se vinha revelando como suficiente à nociva prática de interpretação arbitrária do direito. Nos dizeres de Zaneti e Pereira:

Estamos vivendo um momento pós-positivista, pelo menos em relação ao *vetero* positivismo, ou *paleojuspositivismo*, em que grandes incertezas existem neste ambiente de mudança de paradigma científico. O positivismo jurídico, em sua versão mais radical, na tentativa de purificar o direito da valoração do intérprete – porque não seria objeto de conhecimento científico – acabou não atacando o principal problema do fenômeno jurídico: a arbitrariedade dos aplicadores na interpretação do direito. Na luta central ao direito pelo controle do poder, não foram debatidas as questões referentes à discricionariedade deixada pela margem positivista de interpretação.⁴⁷

A advertência também é feita por Guastini, segundo o qual:

Num (...) sentido, pode-se dizer que os juízes criam direito por entender que a interpretação dos textos normativos (atividade típica dos juízes) não é operação cognoscitiva de normas (preexistentes), mas produtiva de normas. (...) Desse ponto de vista, não só os juízes criam sempre direito, como, ao invés disso, todo o direito é criado pelos juízes. Pode-se objetar este modo de ver da maneira que se segue. (...) O legislador não está vinculado por textos preexistentes, o juiz sim. (...) mesmo um vínculo débil é sempre um vínculo, um limite: é, de fato, impossível para o juiz atribuir a um texto – literalmente – ‘qualquer’ significado a seu gosto. A atividade legislativa está livre de vínculos desse tipo. Além disso, deve-se observar que o legislador não está sujeito a nenhuma obrigação de motivar suas decisões, ao passo que as decisões judiciais devem (a) ser motivadas, e (b) ser motivadas com base na lei. (...) A obrigação de motivação submete o juiz a um possível controle, posterior e diferente relativamente aos controles aos quais está submetida a atividade legislativa. A obrigação de motivar ‘com base na lei’ cria, ademais, um vínculo de subordinação do juiz com respeito ao legislador: em virtude dessa obrigação, o juiz fica obrigado a mostrar, argumentativamente, que a norma a que deu aplicação era uma norma ‘preexistente’ na lei. Trata-se novamente de um vínculo débil. Mas um vínculo débil é mais forte do que nenhum vínculo⁴⁸.

⁴⁶ Art. 5º. (...)XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

⁴⁷ ZANETI JR., H.; PEREIRA, C. F. B. Teoria da Decisão no Código de Processo Civil: uma Ponte entre Hermenêutica e Analítica. In: **Revista de Processo**, 2016, p. 24.

⁴⁸ GUASTINI, R. **Das fontes às normas**, 2005, pp. 221-222.

A necessidade de refrear práticas arbitrárias de interpretação das normas jurídicas culminou em uma mudança radical de paradigmas, na tentativa de restringir a liberdade (o “livre” convencimento) do juiz ao **consenso jurídico** formado tanto pela atividade legislativa quanto jurisprudencial. Nesse sentido, a aposição de uma sistemática de precedentes judiciais vinculantes no Código de Processo Civil de 2015 (em especial, por intermédio dos arts. 489 e 926) surge como um **acréscimo** à antiga fórmula de vinculação à lei. Não se trata de amarrar o juiz ao antigo e estancar qualquer evolução interpretativa, mas, sim, de evitar que o direito seja fruto de opções e concepções **individuais**, para tornar-se produto de discussões **coletivas** e com amplo **debate** dentro de um espaço bastante propício à participação democrática de todos os envolvidos: o processo; sem prejuízo, é claro, do cenário tradicional onde essas discussões e debates já ocorriam: as casas legislativas e, em menor escala, o Poder Executivo.

O escopo da “reforma” operada pelo novel Código de Processo Civil é, portanto, ampliar a dialética do direito, não restringi-la, tornando-o fruto, cada vez mais, enquanto linguagem que é, de consenso. Nesse contexto de uso coletivo e, portanto, socialmente controlado da linguagem do direito, a concretização das normas jurídicas em casos concretos e a utilização desses como precedentes formalmente vinculantes ganha imensa importância na pretensão de correção de todo o ordenamento, como melhor tratamos a seguir.

1.4. A concretização da norma jurídica pela sua aplicação no caso concreto, a jurisprudência formalmente vinculante como fonte do direito e a importância do precedente enquanto consolidação do consenso normativo

Uma das peculiaridades da convenção ou do consenso no direito é que esta atravessa diversas esferas, desde os costumes, as relações econômicas, de trabalho e emprego, familiares, de segurança, indo de grupamentos sociais menores aos maiores, associações dos mais variados tipos, até chegar às instâncias formalmente legislativas e virar lei. Esse processo, porém, como visto, não acaba aí. A lei formal e escrita não encerra a concretização da norma jurídica.

O tema daria ensejo a maiores digressões sobre o tema das **fontes formais do direito**, podendo chegar às noções de normas jurídicas **gerais e abstratas e individuais e concretas**⁴⁹, mas não é esse nosso intuito neste trabalho, nem o espaço permite. Por ora,

⁴⁹ Sobre o tema, conferir MOUSSALLEM, **Fontes do direito tributário**, 2001.

bastam algumas palavras de Moussallem sobre **não** ser a lei fonte do direito, nem a sua edição o fim do processo de enunciação das normas jurídicas:

Por outro lado, a 'lei' (no sentido tanto de veículo introdutor como de documento normativo) é produto das fontes do direito. A lei não pode ser fonte dela mesma, da mesma forma que um homem não é fonte dele mesmo, mas da cópula entre um homem e uma mulher. Tal assertiva ganha força ao nos lembrarmos dos três subsistemas componentes do sistema do direito positivo. A lei compõe o subsistema da literalidade textual (S_1). Assim é que a lei, documento normativo composto de enunciado(s) prescritivo(s), é uma das partes componentes do sistema do direito positivo. É a partir dela que se inicia o percurso gerativo de sentido do direito positivo. Portanto, a lei se localiza no interior do sistema do direito positivo, dele fazendo parte. Por outras palavras: a lei está para o enunciado, assim como o procedimento legislativo, judicial ou administrativo está para a enunciação. Esta é a fonte do direito, ao passo que aquele é o produto.⁵⁰

O que se pretende destacar é que da aposição de um enunciado normativo em um veículo introdutor de normas até seu significado final, quando aplicada a um caso concreto, ainda vai uma boa distância. Com efeito, somente quando interpretada e aplicada a algum caso real é que a norma jurídica se revela em sua totalidade; antes disso é um mero enunciado abstrato.

Isso pode parecer uma heresia contra a teoria geral do direito positivo, mas, para que assim não pareça, será explicado. A lei, na concepção positivista mais restrita da *civil law*, pretende ser exhaustiva, abrangendo todo tipo de conduta humana, sem deixar lacunas. Disso resulta que a lei, mesmo nessa concepção, precisa de um caso concreto que se amolde à sua hipótese para que ganhe incidência e concretude no mundo dos fatos.

É no caso concreto (fato jurídico) que o antecedente (hipótese descritiva) da norma vai buscar o seu consequente (prescritivo) e produzir efeitos, entre os quais o de dar significado completo às disposições abstratas da lei. Essa conjugação entre a hipótese normativa abstrata e o fato jurídico somente pode-se dar por meio de uma interpretação, por mais singela que possa ser, da autoridade normativamente incumbida para tanto; no caso do processo, a autoridade judicial.

Quando o juiz, dentro de um processo e por meio de uma norma individual e concreta (a sentença ou outro tipo de decisão judicial), subsume o fato a uma hipótese normativa, concretiza o conteúdo dessa norma e o faz interpretando que àquele fato corresponde

⁵⁰

MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 56.

determinada norma (ou um conjunto de normas). É ali que a norma jurídica efetivamente tem o seu significado concretamente revelado.

Concretamente, mas não **integralmente** revelado, advirta-se. É que, justamente por se tratar a lei de norma geral e abstrata e se prestar a regular infinitas relações jurídicas, ela nunca esgotará as suas hipóteses de aplicação, salvo quando for revogada por outra norma. Um caso concreto revelará sempre o conteúdo da norma, mas nunca o fará de forma integral, ou seja, definitiva, universal e estanque, pois outros casos futuros se incumbirão de fazê-lo, enquanto a norma viger, num processo constante, complementar e inesgotável de concretização da norma.

Interessante, portanto, é o fato de que as diversas decisões judiciais que vão aplicar a mesma norma jurídica em outros casos concretos vão acrescentar ao seu significado as **peculiaridades de cada caso**, inserindo a mesma norma em uma espiral evolutiva baseada no seu **uso**. Cada detalhe de cada caso vai aderir ao conteúdo da norma mais alguns elementos próprios de significação, tornando-a cada vez mais próxima – sem nunca esgotar as possibilidades – do seu verdadeiro significado. No sentido da evolução normativa e de seu descolamento progressivo da estrita “vontade” dos órgãos legiferantes, para adaptar-se à (nova) realidade, aponta Gadamer:

É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso, o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato legislador. Não obstante, não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei.⁵¹

Percebe-se que esse conjunto de interpretações e reinterpretações da norma jurídica, realizada por pessoas, procedimentos e em espaços previamente definidos por outras normas (autopoiese do direito), constitui o cenário de construção de precedentes normativos. Isso sempre houve no Brasil. As decisões judiciais sempre concretizaram normas jurídicas e, em maior ou menor medida, valeram-se de concretizações anteriores como fundamento e aprimoramento das decisões posteriores, seja pela força normativa vinculante que algumas decisões possuíam, seja pelo seu mero caráter persuasivo.

⁵¹ GADAMER, H. **Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 2008, p. 485.

Ocorre que o uso de precedentes jurisprudenciais sempre foi feito de maneira mais persuasória do que vinculante em nosso país. As últimas mudanças constitucionais e infraconstitucionais do fim do século XX e início do presente ciclo, contudo, foram formando cada vez mais hipóteses de vinculação das decisões judiciais às conclusões prévias da jurisprudência, em especial dos tribunais superiores.

Citam-se como exemplos dessa gradativa mudança a decisão proferida pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, §2º da CF, incluído pela EC nº 03/93 e modificado pela EC nº 45/04), as súmulas vinculantes (art. 103-A, também incluído pela EC nº 45/04), o recurso especial repetitivo (art. 543-C do CPC de 1973, incluído pela Lei nº 11.672/08, em especial os efeitos do seu §7º), da jurisprudência dominante como filtro à admissibilidade de recursos (art. 557, incluído pela Lei nº 9.756/98), entre outros. O novo Código de Processo Civil pode ser considerado o marco mais significativo de mudanças desse ciclo, dando à jurisprudência força normativa jamais alcançada pelas anteriores reformas pontuais da legislação processual civil (art. 486, §1º a 3º, incs. V e VI, e art. 927).

O tema inevitavelmente tocará a aparente dicotomia existente entre os sistemas ou tradições de direito consuetudinário (*common law* ou anglo-americano) e civilista (*civil law* ou romano-germânico ou europeu continental) e a forma com que cada um lida com a lei e a jurisprudência e como essas duas vertentes foram introduzidas no Brasil, dando origem a um certo hibridismo de nosso ordenamento jurídico. O espaço do artigo, mais uma vez, não comporta aprofundamento nesse assunto, mas permite afirmar, em rápidas palavras, que as influências de ambos as tradições jurídicas, *common* e *civil law*, têm significativa participação na formação do ordenamento jurídico brasileiro, respectiva e especialmente, a primeira na matriz constitucional pátria, a segunda na legislação infraconstitucional⁵².

Neste trabalho, objetiva-se deixar assentado apenas que o **processo legislativo** é importantíssima **fonte formal de direito** em nosso ordenamento (em especial no campo penal). No entanto, necessário destacar que a lei em sentido formal, veículo introdutor de normas que contém enunciados em linguagem escrita e prescritiva de condutas humanas, por si só, não contém normas jurídicas no seu sentido mais preciso. Todo texto legal demanda atribuição de sentido, pois as palavras não **são** as coisas que representam; sua relação não é intrínseca e direta com o objeto de seu significado, que é variável conforme

⁵² Para maior aprofundamento desse tema, conferir ZANETI JR., H. **A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição**, 2014, pp. 5-61.

o contexto, a cultura e o destinatário da mensagem. “O texto só pode chegar a falar através do outro, o intérprete. Somente por ele se reconvertem os signos escritos de novo em sentido”⁵³.

A significação de um enunciado – o que inclui os enunciados normativos – se forma na mente do intérprete, que, por sua vez, está também **inserido dentro de um ambiente linguístico coletivizado e consensualizado** que não lhe permite **qualquer interpretação imaginável**. O uso consensual da linguagem limita sua capacidade interpretativa, vinculando-o às convenções sociais de que é partícipe.

No campo do direito esse sistema convencional guarda certas peculiaridades tanto ou mais vinculantes do que em outros sistemas sociais também normatizados, na medida em que são definidas pessoas, espaços e procedimentos específicos para que se atribua ou modifique certo sentido das palavras usadas nos textos legais, isto é, para que se instituem ou modifiquem normas jurídicas, o que tem pertinência, ainda, com a temática das **fontes do direito**, a que se aludiu anteriormente.

Sobre o plexo de fontes do direito, Reale Junior explica que

são sempre estruturas normativas que implicam a existência de alguém dotado de um poder de decidir sobre o seu conteúdo, o que equivale dizer um poder de optar entre várias vias normativas possíveis, elegendo-se aquele que é declarada obrigatória.⁵⁴

Nesse contexto, o tema dos precedentes jurisprudenciais formalmente vinculantes apresenta-se como bastante pertinente. Para além das pessoas, espaços e procedimentos correspondentes às tradicionais fontes formais do direito – Poderes Legislativo e Executivo – ganha maior participação na concretização do processo de formação de normas jurídicas o ambiente em que operam o Poder Judiciário e todas as funções essenciais à administração da justiça, como o Ministério Público, a Advocacia Pública e Privada e a Defensoria Pública, além, é claro, dos cidadãos representados por tais atores do processo. Nesse cenário, a sociedade como um todo pode participar da formação e da atribuição de significado e conteúdo semântico-jurídico às normas que pretende ter vigentes em seu seio, o que revela a importância do tema no que se refere à consolidação da democracia, da cidadania, da república e da participação popular no exercício do poder que lhe pertence soberanamente (Constituição, art. 1º, *caput*, inc. II e parágrafo único).

⁵³ GADAMER, H. **Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 2008, p. 565.

⁵⁴ REALE JUNIOR, M. **Fontes e modelos do direito**, 1994, p. 14.

Nesse sentido, majestoso trabalho de demonstração da importância da participação popular na formação do ordenamento jurídico, através do processo, é apresentado por Zaneti Jr. em sua obra **A constitucionalização do processo**:

A democracia participativa revela-se no exercício do poder e do governo do povo, pelo povo e para o povo. A Constituição Federal, ao definir que todo poder emana do povo, expressamente indicou as formas de seu exercício representativo no Poder Legislativo e no Poder Executivo, restando ao Poder Judiciário, em decorrência da inércia como princípio basilar, o compromisso de prestar a jurisdição quando provocado pela forma direta, sempre nos limites do litígio e criando a solução para as partes envolvidas, mediante princípios de direito. Essa realidade coloca o Judiciário à frente da discussão, podendo realizar a democracia participativa ou compelir a soluções que considerem a cidadania, principalmente levando-se em consideração a abertura possível, em razão do contemporâneo processo constitucional e das ações coletivas, com a legitimação de formações sociais e entes exponenciais da sociedade.⁵⁵

Usando as palavras de Dinamarco:

Democracia é participação, e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influências sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia.⁵⁶

E, em arremate, conclui Zaneti Jr:

A defesa (...) é justamente no sentido de que os espaços democráticos são e devem ser plurais (que haja demodiversidade) e de que o Estado, na esfera de seus poderes independentes e harmônicos, na configuração constitucional que se estabeleceu no Brasil, em razão da sua tradição jurídica e da prática do *judicial review* frente ao permissivo constitucional do pleito civil *latu sensu*, tem institucionalizado, no Poder Judiciário, território privilegiado da democracia participativa e garantido o acesso do cidadão e dos corpos da sociedade civil à prática democrática.⁵⁷

⁵⁵ ZANETI JR., H. **A Constitucionalização do Processo**: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição, 2014, pp. 128-130.

⁵⁶ DINAMARCO, C. Rangel. A instrumentalidade do processo. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 71.

⁵⁷ ZANETI JR., H.; PEREIRA, C. F. B. Teoria da Decisão no Código de Processo Civil: uma Ponte entre Hermenêutica e Analítica. In: **Revista de Processo**, 2016, p. 132.

De se notar, portanto, que a interpretação dos textos normativos, que dá significado e conteúdo concreto às normas jurídicas, tem vasto campo de aplicação, de estudo e de aprimoramento na seara dos precedentes jurisprudenciais. Estes servem, nesse aspecto, especialmente, para que as escolhas normativas da sociedade amadureçam no debate, em campo o mais democrático possível, com regras e princípios que assegurem maior participação dos cidadãos e das instituições, e com maior segurança jurídica, coerência, integridade e estabilidade das decisões judiciais, sem que com isso se estanque ou se retarde o inexorável processo evolutivo do direito e da sociedade como um todo.

Em tema de interpretação das normas jurídicas e da consolidação do consenso acerca de seus significados, parece fora de dúvida, portanto, que uma sistemática de precedentes deve estar bem estruturada para harmonizar o sentido dado à norma com os princípios, objetivos, direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição. Esse, acredita-se, deve ser o norte de qualquer trabalho que pretenda analisar, com pretensão de correção, a repercussão do novo sistema de precedentes trazido pelo CPC/15 no ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se demonstrou, a temática dos precedentes jurisprudenciais formalmente vinculantes, fortalecida notavelmente pelo novo Código de Processo Civil, está intimamente ligada à atividade de interpretação dos enunciados normativos e, conseqüentemente, da formação das normas jurídicas, especialmente a partir da inclusão normativa dos precedentes como fontes formais do direito (art. 489, §1º, incs. V e VI, e §§2º e 3º; art. 927).

O tema dos precedentes jurisprudenciais vinculantes enriquece o cenário democrático-constitucional contemporâneo do direito processual e, por vazar-se em mais uma das fontes e formas de controle da atividade do intérprete jurídico quando chamado à interpretação da linguagem prescritiva do direito, merece ser estudado com o referencial teórico da Filosofia da Linguagem e da Teoria da Norma, sobre os quais nos debruçamos, de forma singela, neste artigo.

Essa atuação do intérprete é parte indissociável da concretização do complexo de normas jurídicas válidas e demonstra que **texto de lei** e **norma jurídica** não são sinônimos, mas partes de um processo muito mais amplo e complexo de formação da linguagem prescritiva do direito.

Aliás, ficou claro, também, que o direito é linguagem e, como tal, fruto de consenso, uso e evolução constantes no seio da sociedade, tendo, por isso, limites sintáticos e semânticos

para sua modificação, os quais, no sistema autopoietico do direito, são definidos pelas próprias normas que o integram.

Entre os limites à liberdade de interpretação do direito, ganham especial relevo a atuação do Poder Judiciário, como órgão legitimado à atribuição de sentido concreto às normas jurídicas válidas, e a jurisprudência dela decorrente, por conta da gradativa aderência de significado que os casos julgados prestam, em conjunto, à formação de um precedente; e este, por consolidar-se como fonte de direito, não apenas, portanto, no plano da persuasão, mas da vinculação normativa própria das normas jurídicas.

Do mesmo modo, revela-se o processo como espaço democrático de participação e influência popular no exercício do poder e na tomada de decisões políticas. O processo é, mais do que nunca, um dos ambientes, portanto, aptos a conferir aos indivíduos, isolada ou coletivamente, a capacidade de influir nas decisões políticas e praticar democracia, cidadania e exercício direto do poder do qual é detentor soberano, o que certamente inclui a atividade de interpretar e definir o sentido das normas que prescrevem as suas próprias condutas. Nesse contexto, é inegável o relevante papel que o processo, o Judiciário (com a participação das funções essenciais à justiça, Advocacia, Ministério Público e Defensoria Pública) e os precedentes prestam na conformação de um ordenamento jurídico justo e de uma tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO, P. de B. **A visão semiótica na interpretação do direito**. São Paulo: apostila inédita, 1995.

_____. **Curso de direito tributário**. 10ª ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

_____. **Língua e linguagem - signos linguísticos – funções, formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens**. Apostila de lógica do curso de mestrado em Direito da PUC/SP. São Paulo: inédito.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ECO, U. **O signo**. 3 ed. Lisboa: Editorial Presença, 1985

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1991.

GADAMER, H. **Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

GUASTINI, R. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

GUIBOURG, R.; GUIGLIANI, A.; GUARINONI, R. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: Eudeba, 1985.

HOUAISS, A.; VILLAR, M. de S.; FRANCO, F. M. de M. **Dicionário Houaiss: sinônimos e antônimos**, 2008, p. 485.

JAKOBSON, R. **Linguística e comunicação**. Trad. Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1969.

KUHN, T. **As estruturas das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 5ª edição, 1998.

MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

PEIRCE, C. S. **Semiótica e filosofia**. São Paulo: Cultrix, 1972.

_____; MORRIS, Charles. **Signo, linguagem e conduta**. Buenos Aires: Editorial Losada.

POPPER, K. R. **A lógica da Investigação Científica**. In: CIVITA, Victor. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

REALE JUNIOR, M. **Fontes e modelos do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTI, E. M. D. de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SCAVINO, D. **La filsofia actual: pensar sin certezas**. Santiago Del Esterro: Paidós

Postales, 1999.

VILANOVA, L. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ZANETI JR., H. **A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

_____ ; PEREIRA, C. F. B. **Teoria da Decisão no Código de Processo Civil: uma Ponte entre Hermenêutica e Analítica**. In: Revista de Processo, v. 412, n. 259, setembro, p. 21 e ss. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DE
HANNAH ARENDT

André Portugal

HUMAN RIGHTS SINCE HANNAH ARENDT

OS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DE HANNAH ARENDT

HUMAN RIGHTS SINCE HANNAH ARENDT

*André Portugal
Advogado*

*Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra.
Portugal*

andre@kleinportugal.com.br

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a problemática dos direitos humanos a partir da obra de Hannah Arendt. Como veremos, de uma análise do todo do trabalho da filósofa, sobretudo da sua definição de condição humana e de sua interpretação dos regimes totalitários do último século, pode-se encontrar fundamentos e um *modus operandi* para a garantia de muitos desses direitos.

Palavras-chave: Direitos humanos. Hannah Arendt. Condição humana. Regimes totalitários.

ABSTRACT

This article has as objective to analyse the human rights problem since Hannah Arendt's work. As we will see, from an analysis of her whole work, specially her definition of human condition and her interpretation of the last century's totalitarian regimes, is possible to find principles and a *modus operandi* for this rights guarantee.

Keywords: Human rights. Hannah Arendt. Human condition. Totalitarian regimes.

Data de submissão: 21/03/2017

Data de aceitação: 13/06/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. UMA BREVE DESCRIÇÃO D'A CONDIÇÃO HUMANA 2. OS DOMÍNIOS PÚBLICO E PRIVADO E O CONCEITO DE LIBERDADE 3. AS INÉDITAS EXPERIÊNCIAS TOTALITÁRIAS E A BANALIDADE DO MAL 4. OS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DE HANNAH ARENDT. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é trazer algumas breves reflexões, a partir da obra de Hannah Arendt, sobre a fundamentação dos direitos humanos. Como veremos, muitos dos pressupostos arendtianos recaem, justamente, sobre a necessidade do reconhecimento de alguns desses direitos.

O primeiro tópico destina-se a descrever, brevemente, aquela que parece ser a obra de H. Arendt: **A Condição Humana**. Nela, aparece a distinção entre os três aspectos da *vita activa*: trabalho, obra e ação.¹

No segundo, procura-se trazer a importante diferenciação entre os domínios público e privado, também presente em **A Condição Humana**. Nesse tópico, também há a conceituação de Hannah Arendt para a liberdade, o que julga-se importante para a temática dos direitos humanos.

Por sua vez, o terceiro tópico entra na análise dos totalitarismos do último século. A ruptura que eles representaram, fornece um interessante ponto de partida para se analisar os direitos humanos. Aqui, a descrição de **A Condição Humana** ganhará ainda mais sentido, porquanto esses movimentos totalitários efetivamente mostraram-se capazes de desconsiderar muitos dos aspectos que condicionam a vida humana na Terra. Vale dizer, é também neste ponto que será tratado o famigerado fenômeno da banalidade do mal.

¹ Nas edições anteriores da tradução brasileira, esses aspectos da *vita activa* eram traduzidos, respectivamente, para labor, trabalho e ação. Na tradução mais atualizada, todavia, labor foi substituído por trabalho e trabalho foi substituído por obra. Optamos, neste trabalho, por utilizar os termos da tradução mais atualizada.

Por fim, analisaremos como os direitos humanos se relacionam com tudo isso. Mais concretamente, o último tópico procura demonstrar que direitos humanos podem ser derivados das premissas e conclusões do trabalho de Hannah Arendt.

1. UMA BREVE DESCRIÇÃO D'A CONDIÇÃO HUMANA

Muito provavelmente, **A Condição Humana** se trata da grande obra de Hannah Arendt. Nela, aparecem todas as premissas teóricas de que parte a filósofa para analisar tanto as experiências totalitárias (conquanto **As Origens do Totalitarismo** tenha sido publicada sete anos antes), como os conceitos de violência, política e liberdade, além, é claro, do famigerado caso Eichmann.

Nessa obra, H. Arendt se propõe a projetar luzes na busca da compreensão do mundo em que a vida humana é lançada e do próprio papel desempenhado pelas atividades humanas nesse cenário. Na verdade, **A Condição Humana** não seria senão as condições de possibilidade do desenvolvimento dessas atividades, nesse horizonte. E, diferentemente de qualquer ideia de natureza ou essência humana, esses condicionamentos “jamais podem explicar o que ou quem somos, pois jamais nos condicionam de modo absoluto”².

Para tanto, ela lança mão do termo *vita activa*, o qual designa uma tríade de atividades humanas fundamentais: trabalho, obra e ação, todas fundamentadas em condições mais gerais da existência humana, sobretudo o nascimento e a morte, a natalidade e a mortalidade.

O trabalho vincula-se à satisfação de necessidades humanas vitais. Em outras palavras, trabalha-se para garantir a própria sobrevivência. “A condição humana do trabalho é a própria vida.”³ Daí é que se cuida de uma atividade que se move sempre “no mesmo círculo prescrito pelo processo biológico do organismo vivo, e o fim de suas ‘fadigas e penas’ só advém com a morte desse organismo”⁴. A palavra trabalho, portanto, é compreendida enquanto “um substantivo verbal classificado com o gerúndio”⁵, porquanto constitui uma

² Essa distinção é importante, pois a ideia de natureza humana é sobremodo arraigada nas tradições filosóficas ocidentais. ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 13.

³ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 9.

⁴ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 120.

⁵ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 103.

atividade que persistirá enquanto houver vida. Seu produto não tem durabilidade, pois frequentemente é consumido logo após a produção. Esvai-se assim que é concluído. O seu agente é o *animal laborans*.

Talvez isso fique mais claro com a definição da segunda atividade humana fundamental, a obra. Desta decorre a fabricação da infinita variedade de coisas cuja soma constitui o artifício humano. O *homo faber* procura estabilidade e solidez. Em termos fenomenológicos, é “essa durabilidade que confere às coisas do mundo sua relativa independência dos homens que as produziram e as utilizam, sua objetividade, que as faz resistir, se opor (*stand against*) e suportar, pelo menos durante algum tempo, as vorazes necessidades e carências de seus fabricantes e usuários vivos.”⁶ Os produtos da atividade do *homo faber*, dado o seu caráter durável, acabam por constituir o mundo objetivo a que todos temos acesso, a que todos compartilhamos, por assim dizer. Eles têm a função de estabilizar a vida humana, a partir do que os homens,

a despeito de sua natureza sempre cambiante, podem recobrar sua mesmidade (*ameness*), isto é, sua identidade, por se relacionarem com a mesma cadeira e a mesma mesa. Em outras palavras, contra a subjetividade dos homens afirma-se a objetividade do mundo feito pelo homem.⁷

É a partir desse mundo comum que a convivência humana é possível. Pode-se dizer, tanto por isso, que a “condição humana da obra é a mundanidade.”⁸

Como a obra é o produto de um fabricante, o *homo faber*, pode-se dizer que ela

é executada sob a orientação de um modelo segundo o qual se constrói o objeto. Esse modelo pode ser uma imagem vista pelos olhos da mente ou um esboço, no qual a imagem já passou por um ensaio de materialização por meio da obra.⁹

De todo modo, a orientação do processo de fabricação vem de fora e o precede, tal como as necessidades do processo vital precedem o efetivo processo de trabalho. Além do mais, essa orientação é exclusivamente baseada nas categorias dos meios e do fim, vinculada à

⁶ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 170.

⁷ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 170.

⁸ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 9.

⁹ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 174.

ideia de utilidade¹⁰. E, dado o seu raciocínio efetivamente finalístico, sua característica é “ter um começo definido e um fim definido e previsível, e essa característica é bastante para distingui-la de todas as outras atividades humanas.”¹¹ Daí é que, sendo o *homo faber* o senhor de si mesmo e de seus atos, Hannah Arendt o define como o amo e senhor de toda a natureza. Ele, ao atuar tão somente na companhia da imagem de seu futuro produto, “é livre para produzir e, também a sós, diante da obra de suas mãos, é livre para destruir.”¹²

A obra diferencia-se não só do trabalho, mas também da ação. Essa última (é a única atividade que) ocorre diretamente entre os homens, sem a mediação das coisas ou da matéria. Corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato que não o Homem, mas os homens vivem na Terra e, assim, habitam o mundo. “A pluralidade é a condição da ação humana porque somos todos iguais, isto é, humanos, de um modo tal que ninguém jamais é igual a qualquer outro que viveu, vive ou viverá.”¹³ Em outros termos, a pluralidade tem um duplo aspecto, podendo ser caracterizado como igualdade e, paradoxalmente, como distinção.

Se não fossem iguais, os homens não poderiam compreender uns aos outros e os que vieram antes deles, nem fazer planos para o futuro, nem prever as necessidades daqueles que virão depois deles. Se não fossem distintos, sendo cada ser humano distinto de qualquer outro que é, foi ou será, não precisariam do discurso nem da ação para se fazerem compreender.¹⁴

Trata-se do que H. Arendt chamou de uma “paradoxal pluralidade de seres únicos”¹⁵.

A ação relaciona-se diretamente ao discurso e, por conseguinte, à comunicação. Juntos, ambos constituem o meio pelo qual os homens conseguem distinguir a si próprios. Sem o discurso, teríamos robôs que agiriam sem compreender uns aos outros. No agir e no falar, os homens expressam a sua identidade, “na conformação singular do corpo e no som

¹⁰ Na medida em que é *homo faber*, o homem instrumentaliza, e sua instrumentalização implica a degradação de todas as coisas a meios, a perda do seu valor intrínseco e independente, de tal modo que finalmente não apenas os objetos da fabricação, mas também ‘a Terra em geral e todas as forças da natureza’ – que claramente vêm a ser sem o auxílio do homem e possuem uma existência independente do mundo humano –, perdem seu ‘valor porque não apresentam a reificação resultante da obra. ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 194.

¹¹ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 178.

¹² ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, pp. 178-9.

¹³ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 10.

¹⁴ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 217.

¹⁵ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 217.

singular da voz.”¹⁶ E essa distinção carece da pluralidade: somente no meio de outros eu consigo distinguir-me a mim mesmo. Aqui, Hannah Arendt parte de premissas retiradas da fenomenologia, ao vincular a existência à aparência. “Ser e Aparência coincidem”, diz-nos, pois não há ninguém que exista nesse mundo “cujo verdadeiro ser não pressuponha um espectador”¹⁷. Tudo existe para ser percebido por alguém. Disso decorre que não há nenhum sujeito que não possa - e não vá - ser visto como objeto por um outro sujeito¹⁸. Metaforicamente, todos os sujeitos aparecem uns aos outros em um palco de aparição criado para eles¹⁹.

“O palco é comum a todos que estão vivos, mas **parece** diferente para cada espécie, diferente também para cada espécime individual.”²⁰ Na realidade, esse palco é o domínio público no qual nos relacionamos uns com os outros. Tudo isso pressupõe linguagem (porquanto há discurso e comunicação), e, como bem demonstra o segundo Ludwig Wittgenstein, nenhum homem pode jogar sozinho um jogo de linguagem, de modo que a linguagem pressupõe pluralidade, intersubjetividade e continuidade²¹. A ação, portanto, jamais será possível no isolamento. Essa pluralidade, como a ação, faz parte das condições pioneiras da humanização²².

É verdade que também o *animal laborans* e o *homo faber* podem ter um domínio público e aparecer aos outros. Mas, com relação ao primeiro, a despeito de os trabalhadores viverem na companhia uns dos outros, trata-se de um estar junto que é despidido de todos os traços característicos da condição humana da pluralidade. Isto porque, sobretudo nas modernas condições de divisão do trabalho, eles acabam por não ser diferenciados entre si: “são todos fundamentalmente iguais por serem o que são como meros organismos vivos.”

¹⁶ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 222.

¹⁷ ARENDT, H. **A Vida do Espírito**, 2011, p. 29.

¹⁸ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 30.

¹⁹ ARENDT, H. **Entre o Passado e o Futuro**, 2013, pp. 200-201.

²⁰ ARENDT, H. **A Vida do Espírito**, 2011, p. 30.

²¹ WITTGENSTEIN, L. **Tratado Lógico-Filosófico * Investigações Filosóficas**, 2003, p. 320.

²² “Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos, mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens. A atividade do trabalho não requer a presença de outros, mas um ser que trabalhasse em completa solidão não seria humano, e sim um *animal laborans* no sentido mais literal da expressão. Um homem, obrando, fabricando e construindo [working and fabricating and building] um mundo habitado somente por ele mesmo, seria ainda um fabricante, embora não um *homo faber*: teria perdido a sua qualidade especificamente humana e seria, antes, um deus – certamente não o Criador, mas um demiurgo divino como Platão o descreveu em um dos seus mitos.” ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 28-ss.

Não há igualdade, mas uniformidade, a tal ponto que a cada um compete se sentir não como indivíduo, mas um com os outros, em uma totalidade unificadora: todos são um só, o que é essencialmente antipolítico, por constituir

o exato oposto da convivência que prevalece nas comunidades comerciais ou políticas que – para citar o exemplo de Aristóteles – não consiste em uma associação (*koinonia*) entre dois médicos, mas de um médico com um agricultor e, de modo geral, de pessoas diferentes e desiguais.²³

Já no que diz respeito ao *homo faber*, seu palco de aparição é o mercado de trocas, e, inevitavelmente, aqueles que nele se encontram não são vistos como pessoas, mas como fabricantes em cujos produtos nunca exibem a si mesmos, tanto menos suas qualidades e aptidões. O que está em jogo são, exclusivamente, os produtos. “O impulso que conduz o fabricante à praça pública não é o desejo de encontrar pessoas, mas produtos, e o poder que mantém a coesão e a existência desse mercado não é a potencialidade que surge entre as pessoas quando estas se unem na ação e no discurso, mas um ‘poder de troca’ (Adam Smith) combinado que cada participante adquiriu em seu isolamento.”²⁴ Diferentemente, na ação, os homens aparecem uns aos outros *qua* homens. A linguagem que permite identifica-los como participantes de um mesmo jogo de linguagem é, também, paradoxalmente capaz de os distingui-los como seres únicos.

H. Arendt vincula o conceito de ação ao de iniciativa. Agir é começar algo novo, inesperado. “É com palavras e atos que nos inserimos no mundo humano, e essa inserção é como um segundo nascimento”²⁵. Na ação, não há qualquer vinculação à necessidade, como ocorre no trabalho, tanto menos previsibilidade quanto aos seus resultados, como se passa na obra. Pelo contrário, o “novo sempre acontece em oposição à esmagadora possibilidade das leis estatísticas e à sua probabilidade que, para todos os fins práticos e cotidianos, equivale à certeza.”

Por isso, “o novo sempre aparece na forma de um milagre.” A capacidade de agir equivale à capacidade humana para o inesperado, o infinitamente improvável, o que, repita-se, somente é possível “porque cada homem é único, de sorte que, a cada nascimento [e a cada ação], vem ao mundo algo singularmente novo.” Assim, a ação é a efetivação da condição humana da natalidade – entendida como início e, por conseguinte, como

²³ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, pp. 265-266.

²⁴ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, pp. 259-260.

²⁵ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 219.

imprevisível -; o discurso, por seu turno, é correspondente à distinção entre todos os homens, representando, justamente por isso, a “efetivação da condição humana da pluralidade, isto é, do viver como um ser distinto e único entre iguais.”²⁶

Dessa ligação do agir com a possibilidade do inesperado, H. Arendt infere duras críticas ao historicismo, em suas mais variadas feições²⁷. Se ao homem for permitido agir – e, segundo ela, a ação, ainda que potencialmente, nunca deixa de existir -, não há como vinculá-lo a mandamentos ou a pressupostos de criadores visíveis ou invisíveis²⁸.

Isso porque a “história real, em que nos engajamos enquanto vivemos, não tem criador visível nem invisível porque não é criada. O único alguém que ela revela é o seu herói.”²⁹ Como se verá adiante, há muito desses pressupostos na detalhada análise arendtiana das duas experiências totalitárias do último século, em **As Origens do Totalitarismo**.

Além disso, os conceitos de ação e discurso, por conseguinte, de pluralidade, são a base da qual ela parte para a sua conhecida distinção entre poder e violência. O poder depende do assentimento dos destinatários e surge de um agir em comum acordo, ao passo que a violência parte da imposição e, por conseguinte, do uso da força e visa a dominação. O poder necessita do número; diversamente, “a violência, até certo ponto, pode dispensá-lo, através do recurso aos instrumentos”³⁰.

Daí é que, quando Mão-Tsé Tung afirma que “o poder está no cano de uma arma”, esse poder, na verdade, se trata de violência. Ambos são contrários; quando um reina absolutamente, o outro inexistente. Enquanto a violência jamais pode ser legítima, o poder carece dessa legitimidade, oriunda da reunião inicial entre pessoas.

Devemos lembrar que a violência não depende do número ou das opiniões, mas dos instrumentos, e os instrumentos da violência, como já tive ocasião de dizer, aumentam e multiplicam, como todos os outros utensílios, a potência humana. Os que se opuserem à violência por meio do simples poder, em breve descobrirão que se confrontam não com homens, mas com artefactos dos homens, artefactos cuja inumanidade e a eficácia destrutiva aumentam na propor-

²⁶ Todas as demais citações diretas deste parágrafo encontram-se em ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, pp. 220-221.

²⁷ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 229.

²⁸ ARENDT, H. **Sobre a Violência**, 2014, pp. 35-6.

²⁹ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 231.

³⁰ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 47.

ção da distância que separa os adversários. A violência pode sempre destruir o poder; a ponta de uma espingarda pode ser origem das ordens mais eficazes na determinação da obediência mais instantânea e completa. Do que nunca poderá ser origem, é do poder.³¹

O poder, portanto, pressupõe o domínio público: o agir e o falar em conjunto, que representam a efetivação da pluralidade, são a condição de todas as formas de organização política. Por isso mesmo, na medida em que a tirania se baseia no isolamento do tirano em relação aos seus súditos, e dos súditos entre si, através do medo e suspeita generalizados, ela não seria suficiente para gerar poder, razão pela qual “tão logo passa a existir, gera as sementes de sua própria destruição.”³²

A política pressupõe ação, portanto, cuja essência é a própria liberdade, a ser exercida, sempre, com os outros³³. Se a essência da vida humana se encontra justamente na possibilidade de agir, isso deve servir “como um lembrete sempre-presente de que os homens, embora tenham de morrer, não nascem para morrer, mas para começar”³⁴.

2. OS DOMÍNIOS PÚBLICO E PRIVADO E O CONCEITO DE LIBERDADE

Se os homens nascem para começar, ou seja, para agir, é necessário que lhes sejam assegurados os meios para tanto. Mais concretamente, isso implica em que aos homens devem ser garantidas determinadas condições de possibilidade para a *vita activa*, o que envolve, inicialmente, a distinção entre os domínios público e privado e, em segundo lugar, uma reformulação do conceito de liberdade.

O domínio público, como explicitamos linhas acima, consiste justamente no palco em que aparecemos uns aos outros. Pressupõe, tanto por isso, outros que veem o que vemos e ouvem o que ouvimos, o que “garante-nos a realidade do mundo e de nós mesmos”³⁵. Esse espaço público é importante, porque garante que as várias perspectivas sejam expostas e

³¹ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 57.

³² ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 251.

³³ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 290.

³⁴ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 305. Aqui, Hannah Arendt inverte, de certo modo, o postulado do “ser-para-a-morte”, de M. Heidegger.

³⁵ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 62.

dialoguem entre si. “É esse o significado da vida pública.”³⁶ Não obstante, ele somente tolera o que lhe é considerado relevante, digno de ser visto e ouvido, “de sorte que o irrelevante se torna automaticamente um assunto privado.”³⁷

Daí a necessidade de um domínio privado. H. Arendt relaciona-o à propriedade, mas fala de propriedade enquanto lugar próprio no mundo, não enquanto riqueza privada. Por outras palavras, a toda pessoa deve ser garantida a possibilidade de se ausentar, ainda que provisoriamente, do domínio público onde se dialoga com os outros. Em seu lugar, entraria um diálogo consigo próprio, a que Hannah Arendt, a partir de Sócrates, chamou pensamento. Eu, apesar de ser um,

não sou simplesmente um, pois tenho um ser próprio e entro em relação com esse ser próprio enquanto meu próprio eu. Este si mesmo não é uma ilusão, e faz-se ouvir falando-me – e, nesse sentido, embora seja um, sou dois em um e pode haver harmonia ou desarmonia no meu ser próprio.³⁸

Nesse diálogo consigo mesmo é que se encontraria a consciência. O importante nessa relação seria atingir a concordância, porque viver em desacordo com nós mesmos soaria como viver e “estar diariamente em contato com nosso próprio inimigo”³⁹. E, como logo se percebe, somente em um espaço privado, próprio, solitário, a pessoa pode refletir sobre seus atos na esfera pública, no palco em que aparece aos outros. Além de se comunicar com os outros, ela precisa dialogar consigo mesma. O domínio público, portanto, carece da companhia de um domínio privado.

Nisso, encontra-se a própria definição arendtiana de pessoa. Segundo H. Arendt, a pessoa difere do simples ser humano, justamente pela condição do pensamento e da consciência, originados desse diálogo consigo próprio. A consciência é que imporia os limites ao que lhe seria permitido fazer.

São limites que mudam de pessoa para pessoa, de país para país, de século para século, mas o mal ilimitado e extremo só é possível quando estas raízes desenvolvidas pela própria pessoa de cada um e que limitam automaticamente as suas possibilidades se encontram ausentes.⁴⁰

³⁶ A importância de ser visto e ouvido por outros provém do fato de que todos veem e ouvem de ângulos diferentes. É esse o significado da vida pública. ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 70.

³⁷ ARENDT, H. **A Condição Humana**, 2014, p. 63.

³⁸ ARENDT, H. **Responsabilidade e Juízo**, p. 89.

³⁹ ARENDT, H. **Responsabilidade e Juízo**, p. 89.

⁴⁰ ARENDT, H. **Responsabilidade e Juízo**, pp. 90-ss.

O desaparecimento do pensamento, do diálogo consigo próprio, portanto, consistiria na perda do próprio caráter de pessoa. Como veremos, nisso consiste a conclusão da análise de Hannah Arendt sobre os regimes totalitários do último século, nos quais se verificou o que ela chamou de banalidade do mal.

Em suma, deve ser garantido aos indivíduos não somente um domínio efetivamente público, mas também um espaço privado onde o pensamento possa aparecer. Mas os pressupostos da condição humana também lançam luzes sobre outra questão importante, que também se relacionam diretamente com as distinções entre os domínios público e privado. Trata-se da definição de liberdade.

A liberdade é essencialmente política, diz-nos Hannah Arendt, porquanto se relaciona diretamente com a ação. O conceito não se relaciona com a possibilidade de se fazer o que se deseje, com o livre arbítrio, mas, antes, depende da pluralidade, da companhia de outros. Em outros termos, na medida em que não o homem, mas os homens habitam o mundo, a liberdade não pode se relacionar com o querer de um indivíduo solitário ou de um grupo específico, mas com o poder, ou, melhor, com a coincidência entre o querer e o poder, este último inevitavelmente dependente do domínio público. “Somente quando o quero e o posso coincidem a liberdade se consuma”⁴¹. Em outras palavras, liberdade não pode ser sinônimo de vontade, e o poder político não pode ser confundido com o resultado de um conflito entre vontades individuais, solitárias e não comunicadas entre si. Afinal de contas, “um Estado em que não existe comunicação entre os cidadãos e onde cada homem pensa apenas seus próprios pensamentos é, por definição, uma tirania”⁴².

Conforme fala-se, a liberdade não pode ser identificada com a soberania. Os homens jamais serão soberanos, no sentido de não dependerem de outros, e a fundamentação da soberania de um indivíduo ou grupo em especial somente pode se sustentar às custas da soberania de todos os demais. Ou seja, somente se não os reconhecesse como iguais, ou caso se imaginasse como detentor de algum privilégio, é que o indivíduo ou grupo pretensamente soberano poderia lograr algum êxito em seus objetivos. Como logo se nota, isso pode ser bastante perigoso. Além de tudo, mais que reconhecidos como iguais na participação da formação do mundo comum, os indivíduos devem ser reconhecidos como seres únicos e, tanto por isso, também diversos uns dos outros.

Daí a capacidade, inerente a cada um, de contribuir, à sua maneira e de sua perspectiva,

⁴¹ ARENDT, H. **Entre o Passado e o Futuro**, 2013, p. 210.

⁴² ARENDT, H. **Entre o Passado e o Futuro**, 2013, p. 212.

para a construção desse mundo comum, sem ser possível falar de uma vontade geral que, sem se permitir ouvir a todos, a todos represente. Por isso mesmo, pode-se afirmar que essa “soberania dos organismos políticos sempre foi uma ilusão, a qual, além do mais, só pode ser mantida pelos instrumentos de violência, isto é, com meios essencialmente não-políticos. Sob condições humanas, que são determinadas pelo fato de que não é o homem, mas são os homens que vivem sobre a terra, liberdade e soberania conservam tão pouca identidade que nem mesmo podem existir simultaneamente.

Onde os homens aspiram a ser soberanos, como indivíduos ou grupos organizados, devem se submeter à opressão e à vontade, seja esta a vontade individual com a qual obrigo a mim mesmo, seja a ‘vontade geral’ de um grupo organizado. Se os homens desejam ser livres, é precisamente à soberania que devem renunciar.”⁴³ A liberdade pressupõe a ação, e a ação depende do reconhecimento da “paradoxal pluralidade de seres únicos” que marca a existência humana na Terra.

3. AS INÉDITAS EXPERIÊNCIAS TOTALITÁRIAS E A BANALIDADE DO MAL

“(...) hell is no longer a religious belief or a fantasy, but something as real as houses and stones and trees. Apparently nobody wants to know that contemporary history has created a new kind of human beings – the kind that are put in concentration camps by their foes and in internment camps by their friends.”⁴⁴

Falou-se, linhas acima, dos equívocos das teorias que procuram reduzir a complexidade do mundo da vida a uma ordem natural ou histórica.

Historicamente, o problema de tudo isso tem consistido em que as falhas e incoerências de cada uma dessas doutrinas têm sido descobertas demasiado tarde, já depois de muitas vítimas terem tido, voluntária ou involuntariamente, a sua vida apagada - por vezes, da própria História. Em outros termos, na medida em que cada obstáculo ao destino inexorável deve ser eliminado, o custo da sustentação de ideologias baseadas nessas

⁴³ ARENDT, H. **Entre o Passado e o Futuro**, 2013, p. 213.

⁴⁴ Numa tradução livre: “(...) o inferno não é mais uma crença religiosa ou uma fantasia, mas algo tão real como as casas, as pedras e as árvores. Aparentemente, ninguém quer saber que a história contemporânea criou um novo tipo de seres humanos – o tipo que é colocado em campos de concentração por seus inimigos e em campos de internamento por seus amigos.” ARENDT, H. *We Refugees*. In **Altogether Elsewhere**, p. 111. Acessível *online* em <http://web.stanford.edu/dept/DLCL/files/pdf/hannah_arendt_we_refugees.pdf> Acesso em 20 de maio de 2015.

profecias pode, embora não necessariamente deva, consistir no sacrifício de todos aqueles que a elas se oponham⁴⁵.

Nas experiências totalitárias do século XX, o que se viu foi a tentativa paradoxalmente exitosa de banir a humanidade dos seres humanos. Exceto a mortalidade, os pilares da condição humana de cada um daqueles que foram submetidos a esses regimes foram aniquilados. É nesse sentido que H. Arendt analisa-as enquanto acontecimentos inéditos, incomparáveis a tudo o que já havia sido visto, e sobre os quais, agora vistos como passado, possivelmente o que de mais importante se possa dizer seja: esse “horror indizível”⁴⁶ não pode se repetir.

Portanto, os totalitarismos, a despeito de diversificadas semelhanças, não se confundem com as ditaduras, tiranias ou autoritarismos⁴⁷. Ao contrário destes dois, cujas principais características se limitam à supressão, em geral violenta, de toda dissidência política ao regime que detém o poder, os governos totalitários almejam o domínio total dos indivíduos que se encontrem sob sua tutela, algo até então considerado impossível, sobretudo pelos adeptos do racionalismo, que viam na consciência do indivíduo algo inatingível e, por isso mesmo, uma limitação à atuação de qualquer governo.

Tratava-se, como dizíamos, de algo inédito e alheio a toda a tradição jurídico-política ocidental; era a ruptura com tudo o que, até então, havia sido visto e vivenciado. Daí a perplexidade proporcionada em muitos dos que tentavam descrever analítica ou sociologicamente os fenômenos percebidos.

Em primeiro lugar, pode-se dizer que os movimentos totalitários, antes de atingirem o poder e tornarem-se governo, somente são possíveis onde existam massas, essas constituídas por um sem número de pessoas indiferentes à política, desinteressadas, não filiadas a quaisquer partidos e geralmente insatisfeitas com a sua própria situação social. Do apoio dessas pessoas, vale dizer, sustentou-se o Nacional Socialismo, até a vitória democrática do partido de Hitler⁴⁸.

Sabe-se, principalmente desde Gustave Le Bon e Sigmund Freud⁴⁹, que as massas caracterizam-se por uma irracionalidade cuja consequência imediata é o agir passional, no mais das vezes guiado por um líder que usa da demagogia para obter os fins por ele almejado.

⁴⁵ Neste sentido, BERLIN, I. **O Poder das Ideias**, 2006, p. 39.

⁴⁶ ARENDT, H. **Responsabilidade e Juízo**, p. 20.

⁴⁷ ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**, 2008, p. 554.

⁴⁸ ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**, 2008, pp. 410-ss.

⁴⁹ FREUD, S. **Psicologia das Massas e Análise do Eu e Outros Textos**, 2011, p. 25.

Ademais, situações de crises econômicas, como se passava na Europa durante o início da década de 30, aliadas a um nacionalismo bastante forte – vide a crença em uma pretensa missão histórica do povo alemão, tão exaltada por Heidegger, em seu discurso de posse na reitoria da Universidade de Freiburg –, transformam-se em uma mola propulsora para a manipulação dessa totalidade amorfa. O processo torna-se muito mais fácil.

A passionalidade e a passividade exigida de seus adeptos e não adeptos, portanto, comprovam a total descrença dos movimentos totalitários quanto ao papel dos indivíduos na condução das suas vidas. A todos, repita-se, era conferida uma única sina: a resignação ao movimento inexorável da Natureza – no caso do nazismo – ou da História – em se tratando do stalinismo –, cujo devir já havia sido corretamente interpretado por seus respectivos profetas.

O objetivo dos projetos totalitários, portanto, consistia em implantar a todos a sua verdade dogmática, independentemente de consentimento. E ambas essas verdades exigiam a transformação completa do homem; inicialmente, este deveria se transformar em um mero objeto do movimento, após o que surgiria um novo homem.

Como os líderes de ambos os regimes haviam corretamente percebido que a “principal característica do homem massificado não é a brutalidade, nem a rudeza, mas o seu isolamento e a sua falta de relações normais”⁵⁰, o primeiro passo era desfazer todo indivíduo de sua individualidade, aspecto que envolvia, dentre outras particularidades, seus laços pessoais, sua identificação a determinados grupos e suas preferências políticas, morais. O lugar de cada indivíduo neste mundo deveria perder qualquer sentido; o partido ou movimento lhe apareceriam, então, como uma luz no meio de um vazio obscuro. Somente assim a submissão ao movimento e o domínio completo de cada um seriam possíveis.

Todavia, antes da consolidação, o que se dava com a chegada ao governo, a resignação total ao projeto exigia a constante propagação da verdade do movimento. Não bastava isolar os indivíduos de seus vínculos até então constituídos. Em outras palavras, a massa precisava ser doutrinação, o que inicialmente se dava através de eficientes métodos de propaganda, geralmente operados por distorções da realidade.

Os fatos, segundo afirmavam, dependiam exclusivamente de quem os inventasse. Além disso, nada haveria. Em alguma medida, tratava-se de um construtivismo epistemológico exacerbado, em que o papel das profecias, sobretudo em razão futurística das projeções

⁵⁰ ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**, 2008, p. 420.

feitas pelo dever histórico ou natural decodificado pelo *Führer*, no exemplo germânico, adquiria considerável relevância.

Era preciso que o intérprete privilegiado das forças naturais ou históricas se mostrasse infalível. Como, entretanto, os fatos, em si, não significavam nada, mas deveriam ser criados pelos seus intérpretes, nada impedia que todas essas forças acabassem por ser precisamente o que esses seres privilegiados com o dom da visão da Natureza ou da História dissessem que fossem. Para utilizar um exemplo concreto, a “afirmação de que o metropolitano de Moscou é o único do mundo só é falsa enquanto os bolchevistas não puderem destruir todos os outros”⁵¹. Por isso mesmo é que se pode afirmar que o objetivo último dos movimentos totalitários é a conquista mundial, pois somente tendo toda a humanidade sob seu controle é que o governante totalitário poderia conferir realidade a todas as suas mentiras, tornando-as verdades⁵². As vítimas ditadas que viessem a ser obrigatoriamente executadas, de acordo com as profecias, transformavam-se em meros álibis retrospectivos, pois nada havia ocorrido fora do que havia sido predito.

Alguém dissera que era quase meio-dia. Shukhov confirmou-o.

– O Sol atingiu já o zénite – anunciou ele. – Se atingiu o zénite – disse pensativamente o capitão –, é uma hora, e não meio-dia.

– Quê? – objetou Shukhov. – Os mais velhos sabem perfeitamente que o Sol está no zénite à hora do almoço.

– Os mais velhos, talvez – replicou o capitão. – Mas esses já estão ultrapassados. Recentemente foi publicado um decreto que determina que o Sol apenas está no zénite à uma hora.

– Quem mandou publicar esse decreto?

O Governo soviético.⁵³

Mas não era somente isso. O protocolo, a formalidade, mostrava-se igualmente importante. Daí é que, quando Hitler, por exemplo, dizia prever, em 1939, ao *Reichtag* alemão, que, caso viesse a eclodir uma nova guerra mundial, por culpa dos financiadores

⁵¹ ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**, 2008, p. 463.

⁵² “Considerada de um ponto de vista político, a verdade tem um carácter despótico. Ela é por isso odiada pelos tiranos, que temem, com razão, a concorrência de uma força coerciva que não podem monopolizar; e goza de um estatuto relativamente precário aos olhos dos governos que repousam sobre o consentimento e dispensam a coerção. Os factos estão para além do acordo e do consentimento, e toda a discussão acerca deles – toda a troca de opiniões que se funda sobre uma informação exacta – em nada contribuirá para o seu estabelecimento. Pode-se discutir uma opinião importuna, rejeitá-la ou transigir com ela, mas os factos importunos têm a exasperada tenacidade que nada pode abalar a não ser as mentiras puras e simples.” ARENDT, H. **Verdade e Política**, 1995, p. 28.

⁵³ SOLZHENITSYN, A. I. **Um Dia na Vida de Ivan Desinovich**, 2003, p. 60.

judeus, “o resultado será a aniquilação da raça judaica na Europa”⁵⁴, o conteúdo de sua fala, por si só, era considerado insuficiente para a sustentação do mundo fictício em que viviam os subordinados ao regime. Era preciso mais. Aí é que entrava a função simbólica exercida pelos rituais em praça pública, celebrados tanto pelo nazismo, como pelo stalinismo. No primeiro, via-se, nos eventos realizados em Nüremberg, o culto à bandeira de sangue, colocada, sempre, ao centro de tudo; no centro dos rituais soviéticos, por sua vez, era colocado o corpo mumificado de Lenin⁵⁵. Em ambos, o mais marcante era o forte elemento da idolatria, sempre presente nos manuais de doutrinação de massas amorfas. Ficam, assim, sobremodo evidentes os lugares de onde George Orwell tirou sua inspiração para a descrição do mundo distópico de 1984.

Hannah Arendt deixa bastante em evidência que, a despeito de a realidade constantemente desmascarar as pretensas verdades transmitidas pelos líderes de cada movimento, a engenhosidade de cada sistema tornava-o imune a todas essas consequências. O que importava não era a verossimilhança de suas alegações – ainda que eles se esforçassem para que todas elas se tornassem verossimilhantes, vide o exemplo do metropolitano de Moscou -, mas a coerência de tudo o que era difundido. A ficção, pois, deveria ser coerente e organizada, de modo a efetivamente criar um mundo à parte, em competição com o mundo real, “cuja principal desvantagem é não ser lógico, coerente e organizado”⁵⁶.

No poder, o movimento se transforma. A propaganda, gradualmente, converte-se em terror, de acordo com a aquisição da perfeição totalitária. O objetivo do governo é manter uma contínua instabilidade, uma revolução permanente; daí é que o Direito, de sua função de estabilização de expectativas, para ficar nos termos de Niklas Luhmann⁵⁷, passa a um mero reproduzidor das leis do movimento⁵⁸.

Por isso é que, aos olhos da razoabilidade, tais regimes são de todo incompreensíveis.

Ainda com relação ao *modus operandi* dos totalitarismos, sobreleva mencionar a importância da definição de inimigos objetivos, sobretudo porque o êxito da profecia assim o exigira. Para tanto, o papel das polícias secretas provaram-se bastante importantes

⁵⁴ ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**, 2008, p. 462.

⁵⁵ ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**, 2008, p. 499.

⁵⁶ ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**, 2008, p. 479.

⁵⁷ LUHMANN, N. **Complejidad y Modernidad**. pP. 31-ss.

⁵⁸ LAFER, C. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, 2001, p. 97.

– e eficazes.

De início, em períodos que antecedem a tomada do poder, os indivíduos considerados inimigos e, tanto por isso, indesejáveis, são aqueles que, de fato, opõem-se à doutrina, tal como se passa em ditaduras e tiranias vistas em outros tempos. Transcorrida essa fase inicial, com a chegada do partido ou movimento ao poder, passam a ser definidos os inimigos ditos objetivos, cuja culpa incide tão somente em questões de caráter objetivo, não relacionado a quaisquer ações contrárias ao poder dominante. Aqui, o antissemitismo entra em cena, e da determinabilidade, passa-se ao puro arbítrio na definição daqueles que, mesmo sem terem sido acusados de qualquer delito, são declarados indignos de viver. Desse arbítrio ninguém pode, nunca, sentir-se efetivamente protegido⁵⁹.

As diferenças, mais uma vez, para o que se via nos regimes ditatoriais e tirânicos de até então eram gritantes.

O domínio total dos indivíduos somente é atingido quando se alcança a completa homogeneização de suas reações diante de um mesmo fato ou problema. A desumanização deve ser procedida de modo a permitir a sistematização da infinita pluralidade e diferenciação dos seres humanos.

Se a tradição ocidental via tudo isso como impossível, os governos totalitários se encarregaram de demonstrar o contrário. A ruptura colocou em evidência a extensão do poder do ser humano, capaz, inclusive, de desumanizar o seu semelhante.

Esse raciocínio segundo o qual tudo é possível e que vai muito além do tudo é permitido do niilismo, tem seu exemplo mais nítido na experiência dos campos de concentração. Ao fim e ao cabo, comprovava-se que “se pode levar um homem a ser tudo aquilo que dele se pretender”⁶⁰.

A prova do aparentemente impossível vinha à tona através de um método de tratamento de indivíduos pelos respectivos governos, colocado em prática, entretanto, antes mesmo do extermínio.

Segundo lembra Hannah Arendt, o primeiro passo para o domínio total consistia na morte da pessoa jurídica do indivíduo, o que deixa bastante claro que o totalitarismo

⁵⁹ ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**, 2008, p. 573.

⁶⁰ SOLZHENITSYN, A. I. **Um Dia na Vida de Ivan Desinovich**, 2003, p.111.

é precedido de uma série de atos que, em seu tempo, não poderiam fornecer quaisquer previsões mais sombrias. É o caso, principalmente, das crescentes desnacionalizações efetuadas em desfavor daqueles que futuramente seriam encaminhados aos campos de concentração. Foi, por exemplo, o que Hitler fez na Alemanha, tornando, de modo aparentemente inesperado, apátridas⁶¹, indesejados, desterrados e proscritos centenas de milhares de seres humanos⁶². Tais pessoas, na medida em que se viam postas fora da lei, sem posição jurídica definida no âmbito da comunidade, perdiam o seu modo particular de existir juridicamente⁶³.

A esse respeito, é particularmente interessante a comparação realizada entre o inimigo objetivo já destituído de todos os seus direitos e os criminosos comuns, e as vantagens jurídicas destes com relação àqueles. Enquanto estes, porquanto submetidos aos comandos de uma ordem jurídica determinada, na qual estava prevista a pena a ser aplicada ao seu ato típico, podiam contar com limitações às possibilidades do poder estatal, aqueles, desprovidos de quaisquer direitos e não pertencentes a qualquer ordem jurídica, estavam, a bem da verdade, lançados à própria sorte e dependiam puramente do arbítrio da polícia⁶⁴. Portanto, aos apátridas manifestava-se uma situação paradoxal: somente o cometimento de crimes os alçaria à condição de sujeito de direitos.

O último passo, já num estágio mais avançado do totalitarismo, consistia na absoluta eliminação de qualquer individualidade das pessoas enviadas aos campos de concentração, o que se deva já quando de sua chegada a tais lugares: a vestimenta, os cortes de cabelo e o tratamento humilhante.

Os campos de concentração, portanto, eram o ambiente em que o domínio total tornava-se possível. As ambições totalitárias atingiam a sua plenitude, na medida em que toda a espontaneidade humana era substituída pela homogeneização. Uma vez aniquilada a individualidade, “nada resta senão horríveis marionetes com rosto de homem, todos com o mesmo comportamento do cão de Pavlov, todas reagindo com perfeita previsibilidade mesmo quando marcham para a morte”⁶⁵.

⁶¹ ARENDT, H. We Refugees. In **Altogether Elsewhere**, 2015, p. 110.

⁶² ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**, 2008, p. 592.

⁶³ LAFER, C. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, 2001, p. 109.

⁶⁴ ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**, 2008, pp. 573-574.

⁶⁵ ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**, 2008, p. 603.

Numa palavra, o terror total, essência de todo totalitarismo, não se manifestava a favor ou contra os homens; o que se pode dizer é que ele se vinculava exclusivamente ao movimento natural ou histórico. Daí por que a liberdade dos homens, tão cara a Hannah Arendt, é, paradoxalmente, tida como obstáculo a esse tão almejado e predito progresso. Ela, a liberdade, representa o fato de os homens nascerem, serem jogados a um mundo já constituído, mas continuada e conjuntamente construído, que persistirá após a existência dos seres humanos de cada geração. Cada nascimento, assim, é um novo começo e, em determinado sentido, o início de um mundo novo. Por outras palavras, há liberdade no começar, ainda que haja uma evidente vinculação de qualquer ação a condições materiais e, até mesmo, tradicionais.

Tudo isso, porém, precisa ser negado pelo totalitarismo, sobretudo porque, sob sua jurisdição, não pode haver liberdade. Tudo deve servir ao movimento. Numa ruptura consistente no hiato entre o passado e o futuro⁶⁶, na medida em que aquele não mais serve de parâmetro para este, a pluralidade de pessoas sucumbe e estas se transformam em um objeto da unidade da Natureza ou da História. Se é possível falar, aqui, em ação, o termo somente pode se referir às práticas destinadas a apressar as profecias. Ou, dito de modo mais prático, quer isso tudo dizer que “o terror executa sem mais delongas as sentenças de morte que a Natureza pronunciou contra aquelas raças ou aqueles indivíduos que são ‘indignos de viver’ ou que a História decretou contra as ‘classes agonizantes’ sem esperar pelos processos mais lentos e menos eficazes da própria História ou Natureza”⁶⁷.

O que importa trazer à tona é que tudo que o totalitarismo pretende negar se refere, de modo inexorável, à condição humana, no sentido arendtiano do termo. O totalitarismo literalmente procura – e consegue – desumanizar os seres humanos, mesmo aqueles que compactuam com as diretrizes dos regimes. Isso ficou bastante evidente na análise de H. Arendt sobre o famigerado caso Eichmann.

Como se sabe, Adolf Eichmann havia ocupado o posto de tenente-coronel da SS, durante o regime nazista, e a ele eram atribuídas tarefas referentes ao transporte de pessoas, especialmente judeus, aos campos de concentração. Com a derrocada do nazismo, ele se mudou, clandestinamente, para a Argentina, onde, alguns anos depois, foi capturado por uma equipe dos serviços secretos de Israel e posteriormente levado a Jerusalém, onde veio a ser julgado por seus atos durante o regime. Sem adentrar nas manifestas irregularidades do julgamento, precisamente levantadas

⁶⁶ LAFER, C. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, 2001, p. 75.

⁶⁷ ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**, 2008, pp. 617-618.

pela própria Hannah Arendt, o que nos interessa é a conclusão de seu trabalho, como jornalista contratada pelo **The New Yorker**, sobre a postura de Eichmann enquanto partícipe daquele regime totalitário. Ali foi que ela lançou mão do termo banalidade do mal.

Se o principal objetivo dos totalitarismos pode ser resumido à dominação total dos indivíduos, pela via do terror, a sua concretização somente vem a efeito na medida em que, como falamos, a ação e a liberdade são expurgadas. Mas não é só isso. Dentre os inimigos mais, por assim dizer, abstratos do totalitarismo também se encontra o pensamento, aquele diálogo do indivíduo, que não é simplesmente um, consigo mesmo, já mencionado neste trabalho. Em situações de normalidade, além de prestar contas de seus atos aos homens com os quais compartilha um mundo comum, ele deve explicações a si mesmo, e essa prestação de contas é a que lhe é mais dura, pois, desde que tenha guardados na memória aqueles atos, deles jamais se livrará, a menos que seja perdoado.

Daí é que, diz-nos H. Arendt, cometer uma injustiça seria, ao indivíduo, pior do que sofrê-la⁶⁸. E também por isso é que ela acentua que os “maiores malfeitores são os que não recordam, porque nunca pensaram no que fazem, e porque, não recordando, nada há que os possa fazer voltar atrás.”⁶⁹ Afinal de contas, pensar e lembrar do passado é, sempre, algo profundo, que aos seres humanos “deita raízes e assim os estabiliza, de maneira a impedi-los de serem arrastados ao sabor de tudo o que possa acontecer”⁷⁰. Tomar os exemplos do passado como ponto de partida significa impor limites aos rumos da situação presente; significa, mais que isso, a reflexão e sua decorrente tomada de posição sobre o que já aconteceu, tão necessárias para que os atos pretéritos que, hoje, são julgados negativamente não venham a se repetir. Como é evidente, o pensamento pressupõe a solidão, o retirar-se do domínio público. É precisamente no domínio privado, na intimidade, que ele aparece. Mas no totalitarismo também esse domínio é aniquilado, e a solidão se convola em desolação. Disso tudo resulta a paradoxal destruição da própria condição humana dos seres humanos, acima mencionada.

Os regimes totalitários, na medida em que constituíam verdadeiras burocracias, caracterizaram-se por serem o governo de ninguém e de ninguém. Esses inúmeros ninguém formavam as engrenagens dessa imensa máquina burocrática. Ao analisar o julgamento de Eichmann, H. Arendt viu que não se tratava de um monstro sádico e perverso, como o definia a opinião mais difundida e como o esperavam os próprios juízes

⁶⁸ ARENDT, H. **Responsabilidade e Juízo**, p. 87.

⁶⁹ ARENDT, H. **Responsabilidade e Juízo**, p. 85.

⁷⁰ ARENDT, H. **Responsabilidade e Juízo**, p. 85.

do processo. “O problema, no caso de Eichmann, era que havia muitos como ele, e que estes muitos não eram nem perversos nem sádicos, pois eram, e ainda são, terrivelmente normais, assustadoramente normais.”

Evidentemente, todavia, isso não deveria nos tranquilizar, pois,

do ponto de vista das nossas instituições e dos nossos valores morais, esta normalidade é muito mais aterradora do que todas as atrocidades juntas, pois ela implica (como foi dito inúmeras vezes em Nuremberga pelos réus e pelos seus advogados) que este novo tipo de criminoso, sendo, na realidade, um *hostis humani generis*, comete os seus crimes em circunstâncias tais que lhe tornam impossível saber ou sentir que está a agir erradamente.⁷¹

O maior dos males, diz-nos, é justamente o mal cometido por ninguém, “por seres humanos que se recusam a ser pessoas”⁷², que recusam-se a pensar por si próprios o que estão a fazer e, de igual modo, a pensar, retrospectivamente, aquilo que fizeram, “quer dizer, a voltar atrás e a recordar os seus actos”⁷³. Cuidava-se de sistemas exclusivamente pautados pela violência e que, dada a desumanização por eles provocada, acabavam por generalizar a maldade praticada por homens banais.

O interessante da análise de H. Arendt é que ela não isenta os indivíduos que participaram do mal dos regimes totalitários, ainda que sem pensar o que estavam fazendo. Com efeito, ela rejeita qualquer ideia de culpa coletiva, pois isso implicaria em branquear a culpa, individualizável, daqueles que efetivamente contribuíram para que tudo aquilo ocorresse. Afinal de contas, se todos são culpados, ninguém o é⁷⁴. Assim é que o fato de serem tão somente engrenagens de um aparato burocrático não os isentaria de suas próprias responsabilidades. Não obstante se tratasse de um regime no qual as condições de possibilidade do pensamento eram bastante reduzidas, porquanto os seres humanos eram basicamente despidos de sua individualidade, a situação referente àqueles que participavam do regime e que, desse modo, praticavam os mais variados atos de cujas consequências tinham consciência, era diferente. Além do mais, em se tratando da aferição da responsabilidade jurídica, não poderíamos, diz-nos Hannah Arendt, nos basear em qualquer determinismo, ainda que ele seja gerado pela burocracia⁷⁵. O horror indizível

⁷¹ ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém**: uma reportagem sobre a banalidade do mal, 2003, pp. 355-356.

⁷² ARENDT, H. **Responsabilidade e Juízo**, p. 100.

⁷³ ARENDT, H. **Responsabilidade e Juízo**, p. 100.

⁷⁴ ARENDT, H. **Responsabilidade e Juízo**, pp.15-ss.

⁷⁵ ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém**: uma reportagem sobre a banalidade do mal, 2003, p. 369.

daqueles atos (“matarás – não o teu inimigo, mas gente inocente e que não é sequer potencialmente perigosa; matarás não por necessidade, mas, pelo contrário, ignorando todas as considerações militares ou utilitárias que o desaconselham”⁷⁶) deveria, por si só, lhes fazer refletir sobre o que estavam fazendo, ou, posteriormente, sobre o que haviam feito. Com efeito, é sempre muito difícil sustentar alguma objetividade em termos de moral, e talvez o máximo que possamos atingir seja alguma objetividade em se tratando de juízos negativos, como fazem, por exemplo, Gustav Radbruch⁷⁷ e Arthur Kaufmann⁷⁸. A justiça, por exemplo, seria bastante difícil de ser definida, mas o mesmo não se passaria com a extrema injustiça, que seria manifesta. É claro que os critérios para a definição da injustiça manifesta não são tão simples de serem identificados. De todo modo, seria por isso que os soldados a quem competia atirar em pessoas inocentes viam-se inevitavelmente confrontados com um imperativo moral segundo o qual eles deveriam desobedecer suas respectivas ordens. Tratava-se, afinal, de uma experiência de ruptura cujos aspectos jamais poderiam deixar de ser percebidos. Em nenhum momento, como analisa H. Arendt, isso ocorreu com Eichmann e outros tantos. “Eichmann pura e simplesmente nunca teve consciência do que estava a fazer”⁷⁹. E esse, como falamos, é o pior dos males. Trata-se, afinal, de um mal que não é radical e não tem raízes, o que promove a sua ausência de limites⁸⁰.

4. OS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DE HANNAH ARENDT

Especificamente quanto à temática dos direitos humanos, o que se pode extrair de toda a vasta obra de Hannah Arendt é o seguinte: há direitos que precisam ser garantidos, sob pena de violação da própria condição humana que, com o perdão da redundância, efetivamente condiciona toda a existência humana na Terra. Em outras palavras, se, nessa estrada cujo destino parece ser uma nova desumanização, quisermos caminhar pela via oposta, não há nada melhor do que possibilitar aos indivíduos o agir, o que pressupõe discurso, e o pensamento. Além de tudo isso, os exemplos de experiências pretéritas fornecem pontos de partida para a delimitação do que queremos ou poderemos vir a

⁷⁶ ARENDT, H. **Responsabilidade e Juízo**, p.38.

⁷⁷ RADBRUCH, G. **Filosofia do Direito**, 1997, p. 417. Ver também ALEXY, R. **Conceito e Validade do Direito**, 2011, pp. 34-ss.

⁷⁸ KAUFMANN, A. **Filosofia do Direito**, 2014, p. 262.

⁷⁹ ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém**: uma reportagem sobre a banalidade do mal, 2003, pp. 366-367.

⁸⁰ ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém**: uma reportagem sobre a banalidade do mal, 2003, p. 85.

querer para o futuro. Também aqui, podem ser encontrados fundamentos para a garantia de determinados direitos, especialmente em se tratando daqueles que visem evitar que acontecimentos como os totalitarismos e todas as suas facetas e consequências venham a se repetir.

A ação, como falamos, pressupõe a existência de um domínio público onde os homens possam aparecer uns aos outros e, assim, apontar, pela via do discurso, da comunicação ou, melhor, da linguagem, as suas várias perspectivas sobre aquele mundo comum. Nesse domínio público é que surgem os jogos de linguagem, para ficar com a expressão de Wittgenstein. Afinal, vale lembrar, a não ser na companhia de outros, ninguém é capaz de jogar um jogo de linguagem. Assim, em termos de filosofia política, seria contrária à condição humana qualquer forma de governo que retirasse ou limitasse excessivamente a possibilidade de as pessoas usufruírem desse domínio público para transmitir umas às outras suas perspectivas a respeito da construção daquele mundo que, inevitavelmente, será habitado por todos. A ninguém deve ser negada a faculdade de agir, pois o inesperado, como é óbvio, frequentemente vem de onde menos se espera. Mais concretamente, se a condição humana pressupõe a possibilidade de todos agirem, ela rechaça qualquer espécie de tirania ou ditadura. Porquanto vê a ação como o único aspecto da *vita activa* do qual o homem não pode se livrar sem ser desumanizado, e, uma vez que a ação somente se dá no meio de outros e com-os-outros, sendo essencialmente política, pode-se dizer que H. Arendt nega, também, as várias formas de governo, como algumas vertentes do anarquismo, que apostam na completa independência dos indivíduos com relação aos outros e ao próprio mundo. Para tanto, basta lembrar as suas críticas à muito difundida confusão da liberdade com a soberania: esta é impossível, diz-nos, e, onde exista a soberania de um indivíduo ou grupo específico, inevitavelmente a soberania dos demais perecerá.

Dentre as formas de governo até hoje construídas, a que melhor se adequa à condição humana é, sem dúvida, a democracia. Como falamos nas páginas acima, das relações humanas podem, segundo Hannah Arendt, resultar relações de poder ou violência. Se o poder se origina de um agir em comum acordo, e se, onde há política, deve haver poder, as decisões políticas devem se pautar, logicamente, pelo consentimento. A democracia parece ser a única forma de governo capaz de promover esse comum acordo. É claro que também ela, sobretudo suas formas clássicas, precisa de reparos, sob pena de não permitir, ao menos não suficientemente, a ação. Daí é que muitas das recentes ideias de democracia deliberativa, caracterizadas por uma aposta bastante alta no papel da sociedade civil, começam a ganhar tanto sentido⁸¹. Evidentemente, não é o propósito deste trabalho tratar

⁸¹ Cf. HABERMAS, J. **Facticidad y Validez**. pp. 214-ss.

dessas questões. O que nos interessa, aqui, é que, porquanto da obra de H. Arendt se depreende a necessidade de uma esfera pública intensa, cuja existência não parece ser possível senão em uma democracia, vários direitos mais concretos passam a ser igualmente imprescindíveis. De modo não exaustivo, é possível mencionar as liberdades de expressão, associação, manifestação, informação⁸² e imprensa, as quais devem ser exercidas em um espaço público que permita que essas associações e grupos livres intervenham, de algum modo, no processo de formação da opinião pública.

Mas não é só isso. Há aspectos que, como diz H. Arendt, não interessam ao domínio público, aos quais somente lhes resta permanecer em domínio privado. Mais especificamente, se a ação necessita de um palco onde possamos aparecer uns aos outros, o mesmo não se passa com o pensamento. Somente no domínio privado, quando nos limitamos à companhia de nós mesmos, é que podemos dar início essa atividade que não seria senão o diálogo do eu consigo mesmo. E os contornos e detalhes desse diálogo devem ser invioláveis. Por essa razão, aos indivíduos deve ser garantido um lugar próprio no mundo, o que pode ser representado pela propriedade. Daí também é que se retira a importância de todos os direitos fundamentais ligados a esse domínio privado, tais como o direito à intimidade, as liberdades religiosa e de consciência, de movimento, os segredos postal e telefônico, a inviolabilidade domiciliar e a proteção do âmbito familiar⁸³.

Além de tudo isso, conforme mencionamos, também os exemplos pretéritos podem nos fornecer ensinamentos relevantes em se tratando de direitos humanos. A própria lembrança do passado (ou seja, dos exemplos pretéritos), aliás, pano de fundo para toda reflexão retrospectiva, pode ser alçada ao *status* de objeto de um direito fundamental: o direito à memória. A inexistência desse direito em muitos ordenamentos parece ser tão somente o reflexo de uma falta de disposição ao aprendizado com o passado. Afinal, vale lembrar, os “maiores malfeitores são os que não recordam, porque nunca pensaram no que fazem, e porque, não recordando, nada há que os possa fazer voltar atrás”⁸⁴.

Se devemos aprender com o nosso passado, é importante permitirmos que o passado fale e, assim, demonstre sua identidade. E o passado nos fala que uma medida bastante

⁸² O direito à informação, vale dizer, na medida em que muito se relaciona com a transparência na esfera do público, refere-se, principalmente, à vedação de mentiras e distorções da realidade pelos poderes públicos, em uma clara contraposição ao que se passava durante os regimes totalitários, consoante já acentuamos neste trabalho.

⁸³ A esse respeito, ver HABERMAS, J. **Facticidad y Validez**. pp. 448-449.

⁸⁴ ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**, 2008, p. 85.

relevante do “grau de infecção totalitária de um governo” é o uso, em maior ou menor grau, do direito soberano de desnacionalização⁸⁵. Isso porque, em uma sociedade mundial de Estados-nação, a nacionalidade é representativa da cidadania, do estatuto político, de cujo caráter contingente passou a derivar toda a ideia de direitos humanos após a quebra do paradigma jusnaturalista. Dessas medidas de desnacionalização, adotadas durante os regimes totalitários, resultou o crescimento exponencial, em toda a Europa, do número de apátridas, pessoas sem Estado, cuja “situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles”⁸⁶, o que os tornava supérfluos. Os apátridas são, na verdade, “inocentes condenados, destituídos de um lugar no mundo – um lugar que torne as suas opiniões significativas e as suas ações efetivas”⁸⁷.

Da análise dessa situação – que havia sido a sua própria –, H. Arendt, sob uma notória influência do existencialismo, deixa bastante em evidência que a igualdade, como os demais direitos humanos, não é algo dado, a ser encontrado em algum lugar ou a partir de alguma experiência transcendental. Pelo contrário, ela é inevitavelmente construída, convencionada e elaborada pelo agir em conjunto que dá origem ao poder. Em linhas gerais: os homens não nascem iguais, eles se tornam iguais⁸⁸. Ao fim e ao cabo, tudo isso envolve a existência de instituições políticas que, ao contrário dos totalitarismos, garantam a igualdade.

Daí é que, como acentuamos, a própria ideia de direitos humanos passa a vincular-se à cidadania, pressuposta como um princípio,

pois a privação da cidadania afeta substantivamente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades acidentais – o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos outros como um semelhante⁸⁹.

E, como uma das principais ferramentas dos totalitarismos para lograr êxito na generalização da violência consistia na desnaturalização, parece lógico que a sua possibilidade deve

⁸⁵ ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**, 2008, pp. 570-ss.; LAFER, C. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, 2001, pp. 143-ss.

⁸⁶ ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**, 2008, pp. 573-ss.

⁸⁷ LAFER, C. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, 2001, p. 148.

⁸⁸ ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**, 2008, pp. 600-ss.

⁸⁹ LAFER, op. cit., p. 151.

ser restringida tanto quanto possível. O direito à cidadania, numa palavra, constitui o direito a ter direitos, o primeiro direito humano⁹⁰, cuja efetivação exige que os homens tenham um lugar próprio no mundo que compartilham e constroem⁹¹ uns com os outros, enquanto semelhantes. Isso não pode ser alcançado sem a cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O século XX efetivamente demonstrou ser possível levar um homem a ser aquilo que dele se pretender, para ficar com a épica frase de Aleksandr Solzhenitsyn. Na ruptura proporcionada pelos movimentos totalitários, o homem foi levado à superfluidade. Porquanto sua condição humana foi aniquilada, pode-se dizer que ele foi efetivamente desumanizado.

A obra de Hannah Arendt ofereceu-nos um ponto de partida importante para analisar aqueles regimes e o modo como eles funcionavam em relação aos direitos humanos. Como vimos, estes não são senão uma construção humana, essencialmente política, e que, bem por isso, em muito se relacionam com a ideia de condição humana. Sem a pluralidade e a natalidade, o que pressupõe ação e discurso, não há verdadeiras comunidades políticas. Não há mundo comum e não há direitos humanos. Por isso a aposta na *vita activa*, principalmente na ação, é tão importante. Ao contrário do historicismo, em suas mais variadas facetas, que aposta na inevitabilidade de um determinado ponto de chegada histórico, H. Arendt coloca todas as suas fichas no homem e em seu poder de fazer vir à tona o inesperado, o imprevisível. Assim, se tudo indica que caminhamos para uma nova desumanização, marcada pela vitória do *animal laborans* e pela transformação dos homens em meros autômatos, nada impede que, de onde menos se espera, a ação apareça e dê novos rumos a esse trágico destino.

⁹⁰ LAFER, C. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, 2001, p. 166.

⁹¹ Ao falar em construção de um mundo, Hannah Arendt faz menção ao conceito de mundo enquanto artefato humano, fruto da atividade da *obra*. É claro que ela não limita o significado do conceito a isso. Pelo contrário, ela admite a existência de um mundo que existia antes da vinda dos próprios seres humanos e que continuará a existir após a sua partida. Ademais, a própria condição humana consiste em condicionamentos impostos, por assim dizer, alheios ao homem e em condicionamentos criados pelo próprio homem. Por isso mesmo, seria equivocado classificar H. Arendt como uma construtivista epistemológica. Sobre os conceitos de mundo, ver POPPER, K. R. **Conocimiento Objetivo**, 1982;

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução de Gercélia de Oliveira Batista Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011;

ARENDT, H. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014;

ARENDT, H. **A Vida do Espírito: Pensar**. Tradução de J. S. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2011;

ARENDT, H. **As Origens do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. Lisboa: Dom Quixote, 2008;

ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém: uma reportagem sobre a banalidade do mal**. Tradução de Ana Corrêa da Silva. Coimbra: Tenacitas, 2003;

ARENDT, H. **Entre o Passado e o Futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013;

ARENDT, H. **Responsabilidade e Juízo**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Dom Quixote;

ARENDT, H. **Sobre a Violência**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio d'Água, 2014;

ARENDT, H. **Verdade e Política**. Tradução de Manuel Alberto. Lisboa: Relógio d'Água, 1995;

ARENDT, H. *We Refugees*. In **Altogether Elsewhere: Writers on Exile**. Organizado e editado por Marc Robinson. Disponível em <http://web.stanford.edu/dept/DLCL/files/pdf/hannah_arendt_we_refugees.pdf> Acessado em 20 de maio de 2015;

BERLIN, I. **O Poder das Ideias**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio d'Água, 2006;

DOSTOIÉVSKI, F. **Os Demônios**. Tradução de Paulo Bezerra. 5 ed. São Paulo: Editora 34, 2013;

FREUD, S. **Psicologia das Massas e Análise do Eu e Outros Textos**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011;

HABERMAS, J. **Facticidad y Validez**. Tradução para o espanhol de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Trotta Editorial;

HEIDEGGER, M. **La Autoafirmación de la Universidad Aleman**: Discurso del reitorado. Tradução para o espanhol de Ramón Rodriguez. Disponível em: <<http://jeasacademia.wordpress.com/2008/12/20/la-autoafirmacion-de-la-universidad-alemana-discurso-del-rectorado-m-heidegger/>>Acessado em 22 de maio de 2015;

HEMINGWAY, E. **Por Quem os Sinos Dobram**. Tradução de Monteiro Lobato. Lisboa: Editora Livros do Brasil, 2007;

HUXLEY, A. **Admirável Mundo Novo**. Tradução de Vidal Serrano. Rio de Janeiro: Globo, 2003;

KAUFMANN, A. **Filosofia do Direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014;

LAFER, C. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2001;

LUHMANN, N. **Complejidad y Modernidad**. Tradução para o espanhol de Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta Editorial;

ORWELL, G. **1984**. Tradução de Heloisa Jahn e Alexandre Hubner. São Paulo: Companhia das Letras, 2009;

PFERSMANN, O. **Positivismo Jurídico e Justiça Constitucional no Século XXI**. Tradução de Alexandre Coutinho Pagliarini. São Paulo: Saraiva, 2014;

PLATÃO, **A República**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 13 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012;

POPPER, K. R. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**: O fascínio de Platão. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Itatiaia, 1987;

POPPER, K. R. **Conocimiento Objetivo**. Tradução para o espanhol de Carlos Santos Solis. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1982;

RADBRUCH, G. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997;

SOLZHENITSYN, A. I. **Um Dia na Vida de Ivan Desinovich**. Tradução de H. Silva Letra. Lisboa: Bibliotex Editor, 2003;

WITTGENSTEIN, L. **Tratado Lógico-Filosófico * Investigações Filosóficas**. Tradução de M.S. Loureiro. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS
PARA IMIGRANTES E REFUGIADOS: REDE DE
ACOLHIMENTO NO RIO GRANDE DO SUL

Danielle Busko

*EDUCATIONAL POLICIES FOR IMMIGRANTS
AND REFUGEES: WELCOME NETWORK IN RIO
GRANDE DO SUL*

POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS PARA IMIGRANTES E REFUGIADOS: REDE DE ACOLHIMENTO NO RIO GRANDE DO SUL

EDUCATIONAL POLICIES FOR IMMIGRANTS AND REFUGEES: WELCOME NETWORK IN RIO GRANDE DO SUL

Danielle Busko

Administradora com habilitação em Comércio Exterior e Técnica em Assuntos Educacionais da Defensoria Pública da União em Porto Alegre. Rio Grande do Sul, Brasil.

danielle.busko@dpu.def.br

RESUMO

O objetivo desse artigo é analisar o tema dos imigrantes e refugiados como um desafio para as políticas públicas educacionais, considerando que estas podem ser ferramentas para minimizar a discriminação e apoiar a inserção social. Após a introdução, apresenta-se um mapeamento da realidade dos imigrantes no Brasil e, de forma mais detalhada, no Rio Grande do Sul, delineando o seu perfil. Aborda-se, então, dois enfoques distintos, porém complementares: políticas públicas educacionais integrativas e educação para a cidadania e inclusão. Ademais faz-se considerações sobre o papel da Defensoria Pública da União na Educação em Direitos voltada ao empoderamento do imigrante e do refugiado como fator definitivo para o seu real acolhimento. Nas considerações finais destacou-se a relevância do capital social e cultural dos migrantes como gerador de novos valores para o contexto que o acolhe.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Educação. Imigrantes. Refugiados. Rio Grande do Sul.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the issue of immigrants and refugees as a challenge for public educational policies, considering that these can be tools to minimize discrimination and support social integration. After the introduction, we present a mapping of the reality of immigrants in Brazil and, in a more detailed way, in the state of Rio Grande do Sul, and outline their profile. Then, we address two distinct but complementary approaches: integrative public education policies and education for citizenship and inclusion. In addition, we make considerations about the role of the Public Defender of the Union in the Rights Education aimed at the empowerment of the immigrant and the refugee as a definitive factor for their real reception. In the final considerations, we underline the relevance of the migrants' social and cultural capital as generator of new values for the context that welcomes them.

Keywords: Public Policies. Education. Immigrants. Refugees. Rio Grande do Sul.

Data de submissão: 21/03/2017

Data de aceitação: 04/08/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. FLUXO HISTÓRICO DE IMIGRANTES NO BRASIL 2. POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS INTEGRATIVAS 3. EDUCAÇÃO PARA A CIDADANIA E INCLUSÃO 3.1 O papel da Defensoria Pública da União na Educação em Direitos, voltada ao empoderamento do imigrante e do refugiado como fator definitivo para o seu real acolhimento. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O tema das políticas públicas educacionais é um assunto abrangente e inter-disciplinar, além de multicultural, quando abordado sob a ótica do ser humano que tem a coragem de empreender em outro país, como no caso dos imigrantes, ou que é forçado a realizar esta empreitada, como no caso dos refugiados e suas famílias. Muitas barreiras devem ser superadas para que estas pessoas obtenham sucesso e sintam-se integradas nesta nova sociedade. A primeira delas é, sem dúvida, o aprendizado da língua portuguesa, assim como o conhecimento das leis e da cultura da sociedade acolhedora. Desta forma, é possível questionar: existem políticas públicas educacionais que atuem especificamente junto aos imigrantes e aos refugiados? Em função da grande importância deste tema para a vida dos crescentes grupos no Brasil, este trabalho tem por objetivo contribuir para mapear a rede de acolhida no estado do Rio Grande do Sul, através de coleta de dados e entrevistas com representantes de instituições governamentais, associações e organizações da sociedade civil, no sentido de verificar como se dá o acolhimento, principalmente no que diz respeito à educação.

Destarte, o trabalho visa fornecer subsídios para que se formulem políticas públicas educacionais que tenham por meta, não somente o ensino de português para estrangeiros, mas o empoderamento destes trabalhadores, através do desenvolvimento de ações voltadas à conscientização de seus direitos e à valorização do patrimônio cultural de que são possuidores.

1. FLUXO HISTÓRICO DE IMIGRANTES NO BRASIL

Fluxos migratórios fazem parte da formação do povo brasileiro. Além do grande fluxo de negros africanos que vieram para o Brasil, como escravos, merecem destaque os fluxos de açorianos, italianos, alemães, poloneses, japoneses e sírios que, com sua cultura e força de trabalho, vieram a contribuir para a construção da história do povo brasileiro em diferentes regiões do país. Tanto no passado, quanto nos dias atuais, os que imigram e se refugiam costumam estar fugindo de problemas econômicos, guerras ou de ameaças perpetradas por regimes autoritários em seus países de origem, como as ditaduras, o comunismo, o nazismo e o fascismo. Foi à formação da comunidade multicultural brasileira que, ao longo do tempo, contribuiu para divulgar a crença de que a sociedade brasileira é formada

por um povo acolhedor e aberto para a recepção de imigrantes.

Para uma contextualização, é detalhado na tabela 1, o fluxo histórico de imigrantes no Brasil entre 1500 e 2014, bem como, os fatores que estimularam a imigração e os diversos povos que se deslocaram para o país.

Tabela 1: Fluxo Histórico de Imigrantes no Brasil

<i>Período</i>	<i>Fatores que estimularam a imigração</i>	<i>Etnias e Nacionalidades</i>
1500-1747	Descoberta e início da colonização.	Habitantes milenares, donos das capitânicas hereditárias – europeus e africanos advindos da imigração forçada.
1747-1820	Extinção das Capitânicas Hereditárias, dando início à imigração de aorianos.	Portugueses advindos das ilhas dos Açores.
1812-1870	Após a proclamação da República, o Decreto nº 528/1890 regulamenta e autoriza a formação de colônias formadas por imigrantes de países estrangeiros, desde que aptos para o trabalho e com aptidão para trabalhos em qualquer indústria. ¹	Inglesa, suíça, francesa, alemã, italiana, polonesa, russo-ucraniana, turca, libanesa, austríaca e lituana.
1870-1959	Guerras nos continentes europeus, asiáticos e no Oriente Médio, geram um fluxo migratório constante para todo o país. Embora tenha havido um regime de cotas para imigração, em 1934, reforçado pela CF de 1937 ² , no pós-guerra, houve uma flexibilização.	Primeiramente europeus e posteriormente, asiáticos.
1960-1999	Presença de ditaduras militares nos países latino-americanos e o processo de independência das colônias na África ocasionam o crescimento da imigração de pessoas dos países latinos e africanos, unida à necessidade de obter mão-de-obra para o “milagre econômico” brasileiro. Declaração de Cartagena de 1984.	Uruguia, argentina, peruana, paraguaia, angolana, moçambicana, coreana e egípcia.
2000-2014	Consequências da crise financeira do capitalismo norte-americano. Crises em países da América Latina: má distribuição de renda, desastres naturais, além de impactos do narcotráfico. Conflitos tribais internos, guerras religiosas e violação dos direitos humanos na África. Desastres ambientais e conflitos internos raciais no Caribe. Assinatura de acordos com os países do Mercosul e da África, bem como o Acordo de Cooperação com o Haiti.	Acréscimo de colombianos e mexicanos, portugueses, espanhóis, italianos e franceses, somando-se aos africanos, caribenhos, latinos e asiáticos.

FONTE: ZAMBERLAM (2014).¹

Em razão da necessidade de acolhimento dos refugiados provenientes das guerras mundiais, no período entre 1870 e 1959, é elaborada a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados, que forja o conceito de refugiado como aquele que possui fundado temor de perseguição por razões de raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas. E, como consequência, é reconhecido o direito do indivíduo perseguido em seu país de origem, de transpor fronteiras para buscar asilo e, solicitar proteção em um segundo país.

¹ Dados tabulados pela autora com base nas informações de ZAMBERLAM, J., et al. **Os novos rostos da imigração no Brasil:** haitianos no Rio Grande do Sul, 2014, pp. 09-14.

Destarte, é na Declaração de Cartagena, em 1984, que ficam expressos os desdobramentos dos debates sobre Direitos Humanos ocorridos no século XX e os compromissos que os estados nacionais deveriam ter com a população de refugiados internacionais. A declaração faz parte da trajetória dos direitos humanos na América Latina, do compromisso com seus princípios e de uma adesão efetiva, prevista constitucionalmente nos tratados e protocolos relativos ao refúgio. De qualquer maneira, o conhecimento do estatuto do refúgio não exaure todos os aspectos sobre a questão, pois este não é um tema exclusivamente jurídico, abrangendo vários aspectos e setores da sociedade e expondo algumas lacunas nas proteções e compromissos públicos assumidos pelo Estado, como será visto em tópicos posteriores.

Diferentemente dos imigrantes que, de livre vontade e com espírito empreendedor, se preparam com antecedência para realizar um projeto de vida em um país estrangeiro com a perspectiva de encontrar melhores oportunidades para prosperar, pode-se caracterizar os refugiados como imigrantes forçados, que cruzam as fronteiras nacionais de seus países de origem de maneira abrupta, em busca de proteção. A fuga de conflitos internos, internacionais ou regionais, perseguições em decorrência de regimes políticos repressivos, questões éticas, culturais e religiosas, entre outras violações dos direitos humanos, muitas vezes separa famílias, causa doenças e traumas psicológicos, dificultando o processo de adaptação ao novo contexto.

Segundo o relatório Tendências Globais, lançado em junho de 2016 pelo Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR)², 65,5 milhões de pessoas foram deslocadas por guerras e conflitos somente no ano de 2015. Este número representa um aumento de quase 10% se comparado com o total de 59,5 milhões de pessoas deslocadas, registradas em 2014. Este total inclui 3,2 milhões de pessoas em países industrializados que, ao final de 2015, encontravam-se aguardando o resultado de suas solicitações. Este foi o maior número já registrado pelo ACNUR, além de 21,3 milhões de refugiados ao redor do mundo, e ainda, as pessoas em deslocamentos internos. Se comparado com a população mundial de 7 bilhões e 349 milhões de pessoas, estes números significam que uma a cada 113 pessoas é hoje³ solicitante de refúgio, deslocado interno ou refugiado, perfazendo uma população maior do que a existente no Reino Unido, França ou Itália.

² Os dados estatísticos, podem ser observados no sítio eletrônico Oficial da ANCUR. Tendências Globais. 2016. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/576408cd7>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

³ Os dados estatísticos, podem ser observados no sítio eletrônico oficial da ANCUR. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/deslocamento-forcado-atinge-recorde-global-e-afeta-uma-em-cada-113-pessoas-no-mundo/>>. Acesso em 20 mar. 2017.

Como reflexo da situação mundial o número de refugiados e de imigrantes que buscam oportunidade de trabalho no Brasil é cada vez maior. Segundo o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE)⁴, órgão do Ministério da Justiça, as solicitações de refúgio para o país cresceram de 966, em 2010, para 28.670, em 2015, gerando um aumento de 2.868%. Este desenvolvimento crescente de solicitações ocasionou um acréscimo de 127% no número total de refugiados reconhecidos no Brasil entre 2010 e 2016, ou seja, aumento de 127%, passando de 3.904, em 2010, para 8.863, em 2016.

Portanto, o CONARE contabiliza o total de 8,4 mil refugiados legalizados, incluindo os reassentados, oriundos de 79 países distintos. Os sírios são a maior comunidade de refugiados reconhecidos no Brasil, visto que somam 2.298 pessoas, seguidos dos angolanos com 1.420, dos colombianos com 1.100, dos 968 congoleses e dos 376 palestinos. Deste total, 71,8% são homens e, 78,8% encontram-se na faixa economicamente ativa, entre 18 a 59 anos. As cinco nacionalidades com maior número de solicitantes ao refúgio são haitianos, senegaleses, sírios, bengaleses e nigerianos.

No que diz respeito ao mercado de trabalho e com base nos dados de 2014, fornecidos pela pesquisadora Iracema Castelo Branco, da Fundação de Economia e Estatística no Rio Grande do Sul (FEE),⁵ pode-se dividir o fenômeno migratório em dois grupos: o primeiro pode ser chamado de fluxo regular e depende do nível de atividade econômica que, de certa forma, corresponde à demanda interna por profissionais estrangeiros. O segundo fluxo migratório representa a expectativa estrangeira de crescimento no movimento de ampliação da economia brasileira e de seus benefícios sociais. São pessoas que chegam para se estabelecer no Brasil em busca de uma oportunidade de trabalho, pelo desejo de melhorar suas condições de vida.

De acordo com a Coordenação Geral de Imigração (CGI)⁶, órgão que integra o Ministério do Trabalho e Previdência Social, foram concedidas 36.868 autorizações de trabalho estrangeiro em 2015 e 28.658 em 2016.

⁴ O relatório do CONARE, com os dados estatísticos e as porcentagens, pode ser acessado no sítio eletrônico oficial: <<http://csem.org.br/index.php/estatisticas/4635-sistema-de-refugio-brasileiro>>. Acesso em: 15 mar. 2017

⁵ BLANCO, Iracema Castelo. Os novos trabalhadores imigrantes: o sonho brasileiro. FEE. Disponível em: <<http://panoramainternacional.fee.tche.br/article/os-novos-trabalhadores-imigrantes-o-sonho-brasileiro/>>. Acesso em 10 mar. 2017.

⁶ As estatísticas relativas ao Ministério do Trabalho e Previdência Social estão disponíveis em: **Autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros**: relatório anual 2015-2016, 2017, pp. 10-22.

Das autorizações relativas ao ano de 2016, 25.393 foram para homens e 3.265 para mulheres - sendo que 39% tem de 20 a 34 anos e 41% apresenta idade entre 35 e 49 anos e, deste total, 56% tem curso superior completo. Ainda no que diz respeito as autorizações de 2016, 1.360 são em caráter permanente e 27.298 em caráter temporário; em relação ao prazo das concessões temporárias, 8.449 autorizações foram por até 90 dias, 4.335 por até um ano.

Em relação ao país de origem, o Haiti deteve 63,4% das autorizações do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), que é a instância de articulação da Política Migratória Brasileira, em especial da Política de Migração Laboral, restando ainda cerca de 40.000 processos de haitianos para análise. O fluxo de haitianos para o Brasil deu-se em 2004, através de acordos de cooperação técnica e científica entre o governo brasileiro e o haitiano, quando teve início a presença brasileira no Haiti, após o terremoto de 2010.

Os imigrantes haitianos eram os únicos que possuíam visto permanente por razões humanitárias, porém, em fevereiro de 2017, por pressão da Defensoria Pública da União, entre outros órgãos, este tipo de visto foi estendido aos venezuelanos⁷, em razão do aprofundamento da crise econômica e de escassez de alimentos na Venezuela.

Ainda segundo o CNIg⁸, no período de 2010 a 2014, foram registrados 34.887 pedidos de refúgio por haitianos, sendo que 83% ocorreram nos últimos dois anos, o que indica que esse fluxo é recente e ainda tende a crescer. A República do Haiti possui 10,3 milhões de habitantes, sendo que 80% vivem na extrema pobreza, com uma renda de 1,25 dólar ao dia e, além da situação econômica, o país enfrenta desafios ambientais e graves desigualdades sociais.

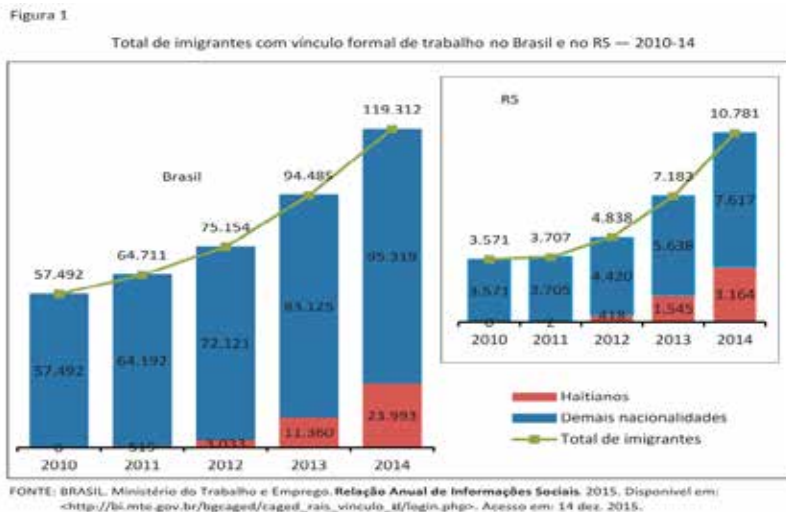
A principal rota usada para chegar ao Brasil compreende vôos de Porto Príncipe a Quito, no Equador, seguindo por via terrestre, passando pelo Peru até chegar ao Brasil, no estado do Acre, e daí dirigindo-se para outras regiões em busca de trabalho.

Com base na **Relação Anual de Informações Social (RAIS), pesquisada pelo Ministério**

⁷ Informações sobre este tema podem ser observados no sítio eletrônico oficial da DPU: <<http://www.dpu.def.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/68-noticias-internacional/35840-cnig-adota-recomendacao-da-dpu-e-autoriza-residencia-para-venezuelanos>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

⁸ Dados estatísticos disponíveis sobre o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) em: <<http://trabalho.gov.br/dados-abertos/trabalho-estrangeiro/estatisticas-imigracao/conselho-nacional-de-imigracao-cnig>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

do Trabalho e Previdência Social⁹, o Haiti possui o maior contingente de trabalhadores formais no Brasil, tendo ultrapassado Portugal, que esteve na liderança entre 2010 e 2012. O número de imigrantes com carteira assinada apresentou um crescimento de 107,5% entre 2010 e 2014, chegando a 34.773 no ano de 2015.



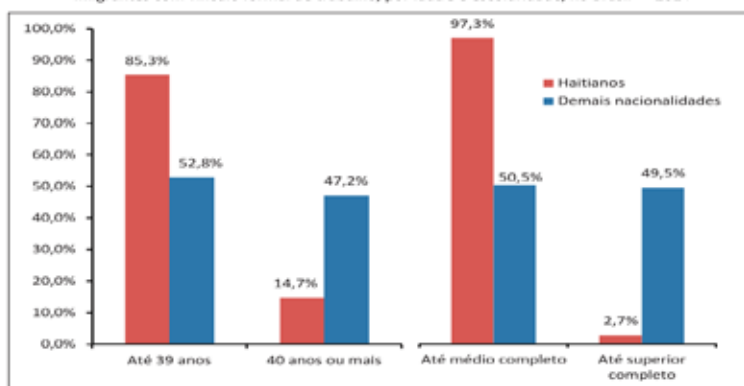
A Figura 1 demonstra que, em relação ao país de origem, os três países primeiros colocados são o Haiti, com 20,1% com um total de 23.993 pessoas; Portugal, com 9,0%, com um total de 10.770 pessoas; e Argentina, com 6,6% cujo total é de 7.832 pessoas. Este conjunto de pessoas é composto por 73,2% de homens e 26,8% de mulheres, representando o total de imigrantes com vínculo formal no Brasil e no Rio Grande do Sul.

Destaca-se ainda que os imigrantes haitianos são mais jovens (83%), tendo menos de 39 anos e sendo menos escolarizados do que os demais imigrantes com vínculo formal de trabalho, com somente 2,7% de haitianos com curso superior completo, conforme demonstra a Figura 2.

⁹ Dados estatísticos disponíveis em: <<http://obmigra.mte.gov.br/index.php/relatorios-cgig-e-cnig>>. Acesso em 10 jan. 2017.

Figura 2

Imigrantes com vínculo formal de trabalho, por idade e escolaridade, no Brasil — 2014



FORNTE: BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Relação Anual de Informações Sociais*, 2015. Disponível em: <http://bi.mte.gov.br/bgcaged/caged_rais_vinculo_01/login.php>. Acesso em: 14 dez. 2015.

Ainda segundo o Ministério do Trabalho e Previdência Social¹⁰, o Rio Grande do Sul está entre os principais destinos de quem chega ao Brasil com a intenção de imigrar, sendo que, em 2016, a maioria das autorizações de trabalho se concentrou no Rio de Janeiro (43%), São Paulo (39%), Rio Grande do Sul (2%) e Paraná (2%).

Se observarmos o comportamento dos fluxos migratórios no Rio Grande do Sul, vamos verificar que entre os anos de 2000 a 2014, existem pontos de crescimento bem significativos nos somatórios anuais, que se apresentam no aumento de 198,8% entre 2000 e 2010 e, paralelamente, de mais 125% entre 2010 e 2014.

Estes movimentos representam uma evolução muito maior do que o esperado para a tendência nacional, cuja previsão era em torno de 15 mil imigrantes para o período de 15 anos. De tal modo que, entre 2007 e 2014, o estoque total de migração no estado chegou a 84 mil imigrantes, o que representa 0,8% da população do Rio Grande do Sul, conforme menciona o pesquisador Roberto Uebel.¹¹

Estes números ficam mais significativos se analisarmos que o número de imigrantes no Rio Grande do Sul cresceu, somente nos quatro últimos anos, o mesmo que em toda a década de 2000-2010, segundo análise dos dados da Tabela 2 e Gráfico 1, que demonstram esta evolução.

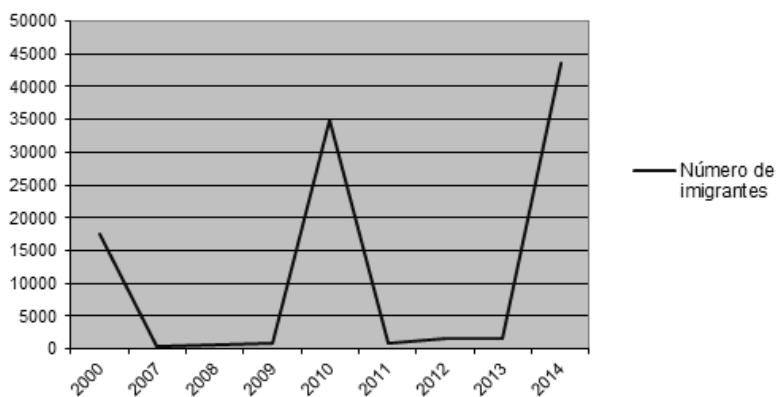
¹⁰ Trabalho e Previdência Social estão disponíveis em: **Autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros: relatório anual 2015-2016**, 2017, p.14.

¹¹ UEBEL, R. **Análise do perfil socioespacial das migrações para o RS no início do século XXI: redes, atores e cenários da migração haitiana e senegalesa**, 2015, pp. 227-230.

Tabela 2 – Crescimento de imigrantes no Rio Grande do Sul

Ano	Número de Imigrantes	Anos	Número de Imigrantes
2000	17532	2011	933
2007	311	2012	1565
2008	585	2013	1559
2009	738	2014	43550
2010	34863		

Crescimento de imigrantes no Rio Grande do Sul - estoque total de 2000 a 2014



Fonte: Gráfico 1, com base nos dados compilados por UEBEL.¹²

¹² UEBEL, R. **Análise do perfil socioespacial das migrações para o RS no início do século XXI: redes, atores e cenários da imigração haitiana e senegalesa**, 2015, p. 117.

Conforme entrevista realizada com Eliani de Oliveira, secretária executiva do Centro Ítalo-Brasileiro de Assistência e Instrução às Migrações (CIBAI)¹³, em 2015, o estado gaúcho contava com imigrantes e refugiados distribuídos entre 100 municípios. A maior parte está localizada nas cidades serranas como Caxias do Sul, que conta com mais de 2 mil pessoas e Bento Gonçalves, com 1,3 mil imigrantes. A região de Passo Fundo abriga em torno de mil e duzentas pessoas, o mesmo acontecendo com Lajeado e Porto Alegre.

Em consequência do aumento no fluxo migratório para o Rio Grande do Sul, ocorreu um crescimento de mais de 300% no montante de mão de obra imigrante com carteira assinada, passando de 3.571, em 2010, para 10.781, em 2014, conforme dados da RAIS.

O CIBAI, que atende gratuitamente aos imigrantes de todas as nacionalidades em Porto Alegre, estima que entre 2010 e 2014, mais de 5 mil africanos pediram refúgio, especialmente somalis, senegaleses, ganeses, cabo-verdianos e moçambicanos sendo que a maioria fixou residência nos três estados do sul do Brasil em razão da localização das indústrias avícolas que são exportadoras de carne com selo Halal para países seguidores da religião islâmica.

O abate Halal é o modo pelo qual os animais devem ser mortos de forma ritualística realizado por muçulmanos mentalmente sadios e conhecedores das regras. Entre as exigências, existem frases específicas que devem ser ditas, equipamentos e utensílios próprios para o Halal.

Grande parte das imigrações africanas ocorreram nas últimas décadas do século XX, em razão dos vários conflitos pela independência, das secas prolongadas e dos Acordos de Cooperação entre o Brasil e países da África.

O Gráfico 2 e a Tabela 3, demonstram a participação, por nacionalidade, dos imigrantes africanos no Rio Grande do Sul em 2014, onde se pode notar a expressiva participação dos senegaleses, com 67,01%, seguidos dos marroquinos com 7,6% e dos ganeses com 6,30%.

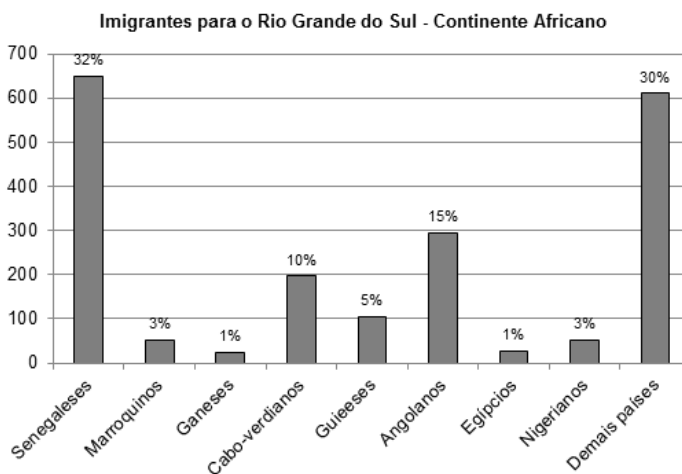
O caso dos angolanos, nigerianos e sul-africanos está pautado por uma situação distinta àquela dos imigrantes da costa oeste africana ou dos refugiados e migrantes internos,

¹³ Para a produção do artigo, foi realizada entrevista com Eliane de Oliveira, secretária do setor de imigração, sobre a atuação do CIBAI Migrações nos casos de imigrantes no Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 03 mar. 2017. Informação verbal.

como os ganeses, já que possuem um perfil social, laboral e econômico distinto, visto que estas três nacionalidades de imigrantes estão inseridas no contexto de: intercambistas em centros de ensino superior, missionários de igrejas e, em menor parte, trabalhadores da construção civil e setor naval. Os imigrantes deste grupo vieram para o Rio Grande do Sul com uma proposta de emprego ou atuação profissional consolidada, caracterizando-se uma imigração específica, demandada e, por vezes, temporária.

Gráfico 2 e Tabela 3 – Imigrações Africanas do RS

Nacionalidade	BRASIL	RS	%
Senegaleses	970	650	67,01
Marroquinos	697	53	7,60
Ganeses	397	25	6,30
Cabo-verdianos	4.446	197	4,43
Guieeses	2.913	104	3,57
Angolanos	11.028	294	2,66
Egípcios	1.233	27	2,19
Nigerianos	3.132	53	1,69
Demais países	7.545	610	8,08
Total	32.270	2.013	



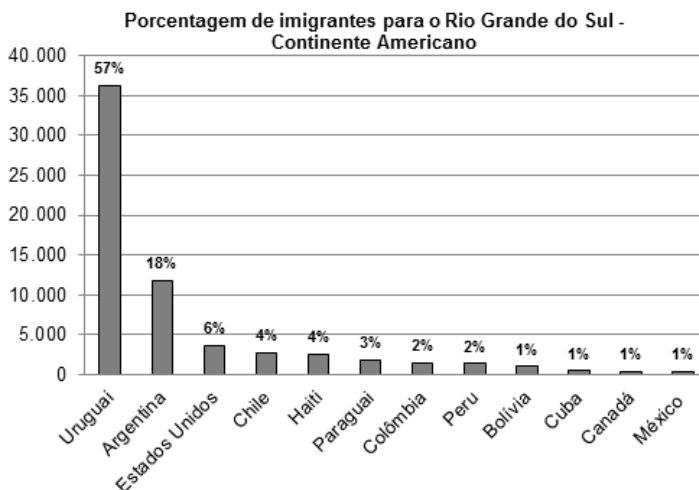
Fonte: Dados tabulados com base nas informações de ZAMBERLAM (2014).

Já as imigrações provenientes do continente americano, sofrem grande influência da proximidade geográfica. Deste modo, existe um considerável número de uruguaios

e argentinos no Rio Grande do Sul, o que se justifica pela atratividade econômica, similaridade cultural e lingüística.

No entanto, este processo não justifica os deslocamentos populacionais de longa distância, como colombianos e haitianos, conforme podemos notar na Tabela 3 e no Gráfico 2, que demonstram as imigrações do continente americano para o Rio Grande do Sul.

Gráfico 3 – Imigrações do Continente Americano no RS



Fonte: Gráfico realizado com base nos dados compilados por Uebel (2015).¹⁴

Para elucidar este tema, destacamos o resultado da pesquisa de Uebel:

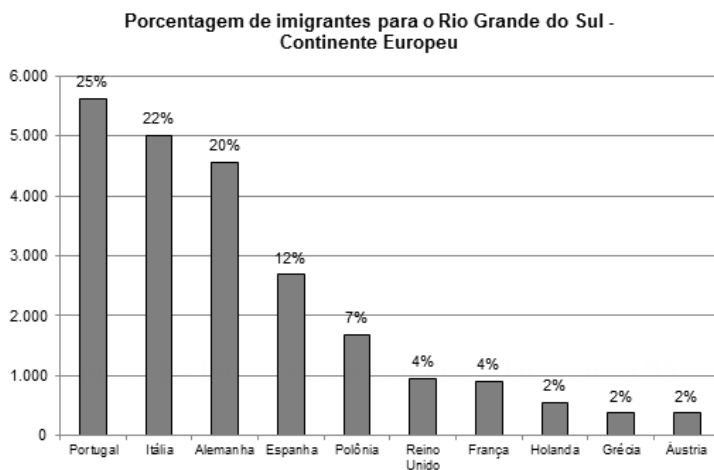
Assim, o que caracteriza este aumento e presença expressiva de colombianos no território sul-rio-grandense está majoritariamente ligado ao status de refúgio obtidos por estes, não sendo caracterizados, portanto, imigrantes econômicos. Já os haitianos são predominantemente motivados pela atratividade laboral e econômica do estado, coincidente com o aumento do número de vagas registrado pela indústria e comércio rio-grandense no mesmo período bem como pela inserção estratégica do Brasil no Haiti. (...) Por fim, os imigrantes de nacionalidade boliviana e paraguaia não possuem representatividade considerável no cenário migratório do Rio Grande do Sul em virtude de que estes preferem imigrar para os estados fronteiriços aos seus países, como Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e São Paulo (...), cada estado brasileiro tem nas suas principais composições (e

¹⁴ UEBEL, R. **Análise do perfil socioespacial das migrações para o RS no início do século XXI: redes, atores e cenários da imigração haitiana e senegalesa**, 2015, pp. 227-ss.

rankings) imigrantes de países vizinhos: uruguaios e argentinos no Rio Grande do Sul, bolivianos e paraguaios no Mato Grosso, peruanos e bolivianos no Acre, etc. Já a participação dos imigrantes de origem europeia nos cenários do estado neste biênio de 2013-2014 segue em certa medida o padrão da escala brasileira.

As imigrações advindas do continente europeu seguem os fluxos de crescimento na imigração brasileira, onde os imigrantes de origem portuguesa, espanhola e italiana ainda possuem uma forte representação na composição do perfil migratório do Rio Grande do Sul. Ressalta-se ainda outros fluxos vindos da Europa para os estados do sul do Brasil, devido às outras distintas redes de colonização histórica, como a forte presença de imigrantes alemães, poloneses e holandeses em uma proporção maior que a verificada no restante do país.

A aproximação cultural se mostra efetiva e mantida ao longo dos últimos 180 anos, prevalecendo assim, a hipótese de que existem redes migratórias históricas que são o principal aporte e esteio para as atuais migrações internacionais. Considerando a crise econômica e de emprego persistente no continente europeu em função da desvalorização da moeda, houve o estímulo aos fluxos migratórios em direção ao Rio Grande do Sul, estado que se caracteriza por oferecer postos de trabalho para trabalhadores especializados e comunidades de origem cultural semelhantes, coincidindo com o perfil destes imigrantes. Estes dois movimentos estão demonstrados no Gráfico 4.

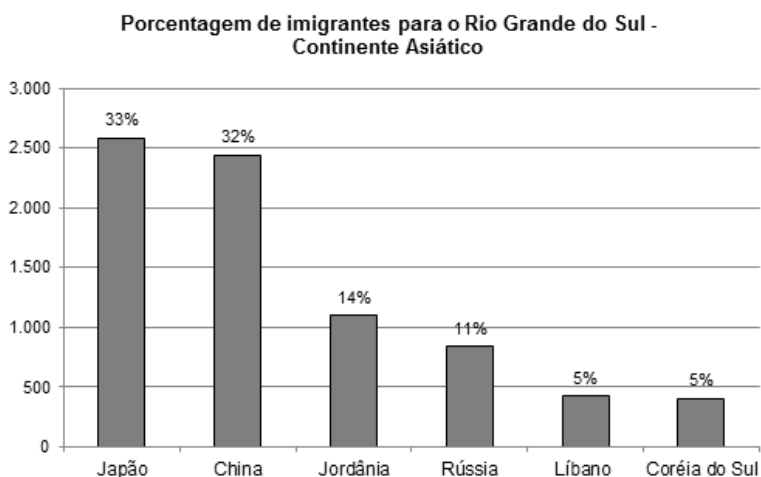


Fonte: Gráfico realizado com base nos dados compilados por UEBEL (2015).¹⁵

¹⁵ UEBEL, R. **Análise do perfil socioespacial das migrações para o RS no início do século XXI: redes, atores e cenários da imigração haitiana e senegalesa**, 2015, pp. 227-ss.

No caso da Ásia, segundo o Gráfico 5, constata-se a presença da imigração japonesa, russa e chinesa, voltada agora para postos de trabalho especializados e imigrações com objetivos acadêmicos, concentrada em pólos universitários como Porto Alegre, Santa Maria e Caxias do Sul, em razão da cooperação de ensino firmada entre o Brasil e os países participantes do BRICS e das parcerias empresariais do Rio Grande do Sul com empresas de tecnologia da China, Rússia e Índia, além do Japão.

Gráfico 5 - Imigrações do Continente Asiático no RS



Fonte: Gráfico realizado, com base nos dados compilados por Uebel (2015).¹⁶

Os imigrantes palestinos, jordanianos e libaneses são, em sua maioria, indivíduos com status de refúgio ou com imigração temporária para o Brasil e previsão de dirigirem-se ao Uruguai e ao Paraguai. Em sua maioria são residentes localizados em cidades como Canoas, Sapucaia do Sul, Novo Hamburgo e Porto Alegre, além de outras localidades mais ao sul do estado, como Santa Cruz do Sul e a cidade fronteira com o Uruguai, o Chuí. Geralmente, as comunidades que se encontram localizadas nestas cidades acolhem os refugiados e imigrantes com o objetivo de inserção em oportunidades de trabalho no comércio local.

¹⁶ UEBEL, R. **Análise do perfil socioespacial das migrações para o RS no início do século XXI:** redes, atores e cenários da imigração haitiana e senegalesa, 2015, pp. 227-ss.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS INTEGRATIVAS

A educação é um direito garantido pela legislação internacional e brasileira. A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, estabelece que, aos solicitantes de refúgio e aos refugiados, deve-se conceder o mesmo tratamento garantido aos cidadãos nacionais no que refere à educação primária.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁷ reconhece que a educação primária “deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos”, a secundária “deve estar disponível de maneira geral e acessível para todos”, e que a educação superior “deve estar igualmente acessível para todos com base na capacidade individual de cada um”.

A lei 9.474/97, lei brasileira de refúgio, em seu artigo nº. 44, reconhece o direito dos refugiados de terem acesso à educação e prevê que o reconhecimento de certificados e diplomas necessários para o ingresso em instituições acadêmicas, de todos os níveis, deverá ser facilitada para os refugiados, levando-se em conta as condições desfavoráveis a que os mesmos estão expostos.

Os solicitantes de refúgio e refugiados, bem como os imigrantes residentes no Brasil devem, sem discriminação, ter acesso às instituições públicas de ensino. Para isso, os estados e municípios também precisam remover os obstáculos práticos e administrativos que possam vir a ser um empecilho para o acesso a esse direito fundamental. Todos os solicitantes de refúgio, imigrantes e suas crianças necessitam se beneficiar de uma educação primária gratuita.

Uma vez que o exercício do direito à educação pode se tornar impossível devido à barreira linguística, o direito à educação primária gratuita aos solicitantes de refúgio deve ser coordenado com a aprendizagem da língua portuguesa.

A educação é parte vital do processo de integração local dos refugiados e imigrantes. É o meio pelo qual o homem atua na sociedade, visto que, materializada pelo trabalho, a educação e, conseqüentemente, a profissão exercida, acaba por definir a pessoa humana, qualificando-a para operar mudanças sociais. Neste sentido, pode-se acolher a concepção bergsoniana do homem:

¹⁷ Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 13 mar. 2017.

Se pudéssemos nos despir de todo orgulho, se, para definir nossa espécie, nos ativéssemos estritamente ao que a história e a pré-história nos apresentam como a característica constante do homem e da inteligência, talvez não disséssemos: *Homo sapiens*, mas *Homo faber*. Em conclusão, a inteligência, encarada no que parece ser o seu empenho original, é a faculdade de fabricar... (*grifos do original*).¹⁸

Portanto, embora o ato de fabricar, em que se expressa a racionalidade, não defina completamente o homem, é por meio do trabalho que o homem se expressa e age sobre a natureza, ajustando-a às suas necessidades:

Podemos distinguir o homem dos animais pela consciência, pela religião ou por qualquer coisa que queira. Porém, o homem se diferencia propriamente dos animais a partir do momento em que começa a produzir seus meios de vida, passo este que se encontra condicionado por sua organização corporal. Ao produzir seus meios de vida, o homem produz indiretamente sua própria vida material.¹⁹

Deve-se, assim, considerar o trabalho como fundamental para os solicitantes de refúgio, refugiados e imigrantes, além de crucial para o processo de integração local. Tanto os refugiados, como os imigrantes devem ser capazes de sustentar a si e a suas famílias, especialmente quando não existe qualquer perspectiva de retorno ao país de origem. É por meio do trabalho regular que eles poderão adquirir sua autonomia. O direito ao trabalho é essencial para manutenção da dignidade, e com ela a saúde física e mental. Além disso, o trabalho auxilia a manter as capacidades intelectuais que facilitam a integração local na sociedade de acolhida, ou um possível retorno ao país de origem, com segurança e dignidade.

Enquanto a assistência humanitária proporciona um alívio temporário, a dependência da ajuda, por longo prazo, pode ser desmoralizante. É importante salientar que, principalmente nos casos dos refugiados, a harmonia psicológica, foi muitas vezes rompida, gerando casos de depressão e ansiedade e, a impossibilidade de lograr a integração ao mercado de trabalho faz com que os refugiados permaneçam ociosos, o que só agrava sua angústia e frustração. Além disso, a demora na obtenção do emprego impossibilita o acesso às necessidades básicas como alimentação, habitação, educação e cuidados básicos de saúde. Tal situação pode levar os refugiados a se sentirem obrigados a voltar para seu país de origem onde existe uma grave ameaça para a sua vida, ou então, pode levá-los a se deslocar irregularmente para outro país.

¹⁸ BERGSON, H. **A evolução criadora**. In: _____. Cartas, conferências e outros escritos. pp. 153-205.

¹⁹ MARX, K.; ENGELS, F. **La ideologia alemana**, 1974. p. 467.

O direito ao trabalho também é fundamental nas situações em que um solicitante de refúgio foi rejeitado e não pode ser transferido para fora do país devido a obstáculos jurídicos ou materiais. Se uma pessoa não pode ser transferida de um Estado e, esse mesmo Estado privar a pessoa de qualquer oportunidade razoável para a sua subsistência, impedindo que sejam atendidas suas necessidades mais básicas, isso pode equivaler a tratamento cruel, desumano e degradante.

Além da falta de familiaridade com a língua, o desconhecimento das regras trabalhistas, o preconceito por parte da comunidade local e a dificuldade na comprovação da escolaridade e experiências laborais prévias, são os obstáculos seguidamente encontrados pelos refugiados.

Já os imigrantes, geralmente ingressam no país com um projeto para acesso ao mercado de trabalho, que pode se tornar real ou encontrar também obstáculos imprevistos ou que não foram avaliados antes de sua entrada.

Com o histórico de mais de 4.700 atendimentos a imigrantes, somente em 2016, o Núcleo de Estudos do CIBAI confirma que é grande o número de imigrantes que chega ao país sem dominar o idioma e que, para isso são necessários de seis meses a um ano de estudos. Em decorrência, durante este período os imigrantes atuam na informalidade, como vendedores ambulantes.

O CIBAI constatou a necessidade de uma formação auxiliar para o trabalho e para tal, no ano de 2016 foram oferecidos cursos de costura e modelagem, auxiliar de cozinha e estética. Já em 2017, está programada a formação para auxiliares de limpeza e um curso de cultura brasileira e cidadania.

No Distrito Federal, São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre, o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC)²⁰, em 2016, começou a oferecer o curso de língua portuguesa e cultura brasileira. O curso é resultado do pacto firmado pelo Ministério da Justiça e Cidadania por meio do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) com o Ministério da Educação. No primeiro ano de 2016, foram ofertadas 40 vagas pelo Instituto Federal de Brasília (IFB), 200 vagas em São Paulo, 70 vagas no Rio de Janeiro e 50 em Porto Alegre. As aulas têm por finalidade proporcionar o aprendizado da língua e da cultura brasileira, aos solicitantes de refúgio e refugiados.

²⁰ Maiores informações sobre o PRONATEC estão disponíveis em: <<http://portal.mec.gov.br/pronatec/cursos-pronatec>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

O PRONATEC fornece, além das aulas gratuitas, um auxílio ao estudante para custear alimentação e transporte, de acordo com os critérios e valores da unidade ofertante.

Em se tratando do material didático para ensino de português, a Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) lançou, em 2015, a cartilha: *Podem entrar: português do Brasil para refugiadas e refugiados*²¹ - que pode ser baixada gratuitamente pela internet através do site do ACNUR. A editora responsável pela cartilha, Sra. Talita Amaro de Oliveira, informa que o processo de elaboração do material durou cerca de dez meses e teve como objetivo atender a uma demanda já antiga entre as entidades que acolhem refugiados no Brasil.

Ainda no que diz respeito ao ensino de português para imigrantes no Rio Grande do Sul, o CIBAI oferece um curso gratuito que funciona sem incentivo governamental para custear o transporte para as aulas. Desta maneira, o número de alunos varia, visto que na sua grande maioria, os imigrantes não têm como custear o transporte de suas casas até o local das aulas. Este trabalho é realizado por professores da rede pública que atuam como voluntários e não existe um material didático organizado para este fim. São oferecidas três turmas semanais, nas quintas e sábados pela manhã, e sábados à tarde, na sede do CIBAI em Porto Alegre.

O Instituto Federal no Rio Grande do Sul - IFRS oferece o curso: “Português como Língua Adicional”²², voltado aos refugiados e imigrantes. Com três módulos de 30 horas, sem custos, e totalmente EAD via sua estrutura Moodle, o curso apresenta o básico da língua portuguesa para aqueles que não podem se deslocar, mas tem acesso a um computador.

Em nível de educação superior, a Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)²³ lançou, por meio de edital, um programa de acesso à formação técnica, tecnológica e superior voltado para esse público, em que 5% das vagas serão direcionadas para estudantes imigrantes e refugiados a partir do primeiro semestre letivo de 2017.

Serão admitidos imigrantes ou refugiados que tenham concluído o ensino médio ou

²¹ É possível obter o acesso a cartilha em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/publicacoes/>>. Acesso 20 mar. 2017.

²² É possível o acesso ao Curso de português como língua estrangeira em: <<https://moodle.ifrs.edu.br/>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

²³ Ministério da Educação. **Educação superior**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/busca-geral/212-noticias/educacao-superior-1690610854/46141-universidade-gaucha-oferecera-formacao-para-os-refugiados>>. Acesso em: 17 mar. 2017

equivalente no país onde residiam, tenham sido impossibilitados de dar continuidade ao ensino técnico ou superior pelo motivo de imigração ou que já tenham concluído os estudos equivalentes e não tenham interesse na revalidação do diploma.

No que tange à educação exclusivamente dos refugiados no Rio Grande do Sul, a Associação Antônio Vieira (ASAV)²⁴ financia aulas em escolas e aulas particulares, para as famílias solicitantes de refúgio que fazem parte do seu programa, visto que o reassentamento de refugiados é um tema central para a Companhia de Jesus.

Desde 2003, a Associação Antônio Vieira possui acordo com o ACNUR, visando à implementação do Programa Brasileiro de Reassentamento Solidário, que tem por objetivo ser um complemento ao sistema de proteção internacional ao refugiado, pois possibilita tanto a proteção legal e física, como a solução duradoura, oferecendo condições básicas e necessárias para que as pessoas retomem a sua autonomia e a cidadania, reiniciando, assim, suas vidas. Após a instalação das famílias em localidades do interior, por acreditar que nestes locais a rede pública de saúde e de acolhimento é mais eficaz, as crianças são matriculadas em escolas locais e as famílias recebem aulas particulares para ensino de português, custeadas pelo programa de reassentamento da ASAV, que é financiado pelo ACNUR.

Segundo Karin Wapechowski, coordenadora do programa, é imprescindível a implementação de políticas públicas de formação profissionalizante para refugiados, principalmente voltadas para a capacitação de mulheres, uma vez que em suas regiões de origem não obtiveram, por falta de oportunidade ou por força cultural, a oportunidade de receber estudos dirigidos para sua inserção no mercado de trabalho.

Além do trabalho realizado no acolhimento do refugiado, a ASAV realiza palestras para professores da rede pública e agentes estaduais e municipais que venham a trabalhar com a temática dos refugiados. Destaca Wapechowski:

Não somente as diversidades culturais devem ser consideradas, mas os traços psicológicos que são resultado da situação em que os refugiados foram expostos. Este contexto deve

²⁴ Para a produção do artigo, foi realizada entrevista com a Sra. Karin Wapechowshi, coordenadora do Programa Brasileiro de Reassentamento Solidário de Refugiados da Associação Antônio Vieira no Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 17 mar. 2017. Informação verbal.

ser apreendido e considerado pelo educador e por todos os agentes públicos envolvidos. A rede de acolhimento do Rio Grande do Sul, conta ainda com o Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (DPE/RS),²⁵ através do trabalho do Centro de Referência em Direitos Humanos (CRDH) da DPE,²⁵ onde há atendimento multidisciplinar a migrantes e refugiados nas áreas de competência da instituição, sendo mais comuns as demandas em saúde, direito do consumidor, defesa criminal e validação de diplomas, entre outras.

A Universidade Federal do Rio Grande do Sul atua através do Grupo de Assessoria a Imigrantes e a Refugiados (Gaire-UFRGS)²⁶, que desenvolve um projeto de extensão, vinculado ao Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da UFRGS (Saju). Devido a interdisciplinaridade, o trabalho ali desenvolvido é multiprofissional, contando com estudantes de diferentes áreas, entre elas, Psicologia, Direito e Geografia.

Já o Ministério Público do Trabalho (MPT)²⁷, tem suas ações centradas no campo da investigação de irregularidades nas relações de trabalho no âmbito coletivo, buscando sua resolução e ajuste, visto que a primeira ação de um migrante quando chega ao país é buscar trabalho, uma situação que pode gerar uma série de problemas, entre eles, o preconceito, a incompreensão e condições análogas à de trabalho escravo.

O Ministério Público Federal²⁸ atua na defesa de direitos constitucionais de brasileiros e estrangeiros e, mais comumente nas demandas coletivas, com destaque para a Procuradoria dos Direitos do Cidadão, segmento que tem mais relação com as questões da população de migrantes e refugiados.

Muito também tem sido realizado pela Defensoria Pública da União nos casos individuais de refugiados e imigrantes, realizando ações para garantir que esses grupos não sejam estigmatizados. Para tal, promove a sua inclusão nas políticas públicas brasileiras em igualdade de condições com os cidadãos nacionais visando concretizar uma integração local no país de acolhimento. Cabe destacar a criação do serviço multilíngue e multidisciplinar para atendimentos a refugiados e imigrantes oferecido todas as sextas-feiras e cuja atuação foi reconhecida pelo ACNUR como exemplo

²⁵ Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos – NUDDH – DPE/RS. Disponível em: <<http://www.defensoria.rs.def.br/conteudo/20577>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

²⁶ UFRGS/GAIRE - Grupo de assessoria a imigrantes e a refugiados. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/saju/grupos/gaire>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

²⁷ Ministério Público Federal. Disponível em: <www.mpf.mp.br/>. Acesso em: 14 jan. 2017.

²⁸ Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <<http://www.prt4.mpt.mp.br/>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

de boa prática institucional²⁹.

Conforme constata-se por meio dos dados coletados e das entrevistas, os refugiados contam com um apoio maior do que aquele encontrado pelos que decidem imigrar para o Brasil. Neste contexto, apesar do aparente apoio governamental encontrado no grande número de acordos e leis, nenhuma das duas organizações, CIBAI e ASAV, recebem recursos federais, sendo subsidiadas por organismos internacionais e pelo voluntariado.

A rede de acolhida, da qual participam vários órgãos do governo, ainda é motivada pelas levadas ocasionais de imigrantes e refugiados e não pelo estabelecimento de um planejamento de acolhimento integrado e multidisciplinar com atuação de profissionais preparados para atender às necessidades específicas deste tipo de contexto assistencial.

Mais especificamente, nas ações voltadas ao ensino de português pelo PRONATEC, é importante analisar se o quantitativo de refugiados que necessita deste tipo de curso é atendido, uma vez que os números informados pelo CONARE, em torno de 360 vagas, em 2016, não parecem atender a demanda anual de refugiados e solicitantes de refúgio.

3. EDUCAÇÃO PARA A CIDADANIA E INCLUSÃO

Foi na construção da democracia no Brasil que surgiu a necessidade do resgate dos direitos civis e políticos e o ensino destes direitos para a maioria da população. A pedagogia de Paulo Freire³⁰ é uma das influências decisivas nesse processo, que procura uma conscientização das pessoas através da educação, ou seja, a educação compreendida como uma prática libertadora. Portanto, é na evolução da construção da sociedade brasileira que esta concepção de educação em direitos humanos se amplia, para englobar outras dimensões para além da participação política, da liberdade de expressão, do direito ao voto e dos demais direitos civis e políticos.

²⁹ Maiores informações, estão disponíveis no sítio: <<http://www.dpu.def.br/noticias-rio-grande-do-sul/152-noticias-rs-slideshow/31652-porto-alegre-e-reconhecida-como-cidade-solidaria-de-acolhimento-a-refugiados>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

³⁰ FREIRE, P. **Pedagogia da indignação**: cartas pedagógicas e outros escritos, 2000, p.63.

Segundo estudos da pedagoga Vera Candau³¹, depreende-se que a educação em direitos humanos no país é um processo sistemático, interdisciplinar e multidimensional orientado à formação de sujeitos de direitos e à promoção de uma cidadania ativa e participativa. A educação é realizada pela articulação de diferentes atividades que desenvolvem conhecimentos, atitudes, sentimentos e práticas sociais e que afirmam uma cultura de direitos humanos na escola e na sociedade. Visa ao desenvolvimento da consciência da dignidade humana de cada pessoa, orientando a formação do sujeito de direito e articulando as dimensões sobre direitos humanos, a afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem uma consciência cidadã capaz de se fazer presente nos planos: sociais, éticos e políticos, e que expressem o fortalecimento de práticas individuais e sociais geradoras de ações e instrumentos a favor da promoção, da proteção e da defesa dos direitos humanos, assim como da reparação de suas violações.

A educadora Nancy Flowers³², distingue três tipos de definições de educação em direitos humanos segundo os agentes implicados: as agências governamentais, as organizações não governamentais (ONGs) e os intelectuais universitários e educadores:

As organizações governamentais colocariam ênfase na valorização de objetivos e resultados, especialmente os que preservem a ordem e o próprio Estado, ou seja, enfatiza o aspecto “direitos” dos direitos humanos, relacionando o tema à promoção da paz, a coesão, a ordem social, em oposição a comportamentos e atitudes perturbadoras dessa mesma ordem, sendo responsabilidade dos governos buscar para que a educação em direitos humanos seja realizada adequadamente. As definições formuladas pelas organizações não governamentais também enfatizam resultados, mas com enfoques diferentes, pois ressaltam o aspecto “educação” da educação em direitos humanos. No terceiro bloco, temos os agentes implicados na definição do tema, os educadores e intelectuais, que tendem a mudar a ênfase para os valores que constroem e informam os processos de educação em direitos humanos. Para este grupo, a palavra mais importante na definição seria: “humano”. Ainda que estas colocações sejam interessantes na abordagem do tema, na prática, as ações não têm sido individualizadas.

O que se constata no desenvolvimento de ações voltadas à resolução das questões que demandam da sociedade, é a presença de diferentes agentes sociais: agências internacionais,

³¹ CANDAU, V. M. F. Educação em direitos humanos: questões pedagógicas. In: BITTAR, E. C. B. (Coord.). **Educação e Metodologia para os Direitos Humanos**. 2008. pp. 285-298.

³² FLOWERS, N. How to Define Human Rights Education? In: GEORGI, V.; SEBERICH, M. (Eds.). **International Perspectives in Human Rights Education**, 2004, p. 26.

instituições governamentais, ONGs, educadores e intelectuais, que, em parceria ou em iniciativas conjuntas e mistas, interagem continuamente entre a esfera governamental e o contexto social.

3.1 O papel da Defensoria Pública da União na educação em direitos, voltada ao empoderamento do imigrante e do refugiado como fator definitivo para o seu real acolhimento.

A palavra empoderamento tem sua versão original do termo em inglês, *empowerment*, que conforme o dicionário Merriam-Webster traz as seguintes definições: “1. *to give official authority or legal power to*. 2. *enable*. 3. *to promote the self-actualization or influence of*”, ou seja, “1. ceder autoridade oficial a, ou poder legal. 2. habilitar. 3. promover a auto-atualização ou influência de”³³.

Desta maneira, a palavra empoderamento é descrita na língua portuguesa, conceituando o ato ou efeito de promover conscientização e tomada de poder de influência de uma pessoa ou grupo social, geralmente para realizar mudanças de ordem social, política, econômica e cultural no contexto que lhe afeta, no sentido de dar a alguém ou a um grupo o poder de decisão em vez de tutelá-lo. Dessa forma, resgata um conceito que se encaixa perfeitamente na concepção de educação em direitos.

Com a finalidade de demonstrar o papel da Defensoria Pública da União, no contexto da educação em direitos, buscamos o regramento contido na Lei Complementar nacional nº. 132/09, nos artigos 1º. e 4º.:

Art. 1º 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, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Art. 4º

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,

³³ MERRIAM-WEBSTER. Dicionário Inglês-Português. Disponível em: < <https://www.merriam-webster.com/dictionary/empowerment>>. Acesso em: 16 mar. 2017. Tradução livre da autora.

da cidadania e do ordenamento jurídico.

Segundo afirma com propriedade o Defensor Público do estado de São Paulo, Dr. Gustavo Augusto Soares dos Reis³⁴, a palavra **expressão** no artigo 1º remete ao conceito de uma Defensoria Pública que se apresenta como um instrumento de Democracia, sendo que a manifestação da propriedade de acesso à justiça é uma das competências da educação em direitos.

Cabe ressaltar algumas diferenças entre o conceito de orientação jurídica, relativa ao artigo 4º, inciso I, e educação em direitos, como ressalta Dos Reis:

A orientação jurídica é um discurso que enfatiza a dogmática, onde o defensor atua como agente de aconselhamento jurídico e como técnico para a solução de controvérsia. Aqui, assim, cabe ao defensor agir como um profissional que, diante de uma situação-problema (que não necessariamente seja litígio), esclarece para a pessoa (o assistido) a melhor solução jurídica para o seu caso. (...) A orientação jurídica, assim, é casuística – pois que abordada em um contexto de situação-problema – e possui tripla função: prevenir conflitos ou solucioná-los pacificamente, ou encorajar o litígio mediante a jurisdição.

Contudo, para que se atinja a pretensão de buscar um direito, primeiramente é necessário reconhecer a existência de um direito que possa ser juridicamente demandado. Ou seja, a educação em direitos é uma ação preventiva de conflitos e de demandas judiciais, atendendo aos objetivos expressos no artigo 4º, inciso II.

E, no sentido de promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, conforme regrado pelo artigo 4º, inciso III, o mais adequado é previamente educar a sociedade para que aja como uma atitude pró-ativa em defesa dos seus direitos. A educação em direitos, como fator de empoderamento da população é algo inegável, e dentro do contexto dos imigrantes e refugiados este elemento atua não somente na igualdade de direitos, mas como promotor da inserção social.

A servidora Laura Fernanda Zacher³⁵, socióloga da Defensoria Pública da União em Porto

³⁴ DOS REIS, G. A. S. **Educação em Direitos e Defensoria Pública: Reflexões a Partir da Lei Complementar n. 132/09**. In: Temas Aprofundados da Defensoria Pública, Volume I, Jus Podivm, 2ª Edição, Salvador, 2014.

³⁵ Para a realização deste artigo foi entrevistada a socióloga e servidora da DPU/RS, Laura Fernanda Zacher, sobre a atuação da Defensoria Pública da União em Porto Alegre nos casos de imigrantes e refugiados. Porto Alegre, 16 mar. 2017. Informação verbal.

Alegre, ressalta que é importante informar aos imigrantes e refugiados que a Defensoria Pública da União atua de forma autônoma na defesa dos direitos dos assistidos, não sendo a única forma na defesa de direitos. Assim, suas demandas podem ser ajuizadas e orientadas por outras vias, como a atuação do Gaire-UFRGS, por exemplo.

Entre as várias ações relevantes realizadas pela Defensoria Pública da União em relação à promoção dos direitos de imigrantes e refugiados, cabe citar algumas que ocorreram entre 2013 e 2016, entre as quais a participação da instituição na 1ª Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio - COMIGRAR, coordenada pelo Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Justiça/Departamento de Estrangeiros, em parceria com os Ministérios do Trabalho e das Relações Exteriores, com o apoio da Organização Internacional para as Migrações e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). O objetivo da conferência era promover uma reflexão coletiva e definir propostas para a construção da Política e do Plano Nacionais de Migrações e Refúgio. Foi realizada junto da COMIGRAR, através de uma conferência virtual interna, objetivando discutir a temática e enviar propostas para subsidiar a política migratória nacional com base nos Direitos Humanos, entre elas: a isenção de taxas para emissão de documentos e não cobrança de multas e gratuidade dos demais atos necessários para estrangeiros hipossuficientes; a possibilidade de prorrogação e emissão de visto dentro do território brasileiro, sem necessidade de retorno ao país de origem para solicitá-lo; e a criação de centros de referência para atenção à população presa e egressa estrangeira.

Zacher cita ainda as ações de recomendação para a retirada da palavra **refugiado** da Carteira de Identidade de Estrangeiro - (CIE), que gerava estigmatização do grupo, substituindo pela indicação “Amparado pela Lei nº 9.474/97”, que é a lei de Refúgio no Brasil. Por meio de uma recomendação feita à Polícia Federal pelo Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva da Defensoria Pública da União em Porto Alegre, os estrangeiros refugiados no Brasil terão o termo **refugiado** retirado de sua carteira de identificação³⁶, e a intermediação entre Prefeitura de Porto Alegre e Ministério da Justiça para criação do Centro de Referência e Acolhida para Migrantes e Refugiados em Porto Alegre, que prevê abrigo emergencial de 50 imigrantes e visa ao oferecimento do espaço adequado para abrigar, refugiados, imigrantes e solicitantes de refúgio, além de promover a integração social e garantir direito à alimentação, acesso à saúde, proteção social, intermediação para o trabalho e capacitação profissional, ensino de língua portuguesa, orientação jurídica

³⁶ Maiores informações disponíveis em: <<http://www.dpu.def.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/16374-termo-refugiado-sera-retirado-da-carteira-de-identidade-de-estrangeiro>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

sobre direitos e obrigações no país, entre outras ações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O perfil imigratório brasileiro, que se mantinha em leves ocasionais ao longo da história, desde a sua colonização até a segunda metade do século XX, experimentou considerável crescimento em decorrência da estabilidade econômica verificada no país a partir do início dos anos 2000. Este movimento foi resultado do posicionamento do Brasil entre as maiores potências econômicas do planeta, chegando a figurar, em determinados momentos, na sexta economia mundial. Esta fase histórica força o país a assumir, novamente, um perfil acolhedor, devido ao considerável aumento do ingresso de trabalhadores imigrantes em seu território, originários, principalmente, do Haiti, da Venezuela e de países do continente africano.

Breve e sucintamente, nosso objetivo neste trabalho, foi demonstrar os fluxos de imigrantes que formaram historicamente o Brasil e o Rio Grande do Sul e que se destacaram graças a sua capacidade de trabalho, disciplina e multiplicidade cultural, agregando valor à cultura gaúcha. Não obstante, devido ao fator de envelhecimento da população, particularmente sensível no Rio Grande do Sul, e a carência de profissionais de diversas áreas, especialmente em regiões mais isoladas do estado, a questão do reduzido suprimento dos postos de trabalho tornou-se um fator determinante para a sensibilização do empresariado à abertura de oportunidades para a atuação dos imigrantes e refugiados no mercado de trabalho, embora ainda persistam alguns preconceitos com relação às distinções culturais e religiosas de alguns grupos.

Apesar do mito de ser um país acolhedor, o Brasil apresenta ainda uma população com visão difusa em relação a possível ameaça de competição por postos de trabalho que os estrangeiros viriam a ocupar em detrimento dos trabalhadores locais.

O objetivo principal dos imigrantes que aportam no país é iniciar um novo processo de reconstrução de suas vidas, encontrar um trabalho capaz de atender suas expectativas e que lhes permita ter condições mínimas de subsistência para si e seus familiares, que, na maioria das vezes, permanecem em seus países de origem.

Dessa forma, políticas públicas educacionais, voltadas ao ensino de português, educação em direitos e formação profissional são fatores primordiais para o estabelecimento inicial

deste processo. As respostas de Políticas Públicas aos desafios das migrações e do refúgio devem ser: transdisciplinares, integradas, multiculturais e contextualizadas, capazes de reconhecer e assumir a complexidade que o tema requer.

Cabe ao Estado brasileiro desenvolver políticas capazes de atender às demandas e expectativas destes trabalhadores, a fim de que sejam oferecidas a estes as condições mínimas para o estabelecimento de uma vida digna em território nacional, conforme o desejo expresso pelos constituintes, no artigo 5º da Constituição da República de 1988, que garante aos estrangeiros residentes no país os mesmos direitos e deveres individuais e coletivos assegurados aos brasileiros natos.

Engajados na mudança de paradigma para o acolhimento e valorização do capital social e cultural, instituições como a Defensoria Pública da União, vem fortalecendo os vínculos da rede de acolhida, apoiando e promovendo a educação em direitos aos refugiados e aos imigrantes, sempre lutando para oferecer o tratamento adequado a este segmento crescente, através de iniciativas inovadoras como o serviço de atendimento multilíngue.

Além disso, a Defensoria Pública da União vem atuando como instrumento democrático para a mudança de postura da população face à recepção de novos imigrantes e refugiados, com vistas ao reconhecimento e valorização da contribuição histórica e cultural que a imigração estrangeira pode agregar para o desenvolvimento sócio-econômico da sociedade gaúcha e, sobretudo, para a formação da sociedade brasileira.

REFERENCIAS

ACNUR. **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados.** Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. **Declaração de Cartagena.** Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. **Tendências Globais - 2016.** Disponível em: <<http://www.unhcr.org/576408cd7>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. **Estatísticas 2016**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/>>. Acesso em 20 mar.2017.

_____. **Pode Entrar: Português do Brasil para refugiadas e refugiados**. 2015. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/publicacoes/>>. Acesso 20 mar. 2017.

_____. Deslocamento forçado atinge recorde global e afeta uma em cada 113 pessoas no mundo. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/deslocamento-forcado-atinge-recorde-global-e-afeta-uma-em-cada-113-pessoas-no-mundo/>>. Acesso em 23 mar.2017

BERGSON, H. A evolução criadora. In: _____. **Cartas, conferências e outros escritos**. São Paulo, Abril Cultural, 1979. p.153-205.

BRANCO, I. C. **Os novos trabalhadores imigrantes: o “sonho brasileiro”**. Panorama Internacional: Volume I, no. 3, 2016. Disponível em: <<http://panoramainternacional.fee.tche.br/article/os-novos-trabalhadores-imigrantes-o-sonho-brasileiro/>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição: República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Constituição (1937). **Constituição: República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1937.

_____. **Lei Complementar Nº 132, de 7 de outubro de 2009**. Altera dispositivos da Lei Complementar Nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp132.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Lei Ordinária Nº 9.474, de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 09 mar. 2017.

_____. **Ministério da Educação**. Educação superior. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/busca-geral/212-noticias/educacao-superior-1690610854/46141-universidade-gauch-a-oferecera-formacao-para-os-refugiados>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. **Ministério da Educação**. PRONATEC. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/>>

pronatec/cursos-pronatec>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. **Ministério da Justiça**. CONARE. **Sistema de Refúgio brasileiro**: desafios e perspectivas. Disponível em: <<http://csem.org.br/index.php/estatisticas/4635-sistema-de-refugio-brasileiro>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. **Ministério do Trabalho e Previdência Social**. Coordenação Geral de Imigração do Ministério do Trabalho e Previdência Social. Disponível em: <<http://acesso.mte.gov.br/obmigra/relatorio-anual/>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. **Ministério do Trabalho e Previdência Social**. Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/dados-abertos/trabalho-estrangeiro/estatisticas-imigracao/conselho-nacional-de-imigracao-cnig>>. Acesso em 18 mar. 2017.

_____. **Ministério do Trabalho e Previdência Social**. Dados estatísticos. Disponível em: <<http://obmigra.mte.gov.br/index.php/relatorios-cgig-e-cnig>>. Acesso em 10 jan. 2017.

_____. **Ministério Público Federal**. Disponível em: <www.mpf.mp.br/>. Acesso em: 14 jan. 2017.

_____. **Ministério Público do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.prt4.mpt.mp.br/>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

_____. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 13 mar. 2017.

CANDAU, V. **Educação em direitos humanos**: questões pedagógicas. In: BITTAR, Eduardo (coord.). Educação e metodologia para os direitos humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CARNEIRO, M. L. T. **A imagem do imigrante indesejável**. São Paulo, 2003.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Acesso à informação**. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/16374-termo-refugiado-sera-retirado-da-carteira-de-identidade-de-estrangeiro>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. **Acesso à informação**. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <<http://www.dpu.def>>.

br/noticias-rio-grande-do-sul/152-noticias-rs-slideshow/31652-porto-alegre-e-reconhecida-como-cidade-solidaria-de-acolhimento-a-refugiados>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. **Acesso à informação**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/68-noticias-internacional/35840-cnig-adota-recomendacao-da-dpu-e-autoriza-residencia-para-venezuelanos>>. Acesso em: 24 de mar. 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos – NUDDH**. Disponível em: <<http://www.defensoria.rs.def.br/conteudo/20577>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

DOS REIS, G. A. S. **Educação em Direitos e Defensoria Pública**: Reflexões a Partir da Lei Complementar n. 132/09, in Temas Aprofundados da Defensoria Pública, Volume I, Jus Podivm, 2ª Edição, Salvador, 2014.

IFRS. **Curso de Português como Língua Estrangeira**: parte I e parte II. Disponível em: <<https://moodle.ifrs.edu.br/>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

FLOWERS, N. **How to Define Human Rights Education?** In: GEORGI, Viola; SEBERICH, Michael. (Eds.). *International Perspectives in Human Rights Education*. Alemanha: Bertelsmann Foundation Publishers, 2004.

FREIRE, P. **Pedagogia da indignação**: cartas pedagógicas e outros escritos. São Paulo: Unesp, 2000.

MARX, K.; ENGELS, F. **La ideologia alemana**. Montevideo, Pueblos Unidos, 1974.

MERRIAM-WEBSTER. **Dicionário Inglês-Português**. Disponível em: <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/empowerment>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

UEBEL, R. R. G. **Análise do perfil socioespacial das migrações internacionais para o Rio Grande do Sul no início do século XXI**: redes, atores e cenários da imigração haitiana e senegalesa. Programa de Pós-Graduação em Geografia. Porto Alegre, UFRGS, 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/117357>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. **O Brasil na agenda global das migrações internacionais: inserção estratégica ou ciclos migratórios?** 1º Seminário Internacional de Ciência Política: Estado e Democracia em mudança no século XXI, Porto Alegre, 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. **GAIRE - Grupo de assessoria a imigrantes e a refugiados**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/saju/grupos/gaire>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

ZAMBERLAM, J., et al. **Os novos rostos da imigração no Brasil**: haitianos no Rio Grande do Sul. Ed. Sólidos, Porto Alegre, 2014.

A FUNÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA
IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS
À POPULAÇÃO LGBTI

Emanuel Adilson Gomes Marques

*THE ROLE OF THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE IN
THE IMPLEMENTATION OF HUMAN RIGHTS TO THE
LGBTI POPULATION*

A FUNÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS À POPULAÇÃO LGBTI

THE ROLE OF THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE IN THE IMPLEMENTATION OF HUMAN RIGHTS TO THE LGBTI POPULATION

Emanuel Adilson Gomes Marques

Defensor Público Federal

Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho

São Paulo, Brasil.

emanuel.marques@dpu.def.br

RESUMO

Esta pesquisa analisa a função da Defensoria Pública na implementação de Direitos Humanos à população LGBTI (*Gays*, *Lésbicas*, *Bissexuais*, *Transexuais*, *Intersex*), objetivando cumprir a missão constitucional de garantir os princípios de acesso à justiça e de igualdade entre as partes, de comprometimento com a democracia e com a construção de uma sociedade mais justa e solidária. Buscou-se analisar as ações efetivas que os Defensores Públicos podem utilizar para implementar políticas públicas que busquem garantir a este público direitos consagrados internacionalmente. Este estudo adota o método dedutivo de abordagem e pesquisa documental e bibliográfica como técnicas de pesquisa.

Palavras-chave: Direitos humanos internacionais. População lésbica, *gay*, bissexual, transexual e *intersex* (LGBTI). Organização das Nações Unidas. Organização dos Estados Americanos. Defensoria Pública.

ABSTRACT

This research analyzes the function of the Brazilian Public Defender's Office in the implementation of Human Rights to the LGBT population (Gay, Bisexual, Lesbian, Transgender, Intersex), aiming to fulfill the constitutional mission of ensuring the constitutional principles of access to justice and equality between the parties, of commitment with democracy and building a more just and united society. The aim is to analyze the effective action that the public defenders can use to implement public policies that seek to ensure that public rights recognized internationally. This study adopts the deductive method of approach and documentary and bibliographic research, as research techniques.

Keywords: International human rights. Population lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI). United Nations Organization; Organization of American States. Public Defense.

Data de submissão: 14/03/2016

Data de aceitação: 24/08/2017

SUMARIO

INTRODUÇÃO 1. SISTEMA DE DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS
2. SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS LGBTI – ONU
3. SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS
LGBTI - OEA 4. DEFENSORIAS PÚBLICAS NO BRASIL E DIREITOS INTER-
NACIONAIS CONSAGRADOS A POPULAÇÃO LGBTI. CONSIDERAÇÕES
FINAIS.

INTRODUÇÃO

Neste artigo, pretende-se analisar como se encontram as políticas de implementação de direitos humanos em prol da população LGBTI no âmbito da Organização das Nações

Unidas, bem como da Organização dos Estados Americanos. Analisar-se-á quais são as Resoluções e Convenções que as referidas entidades estão buscando para efetivar os direitos às Lésbicas, aos *Gays*, aos Bissexuais, aos Transexuais e aos *Intersex*¹.

No mundo inteiro, as lésbicas, os *gays*, os bissexuais, os transgêneros e os *intersex* de todas as idades são alvo de perseguição e discriminação no trabalho, em casa, na escola e em muitas outras situações do dia-a-dia. Em muitos países, a legislação nacional lhes é desfavorável. Em cerca de 76 Estados, ter um parceiro do mesmo sexo constitui crime. Existem pessoas que são detidas, identificadas para serem alvo de agressões físicas, torturadas ou mesmo assassinadas simplesmente por terem uma relação amorosa.

Quando se afirma tal questão, não se quer defender **novos direitos** ou **direitos especiais** para a referida população. O que se pretende é efetivar o que já está consagrado no âmbito dos Direitos Humanos Internacionais: o Direito à vida, à liberdade, à não discriminação, dentre outros, são universais e estão consagrados internacionalmente, mas são muitas vezes negados a muitos dos nossos semelhantes simplesmente devido à sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Diante dos dados estatísticos de violência, preconceito, exclusão social das minorias LGBTI, faz-se necessário, no âmbito brasileiro, que entidades governamentais assumam a responsabilidade de implementação de direitos de primeira, segunda e terceira geração.

No Brasil, a Defensoria Pública ganhou legitimidade Constitucional e legal para implementar todas as diretrizes inclusivas determinadas no âmbito internacional para implementação dos referidos direitos. Será demonstrado ao longo do trabalho, como a Defensoria Pública da União está atuando em prol da referida população, bem como os inúmeros avanços a serem conquistados na esfera dos direitos. Entretanto, surgem-nos questões relevantes: será que as Defensorias Públicas estão efetivamente atuando contra o preconceito e, em contrapartida, buscando a inclusão dessas minorias?

Assim, este trabalho terá por objetivo demonstrar inúmeros direitos e garantias que necessitam ser implementados à população LGBTI pela Defensoria Pública Brasileira, cumprindo, destarte, determinações estabelecidas por organismos internacionais.

¹ *Intersex* ou intersexo é o termo utilizado para designar a condição em que uma pessoa nasce com a anatomia reprodutiva ou sexual que não se encaixa na definição típica de sexo feminino ou masculino.

A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica e documental, utilizando-se de estudos jurídicos especializados, estudos científicos transversais, doutrinas, literatura contemporânea sobre pós-modernidade, bem como normas constitucionais.

1. SISTEMA DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Ab initio importante justificar a razão pelo qual os Direitos Humanos são divididos em gerações. Com efeito, os Direitos Humanos nascem e se modificam observando o sentimento valorativo da sociedade. De acordo com a historicidade desses direitos, para doutrina majoritária, eles podem ser divididos em três gerações. Os direitos humanos de primeira geração foram idealizados para limitar a atuação do Estado, preservando direitos como a liberdade e a segurança.

Neste diapasão, Schäfer:

Natural, portanto, que as primeiras concepções formais de direitos tivessem por objetivo a proteção do cidadão frente ao Estado absolutista (Leviatã, na concepção clássica de Hobbes), pois a liberdade é pressuposto para o exercício de outras faculdades constitucionais. O reconhecimento da existência de direitos irrenunciáveis quando do contrato social fez nascer uma nova relação entre sociedade civil e o Poder Público, estabelecendo uma clara separação entre estas duas importantes estruturas sociais. Essencialmente, preservaram-se situações nas quais não se mostraria lícita a intromissão do Estado nas relações privadas, submetendo-se o soberano ao império da lei: o Estado somente pode intervir nos direitos dos cidadãos mediante prévia autorização da lei, a qual, fruto do parlamento, representa autorização do conjunto dos cidadãos, a partir dos primados da democracia representativa².

Posteriormente, advieram os direitos humanos de segunda geração, na qual se objetivava a concessão de direitos econômicos e sociais. De acordo com a doutrina de Celso Lafer:

O elenco dos direitos humanos contemplados pelo Direito Positivo foi se alterando do século XVIII até os nossos dias. Assim caminhou-se historicamente dos direitos humanos de primeira geração – os direitos civis e políticos de garantia, de cunho individualista voltados para tutelar a diferença entre Estado e Sociedade e impedir

² SCHAFER, J. **Classificação dos direitos fundamentais** - do sistema geracional ao sistema unitário, p. 19.

a dissolução do indivíduo num todo coletivo – para os direitos de segunda geração – os direitos econômicos, sociais e culturais concebidos como créditos dos indivíduos com relação à sociedade, a serem saldados pelo Estado em nome da comunidade nacional. O processo de asserção histórica das duas gerações de direitos humanos, que são direitos de titularidade individual, foi inspirado pelos legados cosmopolita e universalista do liberalismo e do socialismo.³

Por fim, advieram os Direitos Humanos de terceira geração, considerados como **direitos de fraternidade**, consistindo na tutela da solidariedade. Tais direitos surgiram com o fim da segunda guerra mundial, e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) inaugura uma perspectiva de cooperação internacional, na qual o Estado Nação se transforma em Estado Constitucional Cooperativo.

Não se desconhece a crítica realizada pelo autor Antônio Augusto Cançado Trindade, que critica a divisão desses direitos em gerações, afirmando que se tratam de dimensões de direitos, vez que todos eles se somam, se acrescentam ao longo do tempo. Em sua obra Tratado Internacional de Direitos Humanos,

A fantasia nefasta das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada. O fenômeno de hoje testemunhamos não é o de sucessão, mas antes, de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos. As razões histórico-ideológicas da compartimentalização já há muito desapareceram. Hoje podemos ver com clareza que os avanços nas liberdades públicas em tantos países nos últimos anos devem necessariamente fazer-se acompanhar não de retrocesso – como vem ocorrendo em numerosos países – mas de avanços paralelos no domínio econômico-social.⁴

Cumpre-nos destacar que outros autores utilizam a expressão dinamogênese dos direitos humanos, denotando que eles não são imutáveis, variando conforme as circunstâncias sociais do momento histórico em que se manifestam, com respectivo nascimento e desenvolvimento como um processo dinâmico⁵.

³ LAFER, C. **A reconstrução dos Direitos Humanos**: a contribuição de Hannah Arendt. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf>; Acesso em: 14 set. 2016.

⁴ TRINDADE, A. A. C. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, 1997, p. 390.

⁵ SILVEIRA, V. O. da; ROCASOLANO, M. M. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções, 2010, p. 191.

É neste cenário que se passa a analisar os direitos das minorias, especificamente, LGBTI, no âmbito internacional da Organização das Nações Unidas e da OEA – Organização Estados Americanos.

2. SISTEMA INTERNACIONAL DIREITOS HUMANOS LGBTI – ONU

Inicialmente, cumpre-se destacar o que tem sido realizado no sistema internacional de Direitos Humanos em prol da população LGBTI. Tanto no sistema global (ONU – Organização das Nações Unidas), quanto nos sistemas regionais ocidentais (africano, europeu e interamericano), as pessoas LGBTI passaram a ter seus direitos reconhecidos enquanto membros da família humana.

A descriminalização de relações sexuais consentidas, a equiparação, para heterossexuais e LGBTI, da idade de consentimento, a proibição da discriminação no emprego, a legislação contra os crimes de ódio e/ou incitação destes, o casamento civil ou as uniões civis e a adoção passaram a integrar o patrimônio jurídico destas populações.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, publicada em 1948, afirmou que todos os seres humanos, não alguns, não a maioria, mas sim todos (grife-se), nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Em consequência disso, a luta para concretizar os ideais da Declaração é o cerne da missão das Nações Unidas. A comunidade internacional tem construído um forte histórico de combate ao racismo, promoção da igualdade de gêneros, proteção das crianças e quebra das barreiras enfrentadas por pessoas com deficiência. No âmbito da ONU, houve inovações importantes, sobre as quais far-se-á um sucinto histórico.

Em 2011, o Conselho de Direitos Humanos adotou a primeira Resolução (17/19) da ONU sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, expressando **grave preocupação** com a violência e a discriminação contra as pessoas LGBTI. Firmou-se no referido documento que acabar com a violência e a discriminação contra indivíduos em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero é um grande desafio dos direitos humanos.

A Resolução foi aprovada por uma margem pequena de votos dos integrantes do Conselho, mas recebeu significativo suporte dos membros do Conselho de todas as regiões. Sua adoção abriu caminho para o primeiro relatório oficial das Nações Unidas sobre o assunto,

preparado pelo Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. Conforme dados disponibilizados à época pela Organização das Nações Unidas:

O relatório do Alto Comissariado apresentou evidência de um padrão de violência sistemática e de discriminação dirigidas às pessoas em todas as regiões em razão da sua orientação sexual e identidade de gênero – desde discriminação no emprego, na assistência médica e educação, à criminalização e ataques físicos seletivos, até mesmo assassinatos. O relatório incluiu um conjunto de recomendações dirigidas aos Estados designados para fortalecer a proteção dos direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBT). (Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, “Leis Discriminatórias, Práticas e Atos de Violência contra Indivíduos em Razão de sua Orientação Sexual e Identidade de Gênero) (A/HCR/19/41).

Desta forma, o relatório passa a ter importante destaque no cenário dos direitos humanos internacionais vez que orienta aos Estados a obrigação de proteger os direitos humanos de pessoas LGBT e intersex no regime internacional de direitos humanos baseado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e, posteriormente, manifestados em tratados internacionais sobre o tema. Todas as pessoas, independente de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, têm direito de gozar da proteção assegurada pelo regime internacional dos direitos humanos, inclusive em relação aos direitos à vida, à segurança pessoal e à privacidade, o direito de ser livre de tortura, detenções e prisões arbitrárias, o direito de ser livre de discriminação e o direito às liberdades de expressão, de reunião e de associação pacífica.

Observa-se que, a ONU, em seus inúmeros documentos elaborados em proteção das populações vulneráveis, menciona as pessoas LGBTI. No que tange à violência física (agressões, assassinatos, etc.), a Assembleia Geral das Nações Unidas, em uma série de resoluções, urgiu aos Estados que “garantissem a proteção do direito à vida de todas as pessoas sob sua jurisdição” e investigassem, rápida e completamente todos os assassinatos, incluindo aqueles motivados pela orientação sexual da vítima. (Assembleia Geral, resolução 57/214, 18 dezembro de 2002, par. 6; resolução 61/173, 16 de dezembro de 2006, par. 5(b); resolução 65/208, 21 de dezembro de 2010, par. 6.)

Outras manifestações do Comitê dos Direitos Humanos da ONU podem ser citadas: O Comitê de Direitos Humanos também fez declarações semelhantes em relação à Mongólia, afirmando que o Estado deve assegurar que pessoas LGBT tenham acesso à justiça e que todas as alegações de ataques e ameaças contra indivíduos por causa de sua orientação

sexual ou identidade de gênero sejam completamente investigadas. (Observações finais do Comitê de Direitos Humanos sobre a Mongólia (CCPR/C/MNG/CO/5), par.9; México (CCPR/C/MEX/CO/5), par. 21.)

No que diz respeito a proibir discriminação baseada em orientação sexual e identidade de gênero, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais incluem listas de condições proibidas para discriminação em suas garantias de não discriminação. Essas listas não incluem explicitamente **orientação sexual** ou **identidade de gênero**, mas todas terminam com as palavras **qualquer outra condição**. O uso da expressão **qualquer outra condição** mostra que as listas tinham o objetivo de serem abertas e ilustrativas: em outras palavras, os motivos de discriminação não estão fechados, ou seja, não são taxativos.

Para o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a natureza da discriminação varia de acordo com o contexto e evolui com o tempo. Uma abordagem flexível para a expressão **qualquer outra condição** é, portanto, necessária, a fim de se capturar outras formas de tratamento diferencial que não podem ser razoáveis e objetivamente justificadas e são de natureza comparável aos motivos expressamente reconhecidos no artigo 2, parágrafo 2. Esses motivos adicionais são geralmente reconhecidos quando refletem a experiência de grupos sociais vulneráveis que sofreram e continuam a sofrer marginalização. (Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 20, par. 27).

Portanto, a orientação dos Órgãos das Nações Unidas é no sentido de que os Estados devem efetivamente investigar, processar e punir os criminosos responsáveis por execuções extrajudiciais e decretar leis que criminalizem o ódio e que protejam o indivíduo da violência baseada na orientação sexual e na identidade de gênero. Sistemas eficientes devem ser estabelecidos para registrar e relatar atos de violência motivados pelo ódio.

3. SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS LGBTI

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos possui importante documento editado em 2008, consistente na notável Resolução 235/2008 que possui como título Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero (aprovada em 03 de junho de 2008).

Nessa oportunidade, a Assembleia Geral determinou, em procedimento instaurado pelo Brasil, que a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (CAJP) deveria incluir o tema **Direitos humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero** em sua agenda e, ainda, que o Conselho Permanente informasse a Assembleia-Geral sobre a implementação da resolução, com a devida disponibilização de recursos financeiros para tanto.⁶

Posteriormente, em 2009, foi editada a Resolução 2504 em que foi reiterada a preocupação com as violações dos direitos humanos motivadas pela orientação sexual e pelo gênero, aconselhando aos Estados membros, da qual o Brasil faz parte, que:

- a) condena a violência perpetrada contra pessoas LGBTI;
- b) insta os Estados-membros a investigar e responsabilizar os autores de condutas ilícitas com base na orientação sexual e identidade de gênero da vítima;
- c) solicita aos Estados-membros assegurar proteção adequada aos defensores de direitos humanos que militam com a violência e as violações de direitos humanos cometidos contra indivíduos em virtude de sua orientação sexual e identidade gênero;
- d) requer à CIDH e demais órgãos do SIDH a dispensarem atenção a essa temática;
- e) CAJP incluir o tema Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero em sua agenda;
- f) por fim, insta o Conselho Permanente que informe o processo de implementação do documento à Assembleia-Geral, subsidiado com os recursos financeiros necessários para tanto.⁷

Outras Resoluções foram editadas, tais como a Resolução nº. 2653/2011, a Resolução nº. 2721/2012, a Resolução nº. 2807/2013, sendo que o conteúdo de todas elas orienta que os Estados membros tenham política eficiente no combate à intolerância, bem como incentivo à promoção dos direitos LGBTI.

Urge-nos, neste ponto informar a importante Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, aprovada em 5 de junho de 2013. Tal Convenção

⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2008, p. 01.

⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2009a, pp. 01-02.

é um marco histórico, sendo o primeiro documento juridicamente vinculante que, de forma expressa, condena a discriminação baseada em orientação sexual, identidade e expressão de gênero.⁸

Em linhas gerais, a referida convenção traz os conceitos de discriminação e discriminação indireta que tenha por base a nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, filosofia política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição (art. 1º). A Convenção também reafirma o princípio da igualdade e da não-discriminação (art. 2º) e que todo ser humano goza do direito ao reconhecimento, exercício e proteção, em condições de igualdade, individual e coletivamente, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais previstos na legislação interna e nos instrumentos internacionais aplicáveis.

Destaca-se que o Estado Brasileiro assinou a referida declaração, todavia o Congresso Nacional ainda não submeteu o documento aos trâmites legais para que surta os efeitos jurídicos legais no Estado Interno⁹.

4. DEFENSORIAS PÚBLICAS NO BRASIL E DIREITOS INTERNACIONAIS CONSAGRADOS À POPULAÇÃO LGBTI

Em virtude das Declarações, Resoluções e recomendações internacionais, a partir de 2013, no Brasil, a Secretaria de Direito Humanos da Presidência da República divulgou o segundo relatório sobre homofobia e transfobia, com dados referentes ao ano de 2012, no qual apontou: foram registradas 9.982 violações de direitos contra LGBTI (aumento de 166% em relação a 2011), das quais 310 foram homicídios (em 2011, foram 278); no tocante às vítimas, a grande maioria é do sexo masculino (71%), *gay* (60,44%) e com idade entre 15 e 29 anos (61,33%) e, a maioria dos autores é conhecida da vítima (51%), tais como familiares e vizinhos, sendo que 25,54% das violações ocorreram nas casas da vítima e 30% nas ruas.¹⁰

⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2013d.

⁹ É preciso realizar o processo de ratificação dessa convenção com a aprovação pelo Congresso Nacional Brasileiro, na forma do parágrafo 3º do art. 5º da CF e o posterior depósito do instrumento ratificado na Secretaria Geral dos Estados Americanos.

¹⁰ BRASIL, 2013b, pp. 18 e ss.

Diante de índices estatísticos altos, que denotam violência, preconceito, restrição de direitos fundamentais em face da população LGBTI, impõe-se uma política governamental mais efetiva e eficaz para implementação de direitos.

No âmbito nacional, criou-se o Conselho Nacional de Combate à Discriminação (Decreto 3952) e Proteção dos Direitos de Lésbicas, *Gays*, Bissexuais, Travestis e Transexuais, sendo um órgão colegiado, vinculado à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Posteriormente, por meio do Decreto 7.388/2010, institui-se o Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBTI.

O referido Conselho é composto por 30 membros, sendo 15 governamentais e 15 da sociedade civil, e tem por atribuição participar da elaboração de critérios e parâmetros de ação governamental que visem a assegurar as condições de igualdade à população LGBTI.

Nesse sentido, adentra-se no aspecto da Defensoria Pública Brasileira como agente transformador da realidade social e implementação de direitos às minorias esquecidas.

Como cedição, a Defensoria Pública no Brasil foi criada dentre outras finalidades, a implementação de políticas inclusivas cumprindo exatamente o que determina a Constituição Federal em seu art. 5º que assegura: “**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.” (grifa-se).¹¹

E no inciso LXXIV, que afirma: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (CF,1988). Quando se refere ao que não possui hipossuficiência de recursos, entenda-se, recursos financeiros, bem como insuficiência organizacional para implementação dos direitos de categorias que do ponto de vista estrutural são hipossuficientes.

Pode-se afirmar então, que a Defensoria Pública também é um meio pelo qual o indivíduo conhece e reconhece seus direitos, suas obrigações, abrangendo, assim, assistência e consultoria. Isto é o que se define como democracia no mundo jurídico. É por meio dela que, os desamparados e as minorias possuem a noção de cidadania e de suas funções de cidadãos.

¹¹ BRASIL,2015

Resta-nos claro que a Constituição Federal Brasileira optou por um sistema de assistência jurídica que tutele direitos das minorias. A Defensoria Pública tem como missão a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita aos necessitados.

Especificamente em relação às minorias, a Organização das Nações Unidas as classificou em duas espécies: minorias *by force* e minorias *by will*. Explica-se:

Entende-se por minoria *by force* “aquelas minorias e seus membros que se encontram numa posição de inferioridade na sociedade em que vive e que aspiram apenas a não serem discriminados em relação ao resto da sociedade, querendo adaptar e assimilar-se a esta. Em contrapartida, as minorias *by will* e seus membros exigem, além de não serem discriminados, a adoção de medidas especiais as quais permitam-lhes a preservação de suas características coletivas, culturais, religiosas ou linguísticas.¹²

Assim, os grupos LGBTI podem ser incluídas no conceito de minoria *by force*, vez que pleiteiam a equiparação de direitos concedidos às pessoas heterossexuais.

A defesa das minorias, especificamente dos LGBTI, significa sinônimo de combate à intolerância, que se manifesta de várias maneiras no segmento. Desta feita, a inclusão social deste grupo de minorias deve ser urgentemente efetivada, não só em respeito à prevalência dos direitos humanos, mas também para que essas pessoas contribuam para a construção e manutenção da sociedade em que vivem.

O instrumento que pode ser utilizado pela Defensoria para a implementação destes direitos é a tutela coletiva, tão sabiamente concedida pela Lei 11.448/2007, dando legitimidade para que o órgão proponha ações civis públicas em prol dos necessitados economicamente, bem como àqueles necessitados do ponto de vista organizacional. Conforme nos ensina Boson:

Isso significa dizer que, entendida a possibilidade jurídica de atuação pela Defensoria como um instrumento para a efetivação do próprio direito material, e considerando que o titular do direito protegido pela Instituição é um sujeito/grupo vulnerável, assegurar condições fáticas e jurídicas para a possibilidade real de atuação da Defensoria Pública significa, em proporção direta, proteger as pessoas mais vulneráveis. É esta inclusive a razão pela qual não se deve limitar, como insistem

¹² WUCHER, Gabi. **Minorias**: proteção internacional em prol da democracia. 2000, p. 46

em fazer alguns desavisados, a atribuição da Instituição na defesa dos necessitados apenas no sentido de hipossuficiência econômica. Os contornos constitucionais dados à Defensoria Pública, bem assim as previsões contidas em sua respectiva Lei Orgânica, não permitem tal exegese minimalista. Ao revés, o que deve nortear a análise da atribuição da instituição é a ideia do exercício pleno da cidadania. Daí porque qualquer vulnerabilidade dá margem à atuação da instituição.¹³

É neste contexto que surge o papel primordial da Defensoria Pública de implementar as recomendações advindas dos organismos internacionais na consecução da igualdade entre gênero, auxiliando o Estado Brasileiro a garantir direitos de igualdade, nome, segurança, vida, saúde, previdência, assistência à população LGBTI.

Menciona-se o fato de que, cotidianamente, os Defensores Públicos de todo o país recebem demandas atinentes à população LGBTI referente à discriminação em vários aspectos, homicídio e agressão advindos de homofobia e transfobia, direitos previdenciários, assistenciais, saúde, etc.

Consectários da igualdade de direitos e efetiva proteção à população LGBTI urge-nos comentar que competirá a essa entidade governamental repudiar toda forma de discriminação baseada em gênero.

Isto porque, não só a orientação sexual e a identidade de gênero são alvos do descaso do legislador, mas também os vínculos homoafetivos não dispõem de reconhecimento legal. A Constituição reconhece a família como base da sociedade. E, apesar de conceder-lhe especial proteção, faz referência expressa ao casamento, à união estável e à família monoparental. Do mesmo modo, recomenda a transformação em casamento somente a união estável formada por um homem e uma mulher. Tal, no entanto, não significa que a união homoafetiva não é uma entidade familiar e nem quer dizer que não lhe é concedida especial proteção.

Diante das recomendações internacionais anteriormente mencionadas, não há dúvidas de que existe um direito subjetivo à livre orientação sexual e à identidade de gênero. Via de consequência, há o dever jurídico de esse direito ser reconhecido e respeitado, impondo-se tal dever a Defensoria Pública.

¹³ BOSON, É. P. A defensoria pública como instituição articuladora do direito como padrão de reconhecimento. **Revista da Defensoria Pública da União**, Defensoria Pública da União, 2013, p. 14.

Vê-se, pois, que é histórica a omissão do Estado no que diz respeito aos direitos das pessoas homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais. A perseguição de que são alvo acabou por condená-los não só à invisibilidade. O resultado é muito mais perverso, pois os deixa refém de práticas homofóbicas, sendo colocados em situação de absoluta vulnerabilidade social.

Necessário, pois, acabar com a invisibilidade jurídica de segmento da população, que é alvo de perversa discriminação em razão da orientação sexual e da identidade de gênero. Impõe-se verdadeira mudança de paradigma a toda a sociedade. Todos precisam aprender a conviver com a diferença. Não só no mundo público, mas nos mais diversos segmentos da iniciativa privada. A postura omissiva, que acabava por cancelar o assédio social e moral na escola, no ambiente de trabalho, não mais tem espaço diante de ações perpetradas pelos defensores públicos de todo o país.

Destarte, a Defensoria Pública, como Instituição autônoma e independente, deve promover a inclusão de todos, combater a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero e criminalizar a homofobia, a lesbofobia, a bifobia e a transfobia¹⁴, de modo a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades defende tais direitos por meio de ações coletivas protetivas dos direitos difusos e individuais.

O Defensor Público, ao defender tais direitos, estará promovendo princípios constitucionais elementares como o da dignidade da pessoa humana; igualdade e respeito à diferença; liberdade à livre orientação sexual e identidade de gênero; reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero; convivência comunitária e familiar; liberdade de constituição de família e de vínculos parentais; respeito à intimidade, à privacidade e à autodeterminação e direito fundamental à felicidade.

Propõe-se que as Defensorias Públicas de todo o país constituam comissões ou grupos de

¹⁴ Homofobia é uma série de atitudes e sentimentos negativos em relação a pessoas homossexuais, bissexuais e, em alguns casos, contra transgêneros e pessoas intersexuais. As definições para o termo referem-se variavelmente a antipatia, desprezo, preconceito, aversão e medo irracional. Lesbofobia (ou lesbifobia) inclui várias formas de negatividade em relação às mulheres lésbicas como indivíduos, como um casal ou como um grupo social. Com base nas categorias de sexo ou gênero biológico, orientação sexual, identidade lésbica e expressão de gênero, esta negatividade engloba preconceito, discriminação e abuso, além de atitudes e sentimentos variando de desdém a hostilidade. Bifobia é um termo usado para descrever o medo de, aversão à, ou discriminação contra bissexualidade ou pessoa LGBT que é bissexual ou percebe ser bissexual. A transfobia é uma série de atitudes ou sentimentos negativos em relação às pessoas travestis, transexuais e transgêneros.

trabalho que possam defender os direitos LGBTI em vários espectros. À entidade compete lutar pelo amplo respeito ao Direito a igualdade e não discriminação, impedindo distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objetivo anular ou limitar direitos e prerrogativas garantidas aos demais cidadãos. Lutar contra práticas discriminatórias que impeçam o ingresso ou a permanência em estabelecimento público, ou estabelecimento privado aberto ao público.

Quanto ao Direito de Sucessão e à convivência familiar, urge-se que as Defensorias estejam atentas em proteger o direito ao casamento, o direito à constituição de união estável e sua conversão em casamento, o direito à escolha do regime de bens, o direito ao divórcio, o direito à filiação, à adoção e ao uso das práticas de reprodução assistida, o direito à proteção contra a violência doméstica ou familiar, o direito à herança, ao direito real de habitação e ao direito à concorrência sucessória, bem como os importantes direitos previdenciários.

Aos Transexuais, Travestis e Intersexuais deve ser garantido, por meio de ações afirmativas, a livre expressão de sua identidade de gênero, sendo assegurado o uso das dependências e instalações correspondentes à identidade de gênero. Os procedimentos médicos, cirúrgicos e psicológicos destinados à adequação do sexo morfológico à identidade de gênero devem ser uma bandeira diária da atuação da Defensoria Pública. Além disso, direitos inerentes ao nome social devem ser preservados em todos os órgãos públicos da administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; em fichas cadastrais, formulários, prontuários, entre outros documentos do serviço público em geral; nos registros acadêmicos das escolas de ensino fundamental, médio e superior.

No que se refere ao direito à Saúde, às Defensorias Públicas compete lutar para que seja garantido o acesso aos serviços universais e igualitários do Sistema Único de Saúde – SUS, independentemente de orientação sexual ou de identidade de gênero.

Enfim, inúmeros outros direitos poderiam ser citados como função indispensável do Defensor Público na proteção das minorias LGBTI, sendo, pois, aconselhável a criação de Grupos de Trabalho ou Comissões no âmbito das Defensorias Públicas de todo país, objetivando atender às demandas que são trazidas pelo público mencionado neste trabalho.

Em virtude disso, no âmbito da Defensoria Pública da União, criou-se um grupo de trabalho DPU – LGBTI (Portaria nº. 501, de 01 de outubro de 2015) visando a implementar as diretrizes internacionais, bem como a auxiliar no combate à violência e à intolerância

quanto ao gênero, competindo ao referido grupo, dentre outras atribuições, promover a defesa dos direitos da população LGBTI; fomentar a educação em direitos LGBTI e o enfrentamento do preconceito e da discriminação; salvaguarda dos direitos da população LGBTI em situação de prisão; monitorar casos sensíveis relacionados ao enfrentamento do preconceito contra a população LGBTI, podendo realizar os encaminhamentos e recomendações que entender cabíveis.

Alguns projetos instaurados pelo Grupo de Trabalho LGBTI - DPU já obtiveram sucesso, como recomendações expedidas implementando nome social para travestis e transexuais em órgãos do Governo Federal, especificamente Ministério do Trabalho, Universidades Federais e dentro da própria Defensoria Pública da União.

Ademais, o referido grupo de trabalho expediu recomendação ao Ministério da Saúde objetivando a retirada da proibição de doação de sangue de homens que fizeram sexo com outros homens, por entender que tal comando é totalmente preconceituoso ferindo princípio elementar da não discriminação.

Neste mister, não pode furtar-se o Defensor Público, em não tutelar os referidos direitos sob pena de descumprir a digna função que lhe é outorgada, de proteger as minorias.

Diante de todos esses direitos defendidos pelas Defensorias Públicas, urge-se que a referida Instituição passe a compor como membro do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, o que, infelizmente não foi concedido pelo Decreto 7.388/2010. A inclusão da Defensoria Pública é medida que se impõe como forma de tratamento igualitário a todas as minorias LGBTI do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, diante das determinações internacionais, baseadas nas três dimensões dos direitos humanos, tanto no sistema global de direitos humanos (ONU), quanto no sistema regional (OEA), os Estados são obrigados a garantir a não discriminação no exercício de todos os direitos humanos para todas as pessoas, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero. Essa é uma obrigação imediata e transversal perante o regime internacional de direitos humanos. Referida diretriz faz com que as Defensorias Públicas, órgãos incumbidos de prestarem assistência jurídica integral e gratuita às minorias,

implementem políticas objetivando garantir direitos fundamentais básicos à população LGBTI.

Os Defensores Públicos não podem permitir que abusos contra Direitos Humanos continuem sendo perpetrados, sendo necessária atuação eficaz, no sentido de que práticas discriminatórias sejam banidas do ordenamento jurídico Brasileiro.

Garantir direitos de natureza civil e penal, que assegurem uma série de direitos a homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais, do mesmo modo imponha o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas e criminaliza a homofobia, e realizar políticas públicas de inclusão, nada mais é do que cumprir a ordem jurídica internacional.

Nos termos do art. 134 da CF, foi expressamente atribuída à Defensoria Pública, a orientação jurídica e a defesa em todos os graus dos necessitados como expressão e instrumento do regime democrático, 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.

A Defensoria Pública representa, assim, no contexto brasileiro, a instituição a quem o constituinte confiou a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, integral e gratuita, dos necessitados ou vulneráveis.

O instrumento jurídico processual para se proteger os direitos reconhecidos internacionalmente à comunidade LGTI é o Estatuto Jurídico da Tutela Coletiva, que atribui legitimidade às Defensorias Públicas para atuarem. Com efeito, a Lei Complementar nº. 80, bem como o Novo Código de Processo Civil, atribui expressamente o dever da Defensoria Pública de atuar coletivamente.

O sistema normativo brasileiro, tendo presente valores sociais suscetíveis de proteção estatal e, observando, ainda, uma tendência que se verifica no âmbito do direito comparado no sentido da coletivização dos instrumentos de índole processual, necessário instituir mecanismos ágeis destinados a viabilizar de modo eficaz a imediata tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais.

Enfatiza-se que todos os grupos, sejam maioria, ou minorias, têm direito a ter direitos, uma prerrogativa básica que se qualifica como fator de viabilização de direitos essenciais,

tais como liberdade, igualdade, dentre outros, que deve assistir a qualquer pessoa especialmente àquelas que são excluídas.

No âmbito da Defensoria Pública da União, a tendência à implementação dos direitos internacionais LGBTI está tendo avanço, com a criação dos grupos de trabalho LGBTI, que já têm atuado em várias frentes para promoção de tais direitos, tais como a implementação do nome social para Travestis e Transexuais, bem como na modificação da Portaria que veda a doação de sangue para homens que fazem sexo com homens. Da mesma forma, na Defensoria Pública do Estado de São Paulo, criou-se o Núcleo Especializado de Combate à Discriminação, Racismo e Preconceito, que, também, atua promovendo direitos e respeito aos direitos LGBTI.

O acesso à justiça dos direitos internacionais deve ser maximizado, tratando-se, portanto, de uma legitimidade concorrente entre as Defensorias Públicas da União, dos estados e do Distrito Federal.

Conclui-se que, no Estado Brasileiro, marcado por inegáveis e graves desníveis sociais, alto índice de preconceito, a função da Defensoria Pública afigura-se essencial para implementação da inclusão e promoção dos direitos internacionais LGBTI.

REFERÊNCIAS

ASOKAN, S. **Suprema Corte da Índia volta a tornar sexo gay ilegal**. Reuters, 11 dez. 2013. Disponível em: Acesso em: 15 abr. 2014.

BAHIA, A. G. M. F. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3269, 13/06/2012. Disponível em: Acesso em: 15 abr. 2014.

BOBBIO, N. et al. **A era dos direitos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BORRILLO, D. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BOSON, É. P. A defensoria pública como instituição articuladora do direito como padrão

de reconhecimento. **Revista da Defensoria Pública da União**, Defensoria Pública da União, Brasília, n. 6, dez. 2013. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/escola/images/revistadpu/revista_06.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CFP n. 001/99**, de 22 de mar. de 1999. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2016.

GUIMARÃES, A. F. P. O desafio histórico de “tornar-se um homem homossexual”: um exercício de construção de identidades. **Temas psicol.** Vol 17, n. 2, Ribeirão Preto, 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2009000200023>. Acesso em: 20 mai. 2015.

LAFER, C. A reconstrução dos Direitos Humanos: a contribuição de Hannah Arendt. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf>; Acesso em 14 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia general. **Resolución n. 2721**, de 04 de jun. de 2012. Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2721_XLII-O-12_esp.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

WUCHER, G. **Minorias**: proteção internacional em prol da democracia. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

RIVERO, M. I. **Patologización**: ser lesbiana, gay, bisexual y/o trans no es una enfermedad. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/064.asp>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

SILVEIRA, V. O. da; ROCASOLANO, Maria Mendez. Direitos humanos: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010

SCHAFER, J. Classificação dos direitos fundamentais - do sistema geracional ao sistema unitário. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO:
DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS EM FOCO

Luana Dorziat

*PUBLIC DEFENDER'S OFFICE: SOCIAL SECURITY
RIGHTS UNDER DEBATE*

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO: DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS EM FOCO

PUBLIC DEFENDER'S OFFICE: SOCIAL SECURITY RIGHTS UNDER DEBATE

Luana Dorziat

Advogada e colaboradora voluntária da DPU/PB

Especialista em Direito Previdenciário.

Pernambuco, Brasil.

luana.dorziat@gmail.com

RESUMO

A implantação de reformas na Previdência, promovidas pelo Estado, tem sido cada vez mais uma exigência da globalização e de seu projeto neoliberal, ocasionando a fragilização do sistema securitário e, em decorrência, prejudicando diretamente os trabalhadores e as trabalhadoras. Para assegurar a permanência dos direitos conquistados, a Defensoria Pública da União (DPU) exerce um papel fundamental. Baseada nesse princípio, este trabalho buscou trazer à discussão o papel da DPU para o fortalecimento da democracia. Arrematamos afirmando que, para que a Defensoria cumpra sua missão institucional e contribua, verdadeiramente e de forma substancial, para a construção de um real Estado Democrático, é preciso seguir em direção à radicalização dos direitos humanos, orientada pela superação de uma sociedade capitalista, baseada na exploração dos humanos pelos humanos, e supressora desses mesmos direitos, para assim alcançar o escopo principal de sua própria existência: a emancipação humana.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Previdência. Direito. Democracia.

ABSTRACT

The implementation of social security Reforms by the State, imposed by globalization and its neo-liberal project, tend to undermine the insurance system and, therefore, harming directly the working class. To ensure the permanence of the conquered rights, the Public Defense of the Union (DPU) plays a fundamental role. Based on this principle, this article sought to bring out the discussion involving the role the DPU plays to strengthen the democracy. We understand that to fulfill its institutional mission and truly contribute substantially to the construction of a real Democratic State, it is required follow the path of the radicalization of the human rights, guided by the overcome of the capitalist society, based on the exploitation of human by human, suppressive of these rights, so that it may achieve the very prior goal of its own existence: the human emancipation.

Keywords: Public Defense. Foresight. Rights. Democracy.

Data de submissão: 03/11/2016

Data de aceitação: 10/02/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO DE CONVERSA 1. OS CAMINHOS DA PESQUISA 2. DIREITO PREVIDENCIÁRIO PARA QUÊ(M)? 3. O ACESSO À JUSTIÇA PREVIDENCIÁRIA 4. A DEFENSORIA PÚBLICA CRIANDO NOVOS CAMINHOS. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública, instituição essencial à construção de um Estado Social e Democrático de Direito, cumpre um papel fundamental na promoção de políticas públicas tendentes a reduzir as desigualdades sociais, dando efetividade aos diversos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

Desde a Constituinte, os enfrentamentos acerca da função do Estado e seu papel Social e Democrático de Direito são bastante intensos. Se, de um lado, muito se avançou, desde a redemocratização, na criação de instrumentos legais de proteção de direitos e coibição de abusos; por outro, as tentativas de desconsiderá-los têm ocupado muitos espaços, públicos e privados, angariando seguidores e propagando o ódio e a violência, física e simbólica. Estamos na era da boçalidade do mal¹, expressão que faz referência ao conceito trabalhado por Hannah Arendt - **banalidade do mal**-, e que explicita os retrocessos da modernidade, quando se defende, sem pudores, a eliminação do outro.

Nesse cenário, as políticas sociais e, sobretudo, as previdenciárias, criadas especialmente para assegurar à classe trabalhadora a satisfação de suas necessidades vitais em momentos críticos, tornam-se palco de disputas.

O fato de o direito previdenciário envolver três categorias muito bem definidas – o Estado, os trabalhadores e o setor privado – imprime-lhe um caráter extremamente dinâmico, servindo como termômetro do momento político vivenciado pela sociedade e expondo as relações de poder estabelecidas entre essas categorias.

O Estado-arrecadador, que mantém relações mais ou menos estreitas com o setor privado, sempre busca a resolução para seus problemas fiscais e orçamentários no âmbito da Previdência. Isso porque a matéria envolve a possibilidade de incrementar a receita do Estado, por meio do contingenciamento de gastos públicos, fazendo recair o ônus sobre sujeitos com menos poder de barganha: os trabalhadores e as trabalhadoras.

Embora o direito previdenciário seja amparado pela Constituição, sendo-lhe assegurada proteção especial, avança a ideia de Estado Minimalista, movida pela lógica da privatização do sistema de previdência, saúde e outros seguimentos sociais, associada ao ataque a programas de redistribuição de renda. É estabelecida uma disputa extremamente desigual.

¹ BRUM, E. **A boçalidade do mal**, 2015. Disponível em <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/03/eliane-brum-a-bocalidade-do-mal.html>> Acesso em: 19 abr. de 2016

O curto período de estagnação do projeto neoliberal, sem uma ruptura estrutural com esse arquétipo de Estado², permitiu que, no Brasil, fosse intensificada a investida para o fortalecimento desse modelo. O discurso das forças internacionais, principais responsáveis por este movimento, tem sido assimilado e reproduzido pelas elites conservadoras internas e reverberado no seio da sociedade civil, como se o alinhamento incondicional aos interesses do mercado financeiro representasse a salvação da crise econômica pela qual o país passa.

Nesse cenário, após anos de implementação mínima de políticas preocupadas com a parcela vulnerável da população, como a valorização do salário mínimo e a ampliação de programas sociais e assistenciais, surge um projeto que aposta no afrouxamento dos direitos sociais, cuja execução coloca em prática um assombroso processo de retrocesso social. Este projeto coloca a crise atual como sendo econômica e se propõe como solução, sem considerar sua face eminentemente política, que adensa a crise causada pelo modelo de Estado em vigor.

Os direitos previdenciários se apresentam, desse modo, como os mais vulneráveis a ajustes, envolvendo desde a desconstitucionalização da matéria até a criação de regras mais rígidas para a concessão de benefícios. No primeiro caso, a intenção é melhor acomodá-los aos contextos sociais mutáveis, com mudanças menos democraticamente debatidas³. No segundo, a desvinculação dos valores dos benefícios previdenciários do salário mínimo e a redução genérica de gastos sociais (saúde, assistência, educação) ou, ainda, o total congelamento de tais investimentos por 20 anos.⁴

Nesse contexto, o protagonismo de trabalhadores e das trabalhadoras, seja se organizando coletivamente, seja acionando o Judiciário, é essencial para assegurar a permanência dos direitos conquistados e dificultar a evolução do projeto capitalista.

Diante de tal panorama, a atuação de instituições ontologicamente democráticas na manutenção e ampliação do acesso à Justiça, como a Defensoria Pública, mostra-se

² *Vide* todas as reformas da previdência ao longo dos últimos 20 anos, sempre no sentido de restringir acesso às prestações previdenciárias.

³ Para alterar uma norma constitucional, exige-se um processo mais rigoroso, envolvendo, ao menos no plano teórico, uma maior discussão (dois turnos) e uma maioria mais consolidada (3/5 dos votos), de modo que, ao tratar da matéria previdenciária, a Constituição fixou balizas, princípios norteadores. Se, para os neoliberais, isso causa entraves no processo de mitigação desses direitos, para a classe trabalhadora, constitui garantia contra as manobras dos setores empresariais e as atuações de seus representantes políticos.

⁴ Estas são as propostas apresentadas, em 2015, pelo então Vice-Presidente, atual Presidente da República, Michel Temer (PMDB), alcunhada de “Uma ponte para o futuro”. A famigerada PEC 241 representa a concretização dessas (des)medidas políticas.

vital, especialmente levando-se em conta que sua missão, de fazer valer os direitos, é, nas palavras de Reis e Ré, “defender uma visão de mundo. É tentar enxergar e, após firmar uma consciência, argumentar do ponto de vista do pobre.”⁵

Assim, o trabalho cotidiano dos defensores e das defensoras públicas deve transcender a atuação processual, contribuindo para a transformação de relações sociais e políticas. Inicia com o contato diário com violações de direitos que são naturalizadas no meio dos “operadores do direito”; seguida de um processo de sensibilização, quando passam a enxergar “as contribuições sociais nos casos diários, para depois encontrar – ou melhor, encontrar criando – soluções no plano jurídico.”⁶

Nesse sentido, para desenvolver uma pesquisa visando analisar de perto a atuação dessa instituição, escolhemos a Unidade de João Pessoa da Defensoria Pública da União como campo/objeto de pesquisa, em razão de nossa vivência diária com os defensores e as defensoras, inicialmente como estagiária e, em seguida, como colaboradora. Isso possibilitou a compreensão de uma carreira jurídico-profissional que rompe com os limites da atuação meramente técnica, sob o entendimento de operacionalização do direito, e se coloca a serviço de outra forma de compreender o direito, a justiça e o mundo.

A construção desta pesquisa, portanto, respaldou-se numa experiência que oportuniza maior visibilidade a uma perspectiva contra-hegemônica do direito, principalmente pontuando o papel que a Defensoria Pública pode e deve exercer, ao lado de seus assistidos e assistidas, no processo de descolonização da justiça⁷.

Estipulamos como questão de pesquisa: **Quais as contribuições da Defensoria Pública da União – DPU-João Pessoa/PB – na efetivação dos direitos previdenciários no plano pragmático, com as concessões de benefícios, e no teórico, impulsionando a evolução do entendimento jurisprudencial no assunto?**

⁵ RÉ, A. I. M. R.; REIS, G. A. S. dos. (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**, 2014, p. 12.

⁶ RÉ, A. I. M. R.; REIS, G. A. S. dos. (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**, 2014.

⁷ GRANDUQUE JOSÉ, C. J. Descolonizar a Justiça e resistir com os movimentos sociais: alguns caminhos para a construção identitária da Defensoria Pública. In: RÉ, A. I. M. R.; REIS, G. A. S. dos. (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**, 2014. pp. 85-96.

1. OS CAMINHOS DA PESQUISA

Estabelecida a DPU- João Pessoa/PB como *locus* da pesquisa, a presente investigação partiu de alguns pressupostos teóricos iniciais, procurando manter-se atenta a novos elementos que surgiram no seu desenrolar. As características específicas das questões previdenciárias, tratadas pela DPU, foram o foco, sem, no entanto, desconsiderarmos a multiplicidade de dimensões presentes, como o contexto sócio-político no qual a problemática está inserida.

Com esse horizonte em mente, recorremos a uma variedade de dados, de caráter quantitativo e qualitativo, referentes ao período janeiro/2013–dezembro/2014. Com base nisso, tomamos o estudo na dimensão colocada por Brandão, para quem a confiabilidade de uma ciência está “na contribuição de sua prática na procura coletiva de conhecimentos que tornem o ser humano não apenas mais instruído e mais sábio, mas igualmente mais justo, livre, crítico, criativo, participativo, corresponsável e solidário.”⁸

Tendo essa afirmação como ponto fulcral deste estudo e visando entender essa realidade nas suas relações político-ideológicas, foram realizadas incursões em: Processos de Assistência Jurídica – PAJs, instaurados junto à DPU-João Pessoa/PB; petições iniciais formuladas pela DPU-João Pessoa/PB, especialmente nas fundamentações jurídicas inovadoras; decisões judiciais em processos nos quais a DPU-João Pessoa/PB atuou.

Sendo assim, esta investigação foi definida como uma pesquisa documental, considerada, segundo Ludke e André, como uma técnica valiosa no desvelamento de aspectos novos de um tema proposto⁹. Por serem os PAJs os documentos que registram toda a dinâmica em relação aos assistidos e às assistidas, desde o momento em que procuram o órgão, expondo suas pretensões, até a resolução definitiva da demanda, evidenciando a própria atuação da Defensoria, nossas incursões investigativas os tiveram por base.

A partir deles, foram levantadas quantitativamente e colocadas em forma de gráficos, para uma melhor visualização: as demandas previdenciárias dentro do amplo rol de matérias que ensejam a atuação da DPU-João Pessoa/PB (Gráfico I); as demandas previdenciárias que

⁸ BRANDÃO, C. R. A pesquisa participante e a participação da pesquisa: um olhar entre tempos e espaços a partir da América Latina. In: BRANDÃO, C. R.; STRECK, D. R. (Orgs.). **Pesquisa participante: O saber da partilha**, 2006. p. 24.

⁹ LÜDKE, M.; ANDRÉ, M. E. D. A. **Pesquisa em educação: abordagens qualitativas**, 1986.

apresentavam pretensões juridicamente viáveis, ou seja, aquelas nas quais existia alguma margem de atuação da DPU-João Pessoa/PB e que, potencialmente, proporcionassem alguma vantagem a quem buscava auxílio (Gráfico 2); as demandas previdenciárias que foram solucionadas administrativamente (Gráfico 3); as demandas que precisaram ser levadas ao Judiciário para que fossem resolvidas (Gráfico 4); e os casos que obtiveram êxito (Gráfico 5).

Tanto esse levantamento, quanto o dos dados qualitativos obtidos no caso considerado inovador, ensejaram a identificação de informações factuais que corroboraram a hipótese de que a DPU-João Pessoa/PB tem contribuído, de forma pragmática e teórica, para o avanço da efetivação dos direitos previdenciários dos assistidos e das assistidas locais.

2. DIREITO PREVIDENCIÁRIO PARA QUÊ(M)?

Caso quiséssemos retratar o Direito Previdenciário como uma pessoa, certamente o descreveríamos como um sujeito com um local de fala bastante definido e, tal qual o seu irmão, Direito Trabalhista, teria nascido numa classe e com objetivos de vida bastante definidos. Suas primeiras palavras teriam tido o formato de um discurso firme e delongado a respeito das condições insuportáveis de vida da classe trabalhadora, tentando convencer os demais de que mudanças radicais seriam imperativas, urgentes e imprescindíveis. Suas vidas não teriam sido fáceis. Talvez fossem chamados de comunistas e, por isso mesmo, talvez tenham sido linchados nas ruas, uma ou outra vez. Talvez tenham sido até presos e torturados. Talvez tenham quase morrido em alguns períodos de suas histórias. Porém, resistiram!

Em dado momento, seus discursos teriam sido absorvidos e incorporados pelos detentores do poder – político e econômico¹⁰ –, ocasião em que lhes pareceu que suas vidas finalmente não seriam mais postas à prova e que não necessitariam mais defender com tanta veemência obviedades ululantes. Até instituições oficiais teriam sido criadas, por esses mesmos **Senhores do Poder**, em nome de uma tal Democracia, para promover-lhes a defesa integral. Finalmente, seus discursos se universalizariam e suas pautas seriam incluídas definitivamente na agenda política mundial.

Ledo engano! Quando o discurso se distancia da prática, torna-se puro verbalismo¹¹, barato

¹⁰ Estes que, no mais das vezes, se confundem entre si.

¹¹ FREIRE, P. **Pedagogia do oprimido**, 1981.

e vazio, utilizado com um objetivo claro: “imunizar o sistema contra outras alternativas.”¹²

E os irmãos seguiriam até os dias atuais, cada qual com táticas e estratégias próprias, às vezes juntos, às vezes separados, nessa busca incessante pela criação de um consenso em torno de suas denúncias e reivindicações, na eterna defesa do que lhes parece óbvio.

O certo é que tais direitos – poeticamente personificados – apresentam uma trajetória de avanços e retrocessos, no Brasil e no mundo, cuja gênese não pode ser dissociada das lutas históricas das classes trabalhadoras em torno da consolidação de uma política de Estado que enfrente e lide com suas demandas com a seriedade devida, notadamente diante da cultura capitalista de acumulação de riquezas a qualquer custo.

O direito previdenciário deve ser compreendido e localizado, dessa forma, no seio da luta de classes, enquanto objeto de reivindicação dos trabalhadores e das trabalhadoras diante do contexto de exploração de suas vidas e de apropriação do fruto do seu trabalho.

Nesse sentido, conforme afirma Costa, o surgimento da previdência social, enquanto instituto e não instituição, não decorreu da preocupação do ser humano ou do Estado com o bem-estar dos seus semelhantes, visando a um bem comum¹³. De modo bastante diverso, seu nascimento advém dos tensionamentos gerados pela correlação de forças entre as classes: de um lado, um movimento organizado de certas categorias de trabalhadores, clamando por melhores condições de vida; e de outro, a percepção pelos segmentos dominantes de que era necessário, para retroalimentar a exploração capitalista e evitar rupturas, conceder alguns direitos às classes subalternas.

A realidade brasileira retrata muito bem esta relação antagônica estabelecida entre os ferroviários, responsáveis pelo principal meio de transporte do início do século XX, e o Estado brasileiro. Isso porque, a atividade ferroviária propiciaria a expansão do processo de industrialização, ainda incipiente no país. Da organização dessa categoria em torno de suas reivindicações, aliada a sua importância no contexto de criação de canais de desenvolvimento do país, nasce a primeira Caixa de Aposentadorias e Pensões com a Lei Eloy Chaves de 1923.

A Lei Eloy Chaves, marco do direito previdenciário brasileiro, foi fruto, na realidade,

¹² NEVES, M. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, 1996, p. 326.

¹³ COSTA, J. R. C. **Previdência e resistência**: os direitos sociais previdenciários no cenário neoliberal, 2009.

de uma conjuntura política devidamente explorada pelas categorias mais organizadas de trabalhadores e, naquele momento histórico do país, imprescindíveis para o desenvolvimento econômico buscado. Além disso, outro fator político relevante, apontado por Costa, teria culminado na criação da citada Lei, cujo nome já denunciaria: “tal como Bismarck na Alemanha, o Deputado Eloy de Miranda Chaves tinha, especialmente na categoria dos ferroviários, o seu reduto eleitoral.”¹⁴

Para compreender a evolução da política previdenciária, assim como as ações que interessam diretamente à classe trabalhadora, é de suma importância perceber o papel do Estado nesse contexto, que, estruturado em bases capitalistas (dependentes), ora aparece como garantidor de direitos – Lei Eloy Chaves, Constituição 1988, Lei nº 8.212 e 8.213/91 –, ora é o responsável pela mitigação desses mesmos direitos (todas as reformas previdenciárias dos últimos vinte anos).

Embora permeado por disputas políticas, o Estado é representado como um ente abstrato, responsável pela consecução do **interesse geral**, em nome de quem as pessoas devem, através de um pacto social, renunciar parte de sua liberdade e, assim, alcançar a paz social. Diante dessa contradição, é imperioso questionar a intenção subjacente à ideia de que haveria um interesse geral, comum a todas as pessoas indistintamente, uma vez que a estrutura social, extremamente heterogênea, destina a elas lugares particulares, por vezes, tão distintos que geram interesses antagônicos e colidentes entre si.

Por isso, Marx e Engels afirmam que esses interesses gerais sequer existem. O que o Estado faz, na verdade, é generalizar os interesses particulares da classe dominante, dos detentores do poder, criando a ilusão de que está atendendo à população em geral¹⁵. Num Estado de classe, portanto, a tendência sempre será buscar “a continuidade da dominação da classe que ele representa.”¹⁶

As normatizações, nesse sentido, forma de exteriorização da vontade estatal por excelência, devem ser percebidas e consideradas dentro desse espaço historicamente disputado, entendendo os compromissos e alianças que o Estado estabelece com determinados

¹⁴ COSTA, J. R. C. **Previdência e resistência**: os direitos sociais previdenciários no cenário neoliberal, 2009, p. 18.

¹⁵ MARX, K; ENGELS, F. **Ideologia Alemã**, 2010.

¹⁶ MARTINS, A. C. Risco social: terminologia adequada para a proteção social e garantia dos direitos? **Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, 2012, p. 87.

interesses e determinados setores e os constantes embates desenvolvidos no seio da sociedade, dividida em classes.

O processo de construção normativa está marcado pela inevitável força do discurso do poder constituído, recheado de verdades absolutas, que dominam, oprimem e excluem os outros, fazendo com que o que representa o poder seja assumido como a única verdade. Esses discursos são adotados e ostentados como se falassem de verdades gerais. Mas o que é o discurso senão aquilo que manifesta (oculta) o desejo, “o poder do qual nos queremos apoderar?”¹⁷

A procura da verdade nos diferentes discursos estabelecidos (científicos, literários, jurídicos, médicos...) tem levado a um processo de exclusão de discursos diferentes, tendendo a exercer sobre eles uma espécie de pressão e um poder de coerção. Ao tratar sobre isso, Foucault diz que, ao enxergarmos apenas algumas verdades – geralmente a que representa a riqueza –, ignoramos que ela faz parte de um discurso construído para excluir muitas outras.¹⁸

A captura dos discursos de verdade, como diz Foucault, continua determinando a organização social, marcada por posições modelares, hierarquizadas e excludentes¹⁹. Esse processo, agravado enormemente pelo fortalecimento dos movimentos globalizadores hegemônicos, tenta dismantelar definitivamente as construções locais específicas, as diferentes configurações comunitárias, os conflitos e incertezas presentes, inclusive, em grupos considerados por longo período uniformes.

A vontade do legislador, a qual se busca concretizar e que, na realidade, exprime a verdade vencedora dos embates políticos, muitas vezes, cumpre a função de arrefecer os ânimos quando estes estão muito acirrados. É que “a lei precisa garantir por escrito, e somente por escrito, o ‘projeto’ de deixar a vida mais suportável [...] justamente no momento em que o tecido social esteja mais sujeito a rupturas!”²⁰. A partir dos mandamentos normativos, portanto, “alguns interesses da classe dominada (...) [são] satisfeitos a fim de que se mantenha a situação de dominação (para que assim) não se radicalizem os efeitos perversos do desequilíbrio existente.”²¹ Dito de outro modo: para que se mantenha a

¹⁷ FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**, 1996, p. 10.

¹⁸ FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**, 1996.

¹⁹ FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**, 1996.

²⁰ MELO, T. de. **Direito e Ideologia**: um estudo a partir da função social da propriedade rural, 2009, p. 22.

²¹ MELO, T. de. **Direito e Ideologia**: um estudo a partir da função social da propriedade rural, 2009, p. 22. p. 40.

situação de opressão de uma classe com êxito, é indispensável assegurar-lhe condições mínimas para que seja possível prolongar sua existência servil.²²

A partir dessas reflexões, percebe-se que os avanços legislativos em matéria previdenciária não foram, nem são, por acaso ou por força da compaixão ou do espírito de solidariedade, disseminados pelo Estado. Ao contrário, a solidariedade é, quase sempre, tomada às avessas, utilizada como justificativa para que as pessoas que menos apresentam capacidade contributiva sejam convocadas a renunciar direitos ou a sacrificá-los em favor de um sistema que acaba por prestigiar aqueles que poderiam melhor contribuir, numa completa inversão da concepção de solidariedade. De fato, os movimentos de progressos e retrocessos no âmbito previdenciário exprimem justamente essa dinâmica político-social de conflito de interesses e de relações de poder vigentes.

No que se refere, especialmente, às consolidações dos direitos dos trabalhadores e das trabalhadoras expressas na Constituição de 1988 e nas legislações infraconstitucionais, ainda que registrem verdadeiras conquistas, ao menos no plano simbólico, não podem ser tomadas por certas, perpétuas ou imutáveis. Tampouco absolutamente protegidas como **cláusulas pétreas**, muito embora devam ser compreendidas como tais, já que são componentes do núcleo de direitos fundamentais, individuais e coletivos. Isso porque, conforme apontado pelo Professor Marcelo Neves,

[...] a concretização normativo-jurídica do texto constitucional é bloqueada (e não simplesmente condicionada) de forma permanente e generalizada por injunções econômicas, políticas, familiares, de boas relações, etc. [...] quando ocorre, porém, concretização desconstitucionalizante, não há uma relação consistente entre texto e as atividades concretizantes. O texto constitucional é uma referência distante dos agentes estatais e cidadãos, cuja práxis desenvolve-se frequentemente à margem do modelo textual da Constituição.²³

Esta denominada concretização desconstitucionalizante, entendida como efetivação dos direitos em termos diversos dos expressos no texto constitucional, atua de modo a contribuir para a permanência das estruturas reais de poder, em desacordo com as normas principiológicas descritas no texto constitucional, as quais, caso efetivadas, significaria uma profunda transformação social. Assim, mantém-se uma Lei Maior impregnada, ideologicamente, de valores retoricamente reverenciados (igualdade, democracia,

²² MARX, K.; ENGELS, F. **O Manifesto do Partido Comunista**, 2001.

²³ EVES, M. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, 1996, p. 323.

dignidade da pessoa humana), apresentando um modelo de Estado e de sociedade cuja realização, entretanto, somente seria possível sob condições sociais e materiais completamente diversas.²⁴

Dessa forma, as normas aparentemente progressistas, ainda que não tenham sua efetividade plena, são sempre invocadas como um álibi pelo Estado, supostamente garantidor dos direitos fundamentais. No entanto, diante de normas simbolicamente includentes, contrapõe-se uma realidade extremamente excludente.

Não obstante, se, por um lado, essa estrutura normativa, com sua função simbólica, diminui a tensão social, tendo um efeito imunizador para a efetivação de uma ruptura que transforme a sociedade, colocando-a noutros trilhos e noutras possibilidades de sociabilidade, capazes de, efetivamente, desenvolver as potencialidades humanas; por outro, pode cumprir um papel relevante na tomada de consciência coletiva e, assim, levar a cabo processos emancipatórios.

Nesse sentido, se é verdade que nesse modo de viver, produzir e socializar, adotados pelo Estado brasileiro, não é possível alcançar o exercício pleno da cidadania, por ser a desigualdade imanente ao sistema capitalista²⁵, a luta cotidiana em prol da ampliação e consolidação de direitos implica viabilizar uma melhora nas condições de existência de segmentos expressivos da população e não deve ser abandonada por descrédito total no modelo político-econômico-social atualmente vigente.

Situado o direito previdenciário no imbróglio das relações de poder existentes, a partir da compreensão da posição que ocupam os sujeitos diretamente atingidos com os destinos dados às políticas públicas envolvendo tais direitos, historicamente hipossuficientes, percebe-se que o surgimento da Defensoria Pública, enquanto instituição permanente e autônoma, voltada à concretização de direitos cotidianamente violados e negados a esses mesmos sujeitos, é um marco significativo para o acesso à Justiça.

Justiça tomada no seu sentido axiológico, cujo atingimento, por vezes, prescinde da atuação do Poder Judiciário, cuja hierarquia interna “corresponde sempre de maneira bastante

²⁴ EVES, M. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, 1996.

²⁵ SOUZA *apud* MARTINS, A. C. Risco social: terminologia adequada para a proteção social e garantia dos direitos? **Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, 2012.

estrita à posição de sua clientela na hierarquia social²⁶, com quem está profundamente comprometida.

Por outro lado, em matéria previdenciária, o ativismo judicial, ao ser provocado pela atividade criativa da Defensoria Pública da União, é responsável por significativas quantidades de vitórias para diversos trabalhadores e trabalhadoras que buscam, na assistência jurídica integral e gratuita, a solução de suas demandas, cotidianamente negadas no âmbito administrativo da Autarquia Previdenciária.

Para que se tenha uma ideia da representatividade do serviço previdenciário prestado pela DPU-João Pessoa/PB, alguns dados mostram-se relevantes.

A DPU tem atribuição típica para atuar em favor de pessoas financeiramente hipossuficientes, consideradas estas as componentes de grupo familiar cuja renda mensal não ultrapasse três salários mínimos²⁷, quando a demanda respectiva versar sobre matéria pertinente às Justiças Federal, Militar, Eleitoral e instâncias administrativas da União.

Não obstante serem muitas as possibilidades de atuação da DPU (junto a instituições como à **Caixa Econômica Federal**, às Universidades e Institutos Federais, ao Ministério da Educação e Cultura e Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, nas demandas de direito internacional, direito à saúde, nos processos criminais federais e ações de improbidade administrativa, entre outros), a partir dos dados coletados, observa-se que dos 3.661 PAJs instaurados, 933 diziam respeito a algum tipo de demanda previdenciária, o que corresponde a cerca de 25% (25,48%) das demandas que foram apresentadas à DPU-João Pessoa/PB nos anos de 2013 e 2014.

Gráfico 1. Demanda previdenciária na DPU- João Pessoa/PB



²⁶ BORDIEU, P. **O poder simbólico**, 1989, p. 218.

²⁷ Resolução nº 85/2014 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União (BRASIL, 2014).

Isto significa que, a cada quatro processos administrativos instaurados durante os dois anos, um tratava sobre demanda previdenciária, uma expressiva quantidade.

3. O ACESSO À JUSTIÇA PREVIDENCIÁRIA

A DPU, instituição essencial à função jurisdicional, criada com a Constituição de 1988, ainda sofre com a precariedade de estrutura física e a falta de quadro próprio de servidores, o que a impossibilita de cumprir seu *mister* constitucional de forma plena. Por isso mesmo, o órgão não atua perante a Justiça do Trabalho, apesar de se tratar de uma justiça especializada de âmbito federal²⁸. Como a atribuição institucional da DPU é assistir as pessoas hipossuficientes, sendo exatamente estas pertencentes à classe trabalhadora, isso implicaria num crescimento exponencial das demandas, sem que houvesse as condições materiais para que o serviço fosse prestado com a eficiência devida.

Na ausência dessa prestação de serviço específica, surge uma segunda demanda própria da classe trabalhadora: trata-se do direito previdenciário que, conforme adiantado, corresponde a, aproximadamente, um quarto das pretensões apresentadas.

Apesar de todos os problemas estruturais, decorrente de anos sem os investimentos necessários e da falta de vontade política, a DPU- João Pessoa/PB conta com uma equipe multiprofissional que não se limita ao campo jurídico. A existência de profissionais do serviço social e medicina é destacada, notadamente no que se refere à atuação nos casos previdenciários, na medida em que realizam visitas *in loco*, entrevistas e constatação das condições socioeconômicas e de moradia, bem como perícia médica, elaborando laudos que viabilizam tecnicamente os pleitos de assistidos e assistidas.

Esse trabalho qualificado desenvolvido no seio da DPU-João Pessoa/PB dá consistência aos casos demandados, sendo poucos aqueles em que não há viabilidade jurídica. Do total de 933 PAJs previdenciários, apenas 38 foram arquivados por se tratar de demanda juridicamente inviável.

²⁸ É importante pontuar, no entanto, que já está em andamento, desde 2010, um projeto piloto na DPU/DF, onde foram criados quatro escritórios trabalhistas. Segundo as informações prestadas pelo Chefe daquela Unidade, Dr. Lúcio Ferreira Guedes, a média de instauração de processos e, portanto, de atendimentos iniciais, é de quatro por dia, conforme entrevista concedida em 2011, disponível no sítio eletrônico da instituição: <http://www.dpu.def.br/?option=com_content&view=article&id=3476:entrevista-defensor-fala-sobre-atuacao-piloto-da-dpu-na-justica-trabalhista&catid=79&Itemid=220>.

Gráfico 2. Viabilidade das demandas previdenciárias na DPU- João Pessoa/PB



Esse dado mostra que em 95,92% dos casos houve possibilidade de se obter melhoria na situação das pessoas, muitas delas que já tinham tido seu caso rejeitado pelo INSS – Instituto Nacional de Seguro Social, com indeferimentos desarrazoados. Isso expressa uma atuação extremamente legalista da autarquia, que apresenta dificuldades em adequar suas decisões administrativas aos entendimentos já pacificados pela jurisprudência superior.

Para ilustrar a rigidez da autarquia previdenciária, pontuamos a utilização do critério da renda familiar como fundamento para indeferir pedidos de concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC/LOAS), um benefício assistencial destinado a idosos e a pessoas com deficiência que estejam em situação de miserabilidade.

A Suprema Corte já pacificou o entendimento segundo o qual a limitação de renda imposta pela legislação para que seja auferido o critério de miserabilidade, em $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita*, não pode ser interpretado de forma restritiva. Para os Ministros e Ministras, há outras formas de comprovar a impossibilidade de prover sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, de modo que o critério legal serviria como parâmetro objetivo para que o benefício seja concedido, mas não como justificativa para, por si só, negá-lo.

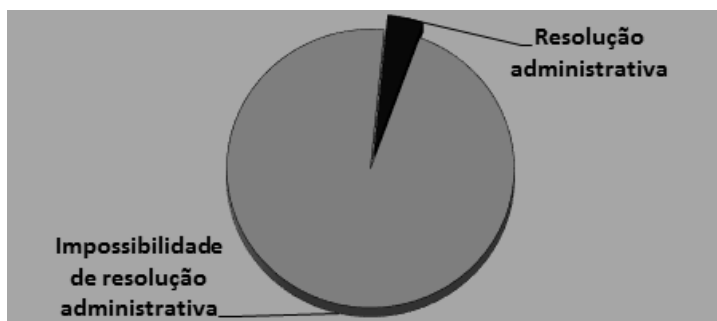
No entanto, vinculado ao princípio da legalidade estrita, o Instituto tem, reiteradamente, negado direitos às pessoas que se encontram em situação extrema de vulnerabilidade, o que as fragiliza ainda mais, e força-as a buscar a *via crucis* do Judiciário. Isso quando elas têm acesso à informação para tanto e procuram a DPU. Quantas pessoas devem se resignar com a postura irredutível da Administração Pública ou quantas procuram advogados particulares, arcando com custos desnecessários?

Um caminho plenamente possível e eficaz que poderia ser adotado pelo INSS, em observância ao princípio da eficiência, seria pacificar o entendimento dentro do próprio órgão, por meio de instruções normativas ou resoluções, evitando a via da judicial, custosa e desnecessária para diversas demandas.

Devido a esta postura ortodoxa do Instituto, são poucas as possibilidades de resolução administrativa das demandas, não obstante ser esta a tônica hodierna do ordenamento jurídico, expressa mais recentemente no espírito do Novo Código de Processo Civil.

Diante disso, a resolução extrajudicial das demandas é uma via pouco acessada, por ser pouco acessível, nas demandas previdenciárias. Do universo daquelas que, apresentadas à DPU-João Pessoa/PB, se mostraram viáveis no período pesquisado (895), somente em 36 foi possível solucionar a questão sem que fosse preciso acionar o Poder Judiciário, o que representa apenas 4% dos casos.

Gráfico 3. Resoluções administrativas das demandas previdenciárias apresentadas à DPU- João Pessoa/PB



Ante a inviabilidade em se promover a autocomposição com o INSS, não resta outro caminho que não a judicialização das lides. A partir dos dados coletados, observamos que 460 PAJs, pouco mais da metade (53,33%), já foram judicializados.

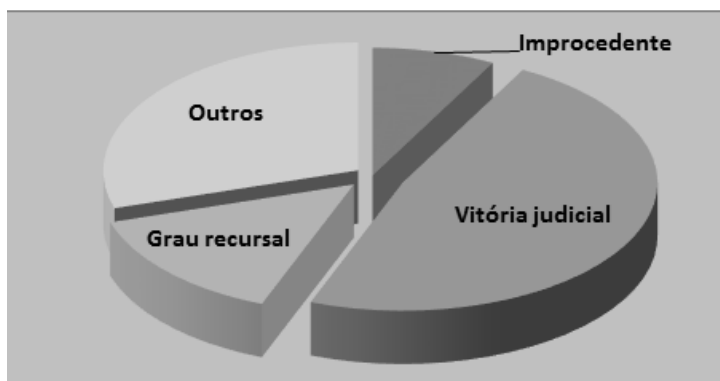
Gráfico 4. Demandas previdenciárias judicializadas pela DPU- João Pessoa/PB



O destino da outra parte é múltiplo: muitos PAJs são arquivados por desistência do assistido ou da assistida e outros tantos podem ainda estar em fase de instrução, por se tratarem de casos mais complexos, uma vez que a equipe de profissionais da DPU- João Pessoa/PB tem a responsabilidade de ajuizar ações bem instruídas, para que não sejam responsáveis por decisões desfavoráveis, por fragilidade nas sustentações, que se tornam imutáveis pela preclusão e pela coisa julgada material. Forçoso pontuar, nesse aspecto, que os dados foram coletados no segundo semestre do ano de 2015.

De todos os processos já encaminhados à Justiça Federal local, no entanto, quase a metade já obteve êxito, com decisões favoráveis aos assistidos e às assistidas.

Gráfico 5. Demandas previdenciárias proposta pela DPU- João Pessoa/PB julgadas procedentes pela Justiça Federal da Paraíba



Dos 460 casos já submetidos à apreciação judicial, 221 (48%) já foram decididos definitivamente em favor dos assistidos e assistidas da Defensoria Pública. Do restante, muitos ainda estão em curso, seja na primeira instância, seja em grau de recurso (66 PAJs: 14%), e outros foram julgados improcedentes, sem viabilidade recursal (36 PAJs: 7,8%), em sua maioria, por insuficiência probatória dos fatos alegados.

A partir dos dados apresentados, é possível perceber que a atuação da DPU-João Pessoa/PB é expressiva no sentido de reverter as posições rígidas do INSS e, em última análise, de garantir aos trabalhadores e trabalhadoras que procuram seu atendimento o acesso à justiça previdenciária e, portanto, acesso a direitos que, de outro modo, não teriam, a menos que arcassem com custos de patrocínio particular de suas causas.

É imperioso destacar que o acesso à justiça é, como aponta Boaventura de Souza Santos, o tema “que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica.”²⁹

No entanto, o acesso efetivo à justiça – entendida aqui como Poder Judiciário – tende a ser proporcionalmente mais caro para cidadãos hipossuficientes, ou seja, para aqueles economicamente mais débeis, o que exprime um fenômeno da dupla vitimização das classes populares ante a administração da justiça. Segundo o autor,

Estudos revelam que **a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem** e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos **tendem a conhecer pior os seus direitos** e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo um problema jurídico. [...] Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que **a pessoa se disponha a interpor a ação** [grifos nossos].³⁰

Essa disposição de que fala o autor envolve diretamente os elevados custos de um patrocínio particular de uma demanda jurídica, com a contratação de profissionais da advocacia, o

²⁹ SANTOS, B. de S. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, 1999, p. 146.

³⁰ SANTOS, B. de S. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, 1999, p. 148.

que impossibilitaria, a princípio, que essas pessoas acionassem a Justiça.

Daí a importância vital das Defensorias Públicas, que têm a missão de agir tanto no campo judicial, promovendo as ações cabíveis em favor das classes populares sem que a elas sejam atribuídos quaisquer encargos financeiros, quanto no campo social, promovendo a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico.³¹

4. A DEFENSORIA PÚBLICA CRIANDO NOVOS CAMINHOS

A atuação da Defensoria Pública, como apontado por Ré e Reis (2014), envolve uma atividade criativa, superando a lógica hegemônica positivista tão arraigada na mentalidade de “operadores e operadoras” do direito. Como o próprio nome já denota, tais profissionais tendem a “operar” o campo jurídico de forma estanque, como se este fosse uma máquina, desconsiderando as vicissitudes e o dinamismo a ele inerentes, próprios das ciências sociais.

O fato de ter como missão a defesa dos direitos e interesses das pessoas a quem o Estado brasileiro sempre virou as costas, com fortes tendências a permanecer de costas viradas, o grande desafio dos defensores e das defensoras é conquistar seu espaço também retórico dentro de uma estrutura tradicional, elitizada, afastada da realidade da maior parte do povo brasileiro. Esse processo envolve também a sensibilização dos sujeitos jurídicos que, em meio a uma cultura ilhada, pela postura de superioridade e até pela linguagem utilizada, se distanciam cada vez mais dos homens e mulheres simples do país.

Assim, utilizar os argumentos já postos não é suficiente. Não basta repetir as teses já consolidadas no universo jurídico, acolhidos pelos juízes e tribunais, explorando seus próprios precedentes. É preciso ir além. É preciso provocar o Judiciário a criar novos precedentes, a repensar o próprio Direito em bases mais democráticas, a refletir sobre a finalidade dos institutos jurídicos e a sua fundamentalidade para com as pessoas que os invocam.

Partindo dessa compreensão, fica claro que as contribuições da Defensoria Pública não se restringem a permitir que as pessoas sejam simplesmente ouvidas. Seu papel é o de fazer com que esse exercício de escuta seja qualificado pelo lugar de mundo e, portanto, pelo

³¹ Função institucional da Defensoria Pública, prevista no art. 4º, inciso III da Lei Complementar que regulamenta a carreira (LC nº 80/1994 – BRASIL, 1994)

lugar de fala desses sujeitos e que, assim, estes sejam considerados em suas existências.

Algumas das teses trabalhadas e expostas pela DPU-João Pessoa/PB em matéria previdenciária têm sido acolhidas pela seção judiciária da Justiça Federal local, contribuindo para transformar a percepção do Judiciário e ampliar o acesso dos assistidos e das assistidas a direitos previdenciários. Analisemos uma dessas situações.

Caso BPC/LOAS Idoso³²

Resumo do PAJ

Uma senhora, já idosa, casada com um aposentado, cujos proventos correspondiam a aproximadamente um salário mínimo e meio, procurou a DPU-João Pessoa/PB para reverter a decisão administrativa do INSS que indeferiu o seu pedido de concessão de benefício assistencial destinado a pessoas idosas.

Esclarecimentos jurídicos

O LOAS e o critério de miserabilidade

O benefício assistencial de prestação continuada à pessoa idosa, com fundamento no art. 203, V da Constituição Federal, bem como no princípio fundante da República da dignidade da pessoa humana, no objetivo fundamental de erradicar a pobreza e no direito social de assistência aos desamparados, é assegurado a pessoas que contem com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e que não tenham meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

O critério legal utilizado para auferir essa impossibilidade de garantir a própria subsistência é estabelecido no §3º do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, Lei nº 8.742/93 (BRASIL, 1993), segundo o qual a renda mensal familiar per capita da pleiteante deve ser inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente. Ou seja, uma pessoa idosa (ou com deficiência) que componha uma família de quatro pessoas, contando com apenas um salário mínimo para sustentar a todas, já não poderia ser contemplada com o benefício, uma vez que não era considerada miserável nos rigores da lei.

³² Tivemos participação direta nesse processo, conversando com o Defensor responsável pelo caso e elaborando a petição inicial, que desenvolveu o raciocínio e os fundamentos aqui apontados.

Não obstante, à luz da realidade concreta da sociedade que, com o avanço da inflação e os reajustes subsequentes, apresentaria um novo quadro, devendo ser consideradas as circunstâncias temporais e os parâmetros fáticos revelados, de modo que deveria prevalecer a regra que melhor concretizasse o princípio constitucional da dignidade humana, de aplicação prioritária no ordenamento. Isso porque as prestações básicas que comporiam o mínimo existencial se modificariam com o passar do tempo, imprimindo contingencialidade nas definições legais da matéria.

A partir desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional, sem nulidade de norma, o referido dispositivo, o que não decorreu de entenderem ser o critério estabelecido contrário à Constituição Federal (BRASIL, 1988), mas sim de a aplicação do mesmo, em sua literalidade, poder excluir situações concretas de miserabilidade. Assim, o critério legal, de $\frac{1}{4}$ por cabeça representa apenas um parâmetro objetivo mínimo para que as pessoas que nele se enquadram tenham garantido o direito ao benefício, independente de quaisquer outros meios de prova da condição de miserabilidade, mas não deve ser utilizado objetivamente para tê-lo negado.

Frise-se ainda que no voto do Ministro Gilmar Mendes, restou assentado como critério razoável para abarcar as situações de cálculo da renda per capita familiar, o de $\frac{1}{2}$ do salário mínimo, o qual, no seu entender, é o adotado para a concessão de outros benefícios assistenciais.

De acordo com o escólio do Supremo Tribunal Federal, não se pode dizer que exista qualquer parâmetro absoluto, inclusive o de $\frac{1}{2}$ salário mínimo per capita, revelando-se integralmente possível o reconhecimento da miserabilidade, em cotejo com as peculiaridades de cada situação específica, ainda que superior ao patamar de metade dos vencimentos mínimos por membro da família.

Registre-se que este era o entendimento sumulado da TNU em 2004, posteriormente cancelado em 2006.

Súmula 11

A renda mensal, per capita, familiar, superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.

O Estatuto do Idoso e o cômputo da renda familiar

Por outro lado, as peculiaridades da pessoa idosa exigem um tratamento diferenciado para que sua proteção seja integral.

Conforme o Estatuto do Idoso, o benefício mensal de um salário mínimo já concedido a um membro idoso da família não deverá ser computado para o cálculo da renda familiar na concessão do benefício assistencial a outra pessoa idosa que o pleiteie.

Isso implica dizer que o valor de um salário mínimo utilizado pelo idoso não deve ser considerado como componente da renda familiar, disponível aos demais componentes do núcleo familiar.

Fundamentação jurídica criativa

A partir de uma interpretação sistemática e teleológica, buscando a finalidade da norma protetiva à pessoa idosa, entende-se que o salário mínimo percebido por um idoso, decorrente de benefício assistencial ou previdenciário, deve ser destinado exclusivamente na manutenção do titular do benefício que, por ser pessoa idosa, requer cuidados e gastos especiais, especialmente no que concerne à sua saúde. Dessa forma, essa reserva mínima de um salário mínimo deve ser-lhe garantida com exclusividade para que viva com dignidade.

Com essa linha argumentativa, a DPU-João Pessoa/PB pleiteou a concessão do benefício assistencial à assistida idosa, que vivia apenas com o seu marido, aposentado e igualmente idoso, sobrevivendo apenas com os proventos deste no valor aproximado de R\$ 1.200,00, quando o salário mínimo valia R\$ 788,00.

Por se tratar de dois idosos, a Defensoria sustentou que seria devido efetuar o desconto de um salário mínimo no valor dos proventos recebidos pelo aposentado, uma vez que este valor exprimia a reserva mínima garantida exclusivamente a ele, de modo que apenas o que ultrapassasse disso poderia ser utilizado pelos demais componentes da família e, portanto, poderia ser considerado para o cálculo da renda familiar como um todo.

Posição judicial

Este entendimento foi acatado pela 13ª Vara Federal da Paraíba (JEF), nos seguintes termos:

3. Como o benefício previdenciário recebido pelo cônjuge da parte autora supera o valor de um salário mínimo, a aplicação analógica acima referida deve ser tomada como norte, a fim de se considerar que: a parte do benefício previdenciário correspondente ao valor de um salário mínimo destina-se exclusivamente ao sustento do seu beneficiário idoso, impondo-se a sua exclusão do cálculo da renda familiar por cabeça para fins de concessão do benefício assistencial requerido pela parte autora; e apenas a parte do benefício previdenciário que supera o valor de um salário mínimo, ou seja, o montante de R\$ 406,72, que, no caso, ultrapassa infimamente o valor de 1/2 salário mínimo (R\$ 12,00) , deve ser considerado como destinada à manutenção dos demais integrantes do núcleo familiar, no caso, a parte autora, para fins de apuração da renda familiar por cabeça.

4. Logo, havendo exclusão da renda mínima deste, ou seja, excluindo-se o valor de um salário mínimo (R\$ 788,00), na forma acima explicitada, em face do disposto no inciso III acima, a renda per capita familiar é de R\$ 406,72 para a parte autora, e como esse montante supera infimamente o valor de ½ salário mínimo, entendo que resta preenchido o requisito etário e da miserabilidade, nos termos do entendimento exposto nos itens I e II acima.

5. Em face da natureza alimentar do benefício em apreço, constata-se a urgência do pedido da parte autora, impondo-se, portanto, a concessão da antecipação dos efeitos da tutela (...) [grifos nossos].

O processo transitou em julgado e a assistida teve garantido, definitivamente, o seu direito ao benefício, o que significou a recomposição da dignidade de toda a família, resguardando a proteção especial a que o Estado dispensa a duas pessoas idosas – autora e seu esposo.

A partir dessa situação apresentada, percebemos que a atividade da Defensoria Pública não se restringe a utilizar argumentos jurídicos prontos e acabados ou a realizar, de forma simplista, a subsunção dos fatos às normas pertinentes, até porque, muitas vezes, o mero enquadramento não é suficiente para garantir o acesso a direitos.

Para considerar os assistidos e as assistidas da DPU, é preciso entender as questões de forma macrossociais, intrínsecas ao processo de globalização em curso. Esse processo, implementado pelo capitalismo e difundido pelo desenvolvimento acelerado das novas tecnologias da informação, interfere na elaboração de leis e também na sua execução.

Como toda dinâmica que busca instituir uma cultura, a ideia da globalização tem ancoradouro altamente ideológico que, para firmar-se e expandir-se, baseia-se na pseudo-noção de fim das utopias socialistas e do triunfo do capitalismo liberal. A queda do muro de Berlim reforçou a anunciação de uma nova era, na qual os diferentes aspectos sociais, culturais e ideológicos ficariam sujeitos ao consenso generalizado do capitalismo.

Em todo fenômeno com fundo altamente ideológico, há uma relação profunda entre a esfera econômica e as demais esferas da vida social (política, cultural, religiosa, jurídica), mesmo existindo uma forte tendência de os debates acerca da globalização reduzirem-na à esfera econômica. Essa tentativa de descolamento nada mais é do que o encobrimento de uma intensa rede de poder e interesses. Longe de ser consensual, a globalização é um vasto e intenso campo de conflitos entre grupos sociais, Estados e interesses hegemônicos, por um lado, e grupos sociais, Estados e interesses subalternos, por outro. Através de mecanismos poderosos, a globalização hegemônica marca ideologicamente, instituindo os modos de convivência e de disseminação de valores próprios de uma sociedade mercantil.

Diante dessa realidade, Boaventura de Souza Santos coloca que é necessário o surgimento de outras interpretações e de movimentos globalizadores contra-hegemônicos, que permitam criar outras formas de organização e interpretação³³.

Dentro dessa perspectiva contra-hegemônica proposta pelo autor, percebe-se que a DPU-João Pessoa/PB tem contribuído na formação de outras interpretações que permitam a criação de outras formas de lidar com o direito posto, partindo de certas premissas, tais como: a garantia do mínimo existencial, a vedação ao retrocesso social, a superação da proteção insuficiente, a proteção da dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e erradicação da pobreza e da marginalização, a prevalência dos direitos humanos, a efetivação da igualdade material, a proteção e concretização do Estado Social e Democrático de Direito.

Porém, a atuação processual, ainda que contra-hegemônica, se mostra insuficiente. Para Granduque José, a Defensoria jamais cumprirá sua missão na sua integralidade, “se não ousar transcender os paradigmas do positivismo jurídico, ainda hegemônico na praxe forense e, sobretudo, no imaginário dos juristas”³⁴. De acordo com o autor,

³³ SANTOS, B. de S. **A globalização e as ciências sociais**, 2005.

³⁴ GRANDUQUE JOSÉ, C. J. Descolonizar a Justiça e resistir com os movimentos sociais: alguns caminhos para a construção identitária da Defensoria Pública. In: RÉ, A. I. M. R.; REIS, G. A. S. dos. (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**, 2014, p. 89.

A Defensoria Pública, instituição mais nova do sistema de justiça, expressão e instrumento do regime democrático, possui a oportunidade histórica de participar, ao lado dos seus assistidos, estejam eles organizados em movimentos sociais ou não, no processo de *descolonização da justiça* e, por conseguinte, **construção de novas sociabilidades** pautadas pela solidariedade e **regidas pela cultura democrática, novas formas de vida para além do hedonismo consumista e, ao mesmo tempo, preservação das formas de vida indígenas e das comunidades quilombolas**³⁵. [grifos nossos]

O processo de descolonização da justiça importa a ruptura com a mentalidade e forma de sociabilidade autoritária e discriminatória, de preservação do capitalismo, que sempre esteve associado a ideologias racistas, homofóbicas e sexistas.

É nesse sentido que à Defensoria, para além de servir de meio através do qual seus assistidos e assistidas podem ter acesso a benefícios ou serviços previdenciários, cabe repensar a essência desses próprios direitos dentro da estrutura sócio-política posta. Conforme apontado por Martins,

Políticas pautadas nos conceitos de risco permitem, no máximo, a instauração de ações pontuais, focalizadas e descontínuas, que, na prática, negam o direito ao desenvolvimento e ao respeito [...] fundamenta uma ação social parcial, informal, assistencialista [...] que estimula a simples reprodução biológica da vida humana. Mesmo nos casos em que o conceito de risco vislumbra a proteção social estatal fora dessas bases, o faz a partir da naturalização da sociedade capitalista, vislumbrando sua continuidade com adaptações em detrimento da sua superação³⁶.

Somente rompendo com a lógica de uma sociedade capitalista supressora de direitos, que define de modo reducionista a questão social a partir de uma perspectiva de gerenciamento da pobreza, que responsabiliza o indivíduo pela sua condição de vida e que reitera a condição de necessitado em detrimento da de sujeito/cidadão, é possível a radicalização dos direitos³⁷.

³⁵ GRANDUQUE JOSÉ, C. J. Descolonizar a Justiça e resistir com os movimentos sociais: alguns caminhos para a construção identitária da Defensoria Pública. In: RÉ, A. I. M. R.; REIS, G. A. S. dos. (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**, 2014.

³⁶ GRANDUQUE JOSÉ, C. J. Descolonizar a Justiça e resistir com os movimentos sociais: alguns caminhos para a construção identitária da Defensoria Pública. In: RÉ, A. I. M. R.; REIS, G. A. S. dos. (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**, 2014, p. 95.

³⁷ MARTINS, A. C. Risco social: terminologia adequada para a proteção social e garantia dos direitos? **Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, 2012.

A atuação da Defensoria Pública, portanto, precisa ser orientada com esse horizonte se quiser cumprir sua missão institucional e contribuir, verdadeiramente, de forma substancial, para a emancipação humana, com a superação de uma sociedade baseada na exploração dos humanos pelos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais previdenciários sempre foram palco de disputa política e ideológica. Desde o seu nascimento, que não foi de parto natural, mas cirurgicamente retirado do ventre da classe trabalhadora, os retrocessos e avanços representam as alianças mais ou menos estreitas entre o poder político e o poder econômico, e os supostos compromissos daquele com a parcela mais necessitada da população.

Nesse contexto, os trabalhadores e trabalhadoras se veem comprimidos entre categorias extremamente poderosas: de um lado, o Estado; e de outro, o capital. Assim, seus direitos são os escolhidos para serem sacrificados e aviltados, especialmente em momentos como o atual, da famigerada crise econômica.

São, em regra, os primeiros de quem se exige “solidariedade” com o sistema que, perverso, caminha em sentido oposto à ideia própria que norteia a solidariedade, deturpador dos postulados da proporcionalidade, razoabilidade, isonomia, capacidade contributiva e da dignidade humana.

No entanto, um Estado que se apresenta como Democrático e de Direito não é digno desse *status* quando deixa que tais questões passem ao largo de seu campo de visão e, para se legitimar, cria instrumentos de efetivação da cidadania para os necessitados sem, contudo, proporcionar-lhes a superação do seu estado de necessidade. Assim surge a Defensoria Pública: “frágil, assustada, incapaz, mas também subestimada por tudo e por todos”³⁸.

Cruza-se, então, a história dos direitos previdenciários, organicamente pertencentes aos trabalhadores e trabalhadoras, estruturalmente necessitados, com a da Defensoria

³⁸ PAIVA, C. de; SANTOS, M. L. S. **Defensorias públicas autônomas**: o encontro da cidadania com a democracia. 2016. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-mai-03/tribuna-defensoria-defensorias-autonomas-encontro-cidadania-democracia> > Acesso em 20 de abril de 2016.

Pública da União, cumprindo papel fundamental na defesa, garantia e promoção de tais direitos e de tais sujeitos.

A atuação da Defensoria Pública da União, especialmente da Unidade de João Pessoa/Paraíba, revela a ênfase do debate previdenciário no âmbito da instituição, que aperfeiçoa suas formas de sensibilizar o Estado (judicial) para a realidade brutal que envolve grande parcela da população.

Como uma forte demanda que atinge a população mais carente (cerca de ¼ dos atendimentos), confirmamos a nossa hipótese inicial de que a DPU ocupa um espaço essencial para a resolução de questões previdenciárias desses sujeitos, notadamente numa sociedade desigual, o que implica dizer que a sua consolidação enquanto instituição significa um maior e melhor acolhimento dessas pessoas.

O caso apresentado apenas ilustra a nova forma que a DPU/João Pessoa tende a olhar as questões jurídicas, voltada às pessoas que busca servir. Um olhar menos preocupado com a letra morta dos escritos jurídicos e mais atento aos anseios daqueles que são historicamente e cotidianamente silenciados, servindo-lhes como sua porta-voz.

Não obstante a importância pragmática e as contribuições da instituição na reflexão dos direitos previdenciários e na efetivação da cidadania democrática, o fortalecimento cotidiano e crescente da Defensoria deve ser orientado no sentido de romper com o estado de coisas que naturaliza e, desse modo, reforça a existência da condição de necessitados.

Somente assim, a Defensoria Pública cumprirá radicalmente a sua missão de afirmação do regime democrático, com a prevalência dos direitos humanos e a primazia da dignidade da pessoa humana. Somente assim, a fome deixará de ser faminta e a injustiça injusta³⁹, e a humanidade, superando o sistema capitalista supressor de direitos, baseado na exploração do seu semelhante, será, finalmente, emancipada.

REFERÊNCIAS

BORDIEU, P. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Memória e Sociedade, 1989.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. A pesquisa participante e a participação da pesquisa:

³⁹ GALEANO, E. **As veias abertas da América Latina**, 1981.

um olhar entre tempos e espaços a partir da América Latina. In: BRANDÃO, C. R.; STRECK, D. R. (Orgs.). **Pesquisa participante**: O saber da partilha. 2. ed. Aparecida, SP: Ideias Et Letras, 2006. p. 21.54.

BRASIL. **Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.**

_____. Decreto n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923.

_____. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.

_____. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.

_____. Lei n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993.

_____. Lei n. 13.135, de 17 de junho de 2015.

_____. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.

_____. Ministério da Previdência Social e Ministério da Saúde. **Portaria Interministerial** n. 2.998, de 23 de agosto de 2001.

BRUM, E. **A boçalidade do mal**. 2015. Disponível em <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/03/eliane-brum-a-bocalidade-do-mal.html>> Acessado em 19 de abril de 2016.

CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Fixa parâmetros objetivos e procedimentos para a presunção e comprovação da necessidade das pessoas naturais e jurídicas. Resolução n. 85, DE 20 de fevereiro de 2014.

COSTA, J. R. C. **Previdência e resistência**: os direitos sociais previdenciários no cenário neoliberal. 2009. 159 f. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Faculdade de Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

DPGU, C. S. **Entrevista: Defensor fala sobre atuação piloto na Justiça do Trabalho**. 2011. Disponível em <http://www.dpu.def.br/?option=com_content&view=article&id=3476:entrevista-defensor-fala-sobre-atuacao-piloto-da-dpu-na-justica-trabalhista&catid=79&Itemid=220> Acesso em 20 de abr. de 2016.

FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

FREIRE, P. **Pedagogia do oprimido**. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

GALEANO, E. **As veias abertas da América Latina**. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

GRANDUQUE JOSÉ, C. J. Descolonizar a Justiça e resistir com os movimentos sociais: alguns caminhos para a construção identitária da Defensoria Pública. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggieri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. Vol. 2. Salvador, BA: Editora Juspodivm, 2014. p. 85-96.

LÜDKE, M.; ANDRÉ, M. E. D. A. **Pesquisa em educação**: abordagens qualitativas. São Paulo: EPU, 1986.

MARTINS, A. de C. Risco social: terminologia adequada para a proteção social e garantia dos direitos? **Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**. v. 10, n. 29, p. 85-99, Rio de Janeiro, 2012.

MARX, K.; ENGELS, F. **O Manifesto do Partido Comunista**. Trad. Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2001.

_____. **Ideologia Alemã**. 3ª reimpressão. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010.

MELO, T. de. **Direito e Ideologia**: um estudo a partir da função social da propriedade rural. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

NEVES, M. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, a. 33, n. 132, p. 321-330, Brasília, out./dez. 1996.

PAIVA, C. de; SANTOS, M. L. de S. **Defensorias públicas autônomas**: o encontro da cidadania com a democracia. 2016. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-mai-03/tribuna-defensoria-defensorias-autonomas-encontro-cidadania-democracia>> Acessado em 20 de abril de 2016.

RÉ, A. I. M. R.; REIS, G. A. S. dos. (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria**

Pública. Vol. 2. Salvador, BA: Editora Juspodivm, 2014.

SANTOS, B. de S. **A globalização e as ciências sociais.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 7. ed. Porto/PT: Edições Afrontamento, 1999.

INVALIDEZ SOCIAL: DA LITERALIDADE DA
NORMA À AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE
HUMANA

Camila Paiva Gouvêa

*SOCIAL DISABILITY: FROM THE LITERALITY
OF THE STANDARD TO THE AFFIRMATION OF
HUMAN DIGNITY*

INVALIDEZ SOCIAL: DA LITERALIDADE DA NORMA À AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

SOCIAL DISABILITY: FROM THE LITERALITY OF THE STANDARD TO THE AFFIRMATION OF HUMAN DIGNITY

*Camila Paiva Gouvêa
Analista Técnico Administrativa na Defensoria Pública da União em Campinas.*

Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho-UNESP

São Paulo. Brasil

camila.gouvea@gmail.com

RESUMO

A invalidez social decorre do impedimento do trabalhador de voltar a exercer atividade laboral remunerada devido à incapacidade associada a contingências pessoais e sociais. Assim, o presente artigo visa contribuir para a discussão do tema e apresentar uma coletânea de julgados que podem ser utilizados para subsidiar o pleito e auxiliar no julgamento da concessão do benefício. Primeiramente será apresentado o conceito legal de aposentadoria por invalidez. Em seguida, remete-se à maneira que o referido conceito deve ser interpretado. Como se trata de um direito social, o magistrado deve ter liberdade de decidir de forma a garantir, aos indivíduos, o exercício de suas garantias fundamentais. Discorre-se sobre a necessidade de se averiguar no caso concreto, as peculiaridades pelas quais cada inválido passa, tais como: sua condição econômica e cultural, seu grau de instrução, idade, dentre outras. Solidifica-se o tema do artigo com jurisprudências concedendo a aposentadoria por invalidez em casos embasados nas condições do segurado e não apenas na perícia. Em seguida, ressalta-se o papel da Defensoria Pública da União na defesa dos inválidos vulneráveis, garantido que o Estado não se esqueça de cumprir com seu dever social.

Palavras-chave: Condições pessoais. Direitos fundamentais Dignidade humana. Direitos sociais. Direito previdenciário.

ABSTRACT

The social disability comes from the impairment of the worker to return to a gainful employment activity due to personal and social contingencies inability. So, this paper aims to contribute to the discussion of the subject and present a collection of judged papers that can be used to support the legal proceedings and the judgment for benefit provision. First it will be reported the legal concept of social retirement. Then, reference is made to the way that aforementioned concept must be interpreted. Since the subject of this paper is about a social right, the magistrate must have freedom to decide in order to ensure to individuals, the exercise of their fundamental guarantees. Then we point out the need to find out in this case, the peculiarities for which, each invalid passes, such as: their economic and cultural provision, level of education, age, among others. The subject of the article will further be grounded by jurisprudence granting retirement due to disability based not only on medical expertise but mainly on the insured features. Then, the role of the Federal Public Defender's office in defense of the vulnerable invalid, assuring that the State does not forget to fulfill its social duty, is highlighted.

Keywords: Fundamental rights. Human dignity. Personal conditions. Social rights. Social security law.

Data de submissão 19/03/2017

Data de aceitação: 22/08/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. CONCEITO LEGAL DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ 2. INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO 2.1 Interpretação pautada no princípio da dignidade humana e no livre convencimento motivado do juiz: base para a invalidez social 3. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA INVALIDEZ SOCIAL 4. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

De acordo com a legislação previdenciária, exige-se como requisito para aposentadoria por invalidez que a pessoa esteja total e permanentemente incapaz para o exercício de qualquer atividade. Percebe-se que este conceito encontra-se ultrapassado. Ainda que a perícia médica ateste que o segurado, apesar de sua deficiência, esteja apto para o exercício de algum trabalho que poderá lhe prover sustento, devem ser analisadas no caso concreto as peculiaridades de cada indivíduo, pois apesar do esforço do segurado para o retorno às atividades laborais, verifica-se que muitas vezes não consegue emprego.

Devido à alta exigência do mercado de trabalho e considerando-se o nível de instrução, idade, cultura e situação econômica na qual a pessoa está inserida, percebe-se que muitas vezes a incapacidade física ou psíquica, ainda que parcial, associada a restrições pessoais e sociais, impedem que esta consiga se readaptar em outra função e promover sua subsistência, o que leva o segurado a viver em condições indignas.

Nestes casos, é importante que seja concedida a aposentadoria por invalidez, visto que sua concessão não está adstrita apenas aos requisitos objetivos da perícia, mas sim ao cumprimento dos princípios fundamentais, mormente o da dignidade humana. Nesse sentido, visando garantir a proteção social e alinhado com o papel ativo do Estado na concessão de direitos sociais encontra-se a Defensoria Pública da União, sendo ela a ponte entre a parcela hipossuficiente da sociedade e o Estado.

Existe jurisprudência validando o conceito de invalidez social, inclusive julgados emanados do Superior Tribunal de Justiça, os quais servem de parâmetro a ser seguido em todos os Tribunais do país. Dessa forma, o presente trabalho visa ampliar as discussões sobre o tema para contribuir com subsídios no pleito de tal benefício, bem como para auxiliar na fundamentação das decisões judiciais.

1. CONCEITO LEGAL DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

Todos os segurados do Regime Geral de Previdência Social podem ser beneficiários da aposentadoria por invalidez. Russomano define que:

Aposentadoria por invalidez é o benefício decorrente da incapacidade do segurado para o trabalho, sem perspectiva de reabilitação para o exercício de atividade capaz de lhe assegurar a subsistência¹.

Conforme o art. 42 da Lei 8213, além de cumprir a carência exigida, só poderá receber aposentadoria por invalidez aquele segurado que:

[...] estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição².

Ainda conforme a mesma Lei, o §1º do art. 42 explicita objetivamente o modo de aferição da incapacidade, determinando que:

A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança³.

Percebe-se que para a caracterização legal do benefício da aposentadoria por invalidez, necessita-se que a mesma seja total e permanente, atestada por médico perito. No entanto, em que pese a previsão legislativa, este artigo demonstrará que a interpretação literal da lei não é mais suficiente para garantir a proteção total face ao risco social invalidez.

2. INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O constitucionalismo social advindo da Carta Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar trouxe uma série de princípios que auxiliam na interpretação do Direito e asseguram a aplicabilidade dos direitos sociais. Desde então o positivismo foi

¹ RUSSOMANO, M. V. **Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social**, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p.135.

² BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104108/lei-de-beneficios-da-previdencia-social-lei-8213-91>> Acesso em: 13 mar. 2017.

³ BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104108/lei-de-beneficios-da-previdencia-social-lei-8213-91>> Acesso em: 13 mar. 2017.

superado, não sendo mais suficientes para a interpretação jurídica apenas os meios trazidos pela escola dogmática, pautada na interpretação literal da lei⁴.

O conceito tradicional de interpretação da legislação como atividade meramente declaratória não pode subsistir, visto que os direitos sociais exigem ações positivas do Estado e uma postura ativa do juiz frente ao processo. O mais adequado é entender que esta atividade interpretativa é, portanto, constitutiva⁵.

Eros Grau entende que interpretar o Direito significa concretizá-lo em um caso determinado. É bom ressaltar que o texto normativo não se confunde com a norma jurídica visto que esta é o resultado da interpretação do texto conjuntamente com os fatos pertencentes a um caso determinado. Assim, não mais se justifica a afirmação de que se interpreta o Direito apenas quando o sentido do texto é dúbio⁶.

2.1. Interpretação pautada no princípio da dignidade humana e no livre convencimento motivado do juiz: base para a invalidez social

Queiroz Júnior explica que:

[...] o princípio da dignidade humana há de ser considerado como o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e com fundamento nesta devem ser interpretados⁷.

É fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, conforme se extrai do texto constitucional, art. 1º, inciso III⁸. Observa-se também que um dos objetivos da República Federativa do Brasil estampado no art. 3º, inciso III da Carta Magna é “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”⁹.

⁴ NASCIMENTO, S. **Interpretação do Direito Previdenciário**, 2007, pp. 40-41.

⁵ NASCIMENTO, S. **Interpretação do Direito Previdenciário**, 2007, p. 97.

⁶ GRAU, E. R. **Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do direito**, 2002, pp. 15-35.

⁷ QUEIRÓZ JÚNIOR, H. **Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores na Constituição de 1988**, 2006.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13 mar. 2017.

⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13 mar. 2017.

Este inciso entroniza o princípio da dignidade humana no Direito Previdenciário. Se não houver respeito ao ser humano, de nada adianta falar-se em dignidade do protegido pela seguridade social¹⁰.

Segundo Martinez, é na área das prestações que a Seguridade encampa o princípio da dignidade humana, pois é com elas que realiza seu principal escopo: exercitar a proteção social¹¹. No que tange ao objeto do presente artigo, a aposentadoria por invalidez é uma prestação previdenciária que tem como objetivo amenizar o risco social invalidez, cuja cobertura está garantida pela Constituição Federal em seu art. 201, inciso I:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada¹².

Santos, citando Olea e Plaza destaca que a invalidez:

[...] tem múltiplas dificuldades de cobertura, entre outras razões, por sua variedade; o inválido é uma abstração, sob a qual existem os indivíduos inválidos, todos diferentes, cada um com seus próprios problemas psicológicos e sociais, e com sua própria e peculiar invalidez¹³.

Assim, a autora conclui que “na análise do caso concreto, devem-se considerar as condições pessoais do segurado e conjugá-las com as conclusões do laudo pericial para avaliar a incapacidade.”¹⁴

Aqui faz-se necessário lembrar que a doutrina moderna entende que o juiz não é mais uma figura distante, mas sim participativa no desenrolar processual. Ele tem o poder de livre convencimento pautado na lei e nos fatos trazidos nos autos. Já dizia Tucci que:

¹⁰ MARTINEZ, W. N. **Princípios de Direito Previdenciário**, 2011, p. 89.

¹¹ MARTINEZ, W. N. **Princípios de Direito Previdenciário**, 2011, p. 90.

¹² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13 mar. 2017.

¹³ OLEA, M. A.; PLAZA, J. L. T. Instituciones de seguridad social *apud* SANTOS, M. F. dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**, 2013, pp.224-225.

¹⁴ SANTOS, M. F. dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**, 2013, p. 225.

[...] sem a incumbência de ater-se a um esquema rígido ditado pela lei (sistema da prova legal), o juiz monocrático, bem como o órgão colegiado, ao realizar o exame crítico dos elementos probatórios, tem a faculdade de apreciá-los livremente, para chegar à solução que lhe parecer mais justa quanto à vertente fática¹⁵.

Precioso entendimento vai ao encontro do pensamento da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), a qual concretizou na Súmula 47 os valores de livre convencimento do magistrado atrelado a uma interpretação que prestigia a dignidade humana no caso concreto. A referida Súmula enuncia: “uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez”¹⁶.

Este preceito veio para uniformizar a interpretação de questão de direito material muito frequente no dia a dia da Defensoria Pública da União. Corroborando com o entendimento da TNU estão diversos julgados de Tribunais. Nestes julgados, percebe-se que a aposentadoria por invalidez é devida não somente ao inválido no sentido tradicional da palavra, mas também àquele que, observado todo o contexto fático e social no qual está inserido, fica evidente que não conseguirá trabalhar e prover seu sustento e o de sua família. Este é o conceito do que se entende por invalidez social.

3. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA INVALIDEZ SOCIAL

A invalidez social é pauta de diversas ações distribuídas ao Judiciário brasileiro. Ao fazer uma pesquisa jurisprudencial, percebe-se que há julgados recentes e também mais antigos sobre o tema, fato que indica a importância de se defender a unificação nacional envolta na perspectiva humanitária deste risco social.

Conforme visto até aqui, entende-se que cabe ao juiz interpretar o Direito à luz dos preceitos fundamentais, especialmente o preceito da dignidade humana, exercendo um juízo de discricionariedade motivada conforme o caso concreto.

¹⁵ TUCCI, J. R. C. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**, 1987.

¹⁶ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula 47**. Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=47&PHPSESSID=3b52lgr6ur7a3j20vblnre9hj3>> Acesso em: 14 março 2017.

Neste sentido, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região ainda no ano de 2011 decidiu pela aposentadoria por invalidez em um caso no qual as condições pessoais do segurado foram levadas em conta mais do que a perícia em si. Destaca-se a ementa do julgado:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. 1. Conforme descrição contida no laudo, o autor é portador de quelóide extenso, no terço inferior direito e esquerdo da região facial, dando saída a secreção muco sanguinolenta. O laudo alerta, ainda, para o risco de contaminação, tanto dele próprio, quanto de outras pessoas, o que inviabiliza o exercício de atividades em cozinhas, com alimentos em geral, em creches ou asilos. 2. As fotos juntadas aos autos mostram com clareza assustadora a deformidade estética de que padece o autor, de caráter irreversível e incurável conforme reconhecido pelo próprio perito judicial, que destaca ainda que, caso os quelóides sejam extirpados, haverá a formação de novos, como, aliás, já ocorreu, o que inviabiliza até mesmo uma cirurgia plástica reparadora. 3. **Assim, cabe ao juiz exercer o controle da razoabilidade e da racionalidade da norma, examinando seu mérito e sua abrangência, especialmente diante de questões tão complexamente singulares como a presente.** Diante disso, e analisando o caso concreto, pode-se observar que se está diante uma situação em que **a limitação normativa apresenta-se irrazoável**, pelo fato de excluir de seu raio de atuação uma pessoa que, pela dessemelhança de sua situação, mereceria estar abrangida pela norma ou, ao menos, receber tratamento jurídico singularizado. 4. É certo que a Lei de Benefícios assegura a percepção de benefício por incapacidade somente àqueles segurados incapazes do exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. **Uma releitura da norma, porém, baseada nos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade conduz ao entendimento de que, no caso concreto, por padecer de deformidade estética tamanha que torna o autor incapaz de obter trabalho que lhe assegure o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, deve o mesmo sim receber um benefício por incapacidade.** 5. No caso, por se tratar de incapacidade permanente - vez que seu mal não tem cura, conforme reconhecido no próprio laudo judicial -, tal benefício deve ser a aposentadoria por invalidez. A data de início do benefício deve ser a data da propositura desta ação, vez que o reconhecimento excepcional aqui feito somente pode se dar pela via judicial. 6. Apelação parcialmente provida. (Órgão julgador: TRF2. Segunda Turma Especializada. AC 0803347-24.2009.4.02.5101. Relator: Liliane Roriz. Data da decisão: 21/07/2011. Data da disponibilização: 10/08/2011)¹⁷.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, **Apelação Cível nº 0803347-24.2009.4.02.5101**, Relator RORIZ, Liliane, Publicado no DJ em 10 ago 2011. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pdbi?PRO=200951018033478&TOPERA=1>> Acesso em: 15 mar. 2017.

Desde 2009, encontram-se julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) defendendo a tese de que a invalidez não é um critério objetivo, mas sim subjetivo, devendo ser levados em conta fatores inerentes à pessoa do requerente. Destacam-se duas ementas, uma do ano de 2009 e outra do ano de 2012, ambas de ricos conteúdos:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO PELA INCAPACIDADE PARCIAL DO SEGURADO. NÃO VINCULAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA SÓCIO-ECONÔMICA, PROFISSIONAL E CULTURAL FAVORÁVEL À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Os pleitos previdenciários possuem relevante valor social de proteção ao Trabalhador Segurado da Previdência Social, devendo ser, portanto, julgados sob tal orientação exegética. 2. **Para a concessão de aposentadoria por invalidez devem ser considerados outros aspectos relevantes, além dos elencados no art. 42 da Lei 8.213/91, tais como, a condição socioeconômica, profissional e cultural do segurado.** 3. Embora tenha o laudo pericial concluído pela incapacidade parcial do segurado, **o Magistrado não fica vinculado à prova pericial, podendo decidir contrário a ela quando houver nos autos outros elementos que assim o convençam, como no presente caso.** 4. Em face das limitações impostas pela **avançada idade, bem como pelo baixo grau de escolaridade, seria utopia defender a inserção do segurado no concorrido mercado de trabalho, para iniciar uma nova atividade profissional, motivo pelo faz jus à concessão de aposentadoria por invalidez.** 5. Agravo Regimental do INSS desprovido. (AgRg no REsp 1055886 / PB AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0103203-0 Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 01/10/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 09/11/2009)¹⁸. **(Grifos do original)**

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE PARCIAL. LAVRADOR. ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS, PROFISSIONAIS E CULTURAIS QUE JUSTIFICAM A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, mesmo as matérias de ordem pública necessitam estar devidamente prequestionadas para ensejar o conhecimento do recurso

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.055.886 - PB** (2008/0103203-0), Relator MAIA FILHO, Napoleão Nunes, Publicado no DJe de 09 out 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801032030&dt_publicacao=09/11/2009> Acesso em: 15 mar. 2017.

especial. 2. Para a concessão da aposentadoria por invalidez deve-se considerar, além dos elementos previstos no art. 42 da Lei n. 8.213/91, **os aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado, ainda que o laudo pericial só tenha concluído pela sua parcial incapacidade para o trabalho**. Precedentes. 3. Hipótese em que, embora as sequelas pelo acidente não incapacite totalmente o ora agravado para todo e qualquer trabalho, as limitações impostas para exercer o trabalho como lavrador, assim como a sua idade e o baixo grau de escolaridade, justificam a concessão de aposentadoria por invalidez. Agravo regimental improvido. (Processo AgRg no AREsp 190625 / MS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0122144-4 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador: STJ- T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 11/09/2012. Data da Publicação/Fonte DJe 18/09/2012)¹⁹. **(Grifos do original)**

Estes são precedentes de um entendimento que cada vez mais aflora nos Tribunais por todo o país. É importante ressaltar que entendimentos veiculados pelo STJ servem como orientação para julgamentos nos Tribunais Regionais Federais. Decisões muito recentes seguem esta linha teórica. Como exemplo, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região reconheceu a invalidez baseada em critérios socioeconômicos e ressaltou a importância do livre convencimento do juiz, que não está adstrito à perícia. Segue a ementa do julgado, que data de março de 2017:

REMESSA NECESSÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. APELAÇÃO CÍVEL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE. ANÁLISE DAS CONDIÇÕES PESSOAIS E SOCIAIS. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. - Considerando que a remessa necessária não se trata de recurso, mas de simples condição de eficácia da sentença, as regras processuais de direito intertemporal a ela não se aplicam, de sorte que a norma prevista no art. 496, §3º, I, do CPC de 2015, estabelecendo que não necessitam ser confirmadas pelo Tribunal condenações da União em valores inferiores a 1000 (um mil) salários mínimos, tem incidência imediata aos feitos em tramitação nesta Corte, ainda que para cá remetidos na vigência do revogado CPC. - Os requisitos da aposentadoria por invalidez estão previstos no artigo 42, da Lei nº 8.213/91, a saber: constatação de incapacidade total e permanente para o desempenho de qualquer atividade laboral; cumprimento da carência; manutenção da qualidade de segurado. - In casu, a perícia judicial atesta que a autora é portadora

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 190.625 – MS** (2012/0122144-4), Relator MARTINS, Humberto, Publicado no DJe de 18 set 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num_registro=201201221444&dt_publicacao=18/09/2012> Acesso em: 15 mar. 2017.

de enfermidades no ombro esquerdo que provocam diminuição da sua mobilidade e dor aos movimentos de elevação, caracterizando-se sua incapacidade de natureza parcial e permanente para as atividades de auxiliar de limpeza, inexistindo incapacidade para as atividades como cuidadora. - **Inobstante a conclusão pericial quanto à natureza parcial da incapacidade**, não se pode desconsiderar que as atividades de cuidadora exigem a elevação do membro superior esquerdo, caracterizando-se, por certo, a presença de importante limitação para o exercício de tais atividades. É certo que, por força do princípio do livre convencimento motivado, não está o julgador adstrito às conclusões periciais. - **Essa constatação, associada à idade da postulante (atualmente com 60 anos), bem como ao seu baixo grau de instrução, conduzem à concessão da aposentadoria por invalidez.** - Remessa necessária não conhecida. Apelação improvida. (Processo APELREEX - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2180929/SP0008706-43.2015.4.03.6105.Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI. Órgão Julgador: TRF3- OITAVA TURMA. Data do Julgamento 20/02/2017. Data da Publicação/Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2017)²⁰. **(Grifos do original)**

A massificação interna da jurisprudência aprimora o sistema jurisdicional e, no caso da invalidez, presta uma tutela efetiva de direitos fundamentais a todos os segurados que passam por situação semelhante. A ementa abaixo comprova mais um recente caso, dentre inúmeros outros do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no qual a invalidez se deu por quesitos sociais; ressaltando-se tratar de relator diferente do caso exposto acima e que ambos convergem em uma mesma linha teórica decisiva:

PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ/ AUXÍLIO-DOENÇA - EXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE - CONDIÇÕES PESSOAIS - REQUISITOS PREENCHIDOS PARA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA - TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO - DESPESAS PROCESSUAIS - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. - Para a concessão da aposentadoria por invalidez/ auxílio-doença, mister se faz preencher os seguintes requisitos: satisfação da carência, manutenção da qualidade de segurado e existência de doença incapacitante para o exercício de atividade laborativa. - **Laudo pericial atesta existir incapacidade laborativa de forma parcial e permanente.** - Início da incapacidade remonta ao tempo

²⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Apelação/Remessa Necessária n.º 2180929/SP0008706-43.2015.4.03.6105, Relator STEFANINI, Luiz, Publicado no e-DJF3 em 08 março 2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201561050087063&data=2017-03-08>> Acesso em: 15 mar. 2017.

em que a parte autora detinha a qualidade de segurada. - Carência satisfeita uma vez que a parte autora demonstra tempo de serviço suficiente ao preenchimento das 12 contribuições necessárias. - **O critério de avaliação da incapacidade não é absoluto; a invalidez deve ser aquilatada ante as constatações do perito judicial e as peculiaridades do trabalhador, sua formação profissional e grau de instrução. Considerando-se as condições pessoais da autora, ou seja, a idade bem como a enfermidade de que é portadora, a baixa qualificação profissional, que inviabilizam o seu retorno ao acirrado mercado de trabalho, conclui-se, pelas circunstâncias de fato especiais deste caso, que a mesma faz jus à aposentadoria por invalidez.** - Termo inicial do benefício mantido na data do início da incapacidade considerando-se a existência de requerimento administrativo e o disposto no laudo médico pericial. - Quanto às despesas processuais, delas está isento o INSS tendo em vista que a autora é beneficiária da justiça gratuita. - Apelação do INSS parcialmente provida. - Sentença parcialmente reformada. (AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2210169 / SP 0041264-89.2016.4.03.9999 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS Órgão Julgador OITAVA TURMA Data do Julgamento 20/02/2017 Data da Publicação/Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2017)²¹. **(Grifos do original)**

Em termos práticos, a defesa da invalidez social no Brasil é feita em sua grande parte por Defensores Públicos Federais. Estes podem e devem se utilizar de jurisprudência em suas peças e manifestações jurídicas visando estabelecer padrões de respeito e garantia de direitos humanos, particularmente nos casos de invalidez social.

4. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

A Defensoria Pública da União é instituição que não apenas propicia o acesso à Justiça e à dignidade humana, mas possui como missão suprema a valorização da pessoa. Aluísio Iunes Ré assevera que:

A pessoa ostenta uma individualidade única, produto de sua própria existência, seus sentimentos, sua história, sua família,

²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **Apelação Cível nº 2210169/SP0041264-89.2016.4.03.9999**, Relator DANTAS, David, Publicado no e-DJF3 em 08 março 2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201603990412641&data=2017-03-08>> Acesso em: 15 março 2017.

suas angústias, seus medos e suas expectativas. Ela é digna de um tratamento não degradante, humilhante ou constrangedor, mas tolerante e adequado às suas condições e riscos conscientemente assumidos. Digna de cuidado e assistência. Porém, antes de tudo e de qualquer ação ou serviço, ela precisa ser muito bem entendida e compreendida²².

Referida Instituição, permanente e essencial ao acesso à Justiça possui a incumbência constitucional de promover os “(...) 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.”, conforme se extrai do art. 134 da Carta Magna²³.

Esta incumbência encaixa-se perfeitamente na promoção da defesa do inválido. O reconhecimento da invalidez por meio da prestação do benefício se perfaz como um direito social, o qual possibilita melhores condições de vida ao assistido, direito que tende a igualizar uma situação peculiar pela qual o inválido social passa. O Defensor no exercício de suas atribuições assiste juridicamente a pessoa vulnerável a alcançar seu direito fundamental que se revela no recebimento do benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez.

Assim, percebe-se a relevância das atividades dos Defensores Públicos Federais na defesa da pessoa inválida. Inúmeros são os pedidos de aposentadoria por invalidez que chegam diariamente nos núcleos das defensorias pelo país, e em muitos dos quais se detecta a invalidez social. O Estado tem a responsabilidade de proteção da pessoa, tarefa que deve ser lembrada pela Defensoria Pública aos magistrados, julgadores e outras entidades estatais, para que estes sempre ajam à luz dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As características subjetivas da pessoa devem ser levadas em consideração para concessão da aposentadoria por invalidez. O Estado é garantidor dos direitos sociais, os quais exigem

²² RÉ, A. I. M. R. **Manual do Defensor Público**, 2014, p.38.

²³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13 março 2017.

um fazer, uma ação positiva. É preciso muita sensibilidade para valoração do direito violado ou ameaçado. Assim, o direito à prestação previdenciária deve ser interpretado pelo magistrado no caso concreto com base no princípio da dignidade humana, o que significa analisar as particularidades sociais, econômicas e culturais em que o segurado se encontra.

Especialmente no caso da invalidez, quem mais necessita do Estado e da Justiça para proteção dos seus direitos é a população socialmente oprimida. A Defensoria Pública é o principal elo entre a parcela vulnerável da sociedade e o Estado. Para auxiliar a Instituição a cumprir com seu compromisso constitucional de promover os direitos humanos, há uma sólida base jurisprudencial alicerçando a invalidez social. Deve-se lembrar que a defesa da pessoa é a finalidade última do Estado democrático e missão da Defensoria Pública.

Assim, conclui-se que a invalidez social é fato que não pode ser ignorado. Sua ampla aceitação, apoiada pelo trabalho dos defensores, magistrados e pela jurisprudência garantirá a muitas pessoas uma vida digna e, certamente, será objeto de transformação social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104108/lei-de-beneficios-da-previdencia-social-lei-8213-91>> Acesso em: 13 mar.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 190.625 – MS** (2012/0122144-4), Relator MARTINS, Humberto, Publicado no DJe de 18 set 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201221444&dt_publicacao=18/09/2012> Acesso

em: 15 março 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.055.886 - PB** (2008/0103203-0), Relator MAIA FILHO, Napoleão Nunes, Publicado no DJe de 09 out 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801032030&dt_publicacao=09/11/2009> Acesso em: 15 março 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, **Apelação Cível nº 0803347-24.2009.4.02.5101**, Relator RORIZ, Liliane, Publicado no DJ em 10 ago 2011. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pdbi?PRO=200951018033478&TOPERA=1>> Acesso em: 15 março 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **Apelação Cível nº 2210169/SP0041264-89.2016.4.03.9999**, Relator DANTAS, David, Publicado no e-DJF3 [ualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201603990412641&data=2017-03-08](#)> Acesso em: 15 março 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **Apelação/Remessa Necessária nº 2180929/SP0008706-43.2015.4.03.6105**, Relator STEFANINI, Luiz, Publicado no e-DJF3 em 08 março 2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/ualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201561050087063&data=2017-03-08>> Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula 47**. Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=47&PHPSESSID=3b52lgr6ur7a3j20vblnre9hj>> Acesso em: 14 março 2017.

GRAU, E. R. **Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINEZ, W. N. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5.ed., São Paulo: LTr, 2011.

NASCIMENTO, S. **Interpretação do Direito Previdenciário**. 1.ed., São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007.

OLEA, M. A.; PLAZA, J. L. T. *Instituciones de seguridad social*. In: SANTOS, Marisa F. dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEIRÓZ JÚNIOR, H. **Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2006.

RÉ, Aluísio I. M. R. **Manual do Defensor Público**. 2.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

RUSSOMANO, M. V. **Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SANTOS, M. F. dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TUCCI, J. R. C. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

OS REFLEXOS DA AMPLIAÇÃO
CONCEITUAL DE DEFICIÊNCIA NOS
BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E
ASSISTENCIAIS

Junior Leite Amaral

*THE REFLECTS OF THE CONCEITUAL ENLARGEMENT
OF DEFICIENT IN THE SOCIAL SECURITY AND
ASSISTANCE BENEFITS*

OS REFLEXOS DA AMPLIAÇÃO CONCEITUAL DE DEFICIÊNCIA NOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E ASSISTENCIAIS

THE REFLECTS OF THE CONCEITUAL ENLARGEMENT OF DEFICIENT IN THE SOCIAL SECURITY AND ASSISTANCE BENEFITS.

*Junior Leite Amaral
Defensor Público Federal em Pelotas.*

Especialista em Processo Civil pela Universidade de Caxias do Sul.

Rio Grande do Sul, Brasil.

junior.amaral@dpu.gov.br

RESUMO

Este artigo objetiva analisar as alterações, bem como as implicações decorrentes da adoção, pelo Estado Brasileiro, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada formal e materialmente ao ordenamento constitucional, observando a ritualística estabelecida no §3º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. Para tanto, a abordagem ao tema dar-se-á sob o viés histórico, dialético e comparativo, sem prejuízo de pontuar e defender que o conceito de pessoa com deficiência deve desatrelar-se da concepção atinente a incapacidade revelada basicamente sob o aspecto físico/clínico, que para fração do entendimento judicial hodierno é aferível somente por profissional com formação em Medicina. Ao cabo, em razão dos reflexos decorrentes da ampliação semântica do conceito de deficiência, será proposta uma nova abordagem da incapacidade.

Palavras-chave: Conceito. Deficiente. Incapacidade. Reflexos.

ABSTRACT

This article aims to analyze the alterations, like the going implications of the adoption for the Brazilian State, of Convention about the Deficient Human Due, incorporated formal and material to the constitutional orderly, observing the ritualistic established in §3º, of the article 5, from the Federal Constitution of 1988. So that, the approach to the theme will be given under historical bias, dialect and comparative, without impairment of punctuate and defends what the concept of Deficient person should uncoupling of the regard conception of inability basically revealed under physio / clinical aspect of the hordienal judicial understanding fraction is gaugeable just for a professional with formation in Medicine. At the end, because of the reflections going of the semanticts enlargement of the concept of deficient, will be propose a new inability accost.

Keywords: Concept. Deficient. Inability. Reflections.

Data de submissão: 07/01/2016

Data de aceitação: 22/08/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. A CONSTRUÇÃO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA 2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA 3. CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA SEGUNDO A CONVENÇÃO DA ONU E AS IMPLICAÇÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 4. OS REFLEXOS DA AMPLIAÇÃO CONCEITUAL DE DEFICIÊNCIA NOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E ASSISTENCIAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O estudo sobre a deficiência na atualidade, ao contrário do que se pode cogitar, não é um tema já esgotado ou sem maior relevância na seara jurídica. A importância do tema decorre, dentre outros motivos, do grande contingente de pessoas que possuem alguma deficiência, ao que a compreensão do profissional jurídico neste aspecto tende a permitir uma melhor instrução, resguardo e tutela das garantias estabelecidas a este segmento social, por longos períodos da história discriminados e que atualmente são considerados a maior minoria do mundo¹, segundo a Organização das Nações Unidas (ONU). Neste aspecto, salutar são os dados mundiais divulgados pela ONU², em passado recente, indicando que cerca de dez por cento da população mundial, aproximadamente 650 milhões de pessoas, vivem com uma deficiência. A apuração nacional, não difere muito da constatação mundial, já que segundo levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em parceria com o Ministério da Saúde, cerca de 6,2% da população brasileira tem algum tipo de deficiência.

A evolução da ciência médica não significa(rá) o decréscimo do número de deficientes, até pelo fato de que a origem de algum impedimento não está atrelado a aspectos congênitos, hereditários, mas também e, inclusive, advém da própria relação entre as pessoas e dos percalços decorrentes destas. Ao tempo que o convívio em sociedade permite ajustes e colaborações recíprocas em prol de um mundo melhor, inevitavelmente o agrupamento gera infortúnios indesejados a resultar na ocorrência de alguma deficiência a alguém, como exemplo pode-se citar os acidentes de qualquer natureza, os atos de violência de toda espécie, a submissão a agentes nocivos na atividade laboral, o efeito colateral de um tratamento médico, as sequelas geradas por doenças, entre muitas outras. Assentado o motivo do estudo, a presente exposição almeja analisar, sem esgotar o tema, registre-se, as consequências advindas com a absorção do conceito de deficiência na ordem jurídica constitucional, sob o status formal e material, instigando o debate sobre a necessidade de reavaliação da forma como a constatação da deficiência é realizada no âmbito administrativo e judicial, quando da análise de um benefício previdenciário ou assistencial. Para tanto, far-se-á uma análise histórica das proteções conferidas às pessoas com deficiência e, na sequência, a mutação conceitual de deficiência, conquanto a supressão destas etapas não

¹ A ONU e as pessoas com deficiência. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-com-deficiencia/>> Acesso em: 01 de jul. 2016.

² INSTITUTO 6,2% da população têm algum tipo de deficiência. Disponível: <http://www.ebc.com.br/noticias/2015/08/ibge-62-da-populacao-tem-algum-tipo-de-deficiencia> Acesso em: 01 de jul. 2016.

permitiria ao leitor o entendimento da extensão do debate proposto que, por fim, visa buscar, o aperfeiçoamento do método para aferir a deficiência e o grau de sua intensidade.

1. A CONSTRUÇÃO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

No percurso da história da humanidade foram outorgados inúmeros tratamentos às pessoas com deficiência, e neste aspecto, quatro foram os estágios de evolução, ou melhor, de construção³ dos direitos das pessoas com deficiência, consoante Flávia Piovesan⁴,

Com efeito, a história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência demarca quatro fases: a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que a deficiência simbolizava impureza, pecado ou mesmo castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma “doença a ser curada”, sendo o foco centrado do indivíduo “portador da enfermidade; e d) finalmente uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere (...)

A partir das fases retrocitadas, conjugada com a adoção de medidas internacionais voltadas à proteção do indivíduo em si considerado, este inserido num processo denominado especificação do sujeito de direitos, que para Noberto Bobbio⁵ “o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc”, promoveu-se a tutela dos deficientes. A premissa alhures construída (proteção indivíduo em si) não é fundada no método dedutivo, mas sim, decorre de uma constatação histórica a partir das convenções internacionais editadas pela Organização das Nações Unidas desde o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

³ A adoção do vernáculo construção em substituição à palavra evolução decorre pelo fato de que os estágios históricos citados no texto não podem ser considerados, em especial entre a primeira e a terceira etapa, como evolutivos.

⁴ PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. Saraiva: São Paulo, 2009, pg. 303.

⁵ BOBBIO, N. A era dos Direitos, 1992. *In*: PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 300.

Como de sabença geral, o motivo indutor a construção de uma proteção internacional aos Direitos Humanos foram as atrocidades cometidas ao longo da Segunda Guerra Mundial, instante histórico em que existiu a segregação, o extermínio e inúmeros outros atentados a pessoas ou a grupos determinados de indivíduos que não se enquadravam no perfil eleito como adequado pelos opressores. Nesse sentido, Flávia Piovesan⁶ acentua,

O 'Direito Internacional dos Direitos Humanos' surge, assim, em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial, e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderia ser prevenida, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.

Nasce, portanto, da Segunda Guerra Mundial a necessidade de proteção internacional dos direitos humanos, e como primeira exteriorização internacional do consenso sobre a necessidade de ampliação de garantias para além da jurisdição doméstica de Estados soberanos, em 1948, edita-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em consequência deste movimento, inúmeras outras convenções internacionais foram acordadas, tendo como norte a proteção do indivíduo em si e por seus critérios de diferenciação, estes fundados no sexo, idade, condição física, tudo para garantir um tratamento especializado. Como exemplos, desta nova fase de guarida, são as Convenções sobre os Direitos do Deficiente Mental, Convenção 159/83 da OIT, sobre os Direitos da Criança, de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, entre outras.

Insera-se, portanto, neste fluxo internacional de resguardo a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Em 25 de agosto de 2009, quando da promulgação do Decreto nº 6.949/2009, eclodiu-se uma nova era no direito constitucional interno sobre a proteção das pessoas com deficiência. A promulgação do referido decreto, observando a ritualística procedimental legislativa estabelecida no §3º, do artigo 5º, da Magna Carta, consistiu num passo importante para ampliar a salvaguarda da proteção ao exercício pleno e efetivo de todos os direitos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência.

⁶ PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 04.

O *status* constitucional do Decreto, tanto no sentido formal, quanto material, foi a primeira manifestação político-legislativa brasileira, após a Emenda Constitucional 45/04, no sentido de estabelecer força normativa constitucional a Tratado Internacional sobre Direitos Humanos. Com relevo, a incorporação da Convenção internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na ordem jurídica constitucional brasileira, tal como delineado na *ratio decidendi* pelo Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento do RE 349.703/RS, constitui referência ao restrito⁷ bloco de constitucionalidade brasileiro.

A incorporação constitucional dos conceitos e regramentos da Convenção importam sérias consequências à legislação infraconstitucional interna, em especial em relação àquelas contrárias aos preceitos versados no documento internacional. Nessa toada, a superveniência de norma constitucional em contradição a direito ordinário infraconstitucional importa na “derrogação do direito anterior com ela incompatível⁸”.

Tendo como norte os reflexos decorrentes da superveniência de norma constitucional contraposta a direito infraconstitucional anterior àquela, quando promulgado o Decreto 6.949/2009, o conceito de deficiência preconizado pelo direito infraconstitucional restou derogado, assunto que será amplamente abordado no próximo tópico.

3. CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA SEGUNDO A CONVENÇÃO DA ONU E AS IMPLICAÇÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A construção do conceito de deficiência no campo do direito interno, sem sombra de dúvidas, sofreu influência da área da saúde, porquanto até o ano de 2001, conforme Classificação Internacional de Deficiências incapacidades e desvantagens, publicada em 1976, a deficiência era tida como⁹:

⁷ O vernáculo a que se refere esta nota foi inserido propositalmente pelo autor, eis que a partir da decisão do STF acerca dos status das normas de direito internacional quando da sua incorporação ao direito interno restou estabelecido um retrocesso no que tange a amplitude do bloco de constitucionalidade brasileiro. Ora, enquanto grande segmento da doutrina especializada acerca do tema, como, por exemplo, Flávia Piovesan, defendia que o bloco de constitucionalidade brasileiro fosse considerado amplo, com fundamento na cláusula de abertura do artigo 5º, §2º da Constituição, prevaleceu no STF o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, ao estabelecer equivalência constitucional, supralegal ou de lei ordinária, a depender do tema e do rito procedimental legislativo adotado pelo Poder Legiferante.

⁸ MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., Saraiva: São Paulo, 2011, p. 1075.

⁹ ALMIRALIAN, M. L. T. *et. al.* Conceituando Deficiência. *In*: MATHEUS, N. de M.; SCHLIEMANN, A. L. **A construção do conceito de deficiência na área da saúde**. Disponível em: http://www4.pucsp.br/pac/downloads/artigo_construcao_conceito.pdf. Acesso em: 12 nov. 2015.

perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária ou permanente. Incluem-se nessas a ocorrência de uma anomalia, defeito ou perda de um membro, órgão, tecido ou qualquer outra estrutura do corpo, inclusive das funções mentais. Representa a exteriorização de um estado patológico, refletindo um distúrbio orgânico, uma perturbação no órgão.

O aspecto clínico da deficiência era tão preponderante na sociedade como um todo, que a redação original da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/93) estabelecia a pessoa com deficiência como incapaz:

Art. 20. [...]

§2º Para efeitos de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

As críticas, na área da saúde, quanto no campo do direito, caminhavam no mesmo sentido, posto que a deficiência não deveria se resumir estritamente ao aspecto físico, vejamos:

[...] não são apenas uma consequência das condições de saúde/doença, mas são determinadas também pelo contexto do meio ambiente físico e social, pelas diferentes culturais e atitudes em relação à deficiência, pela disponibilidade de serviços e de legislação.¹⁰ [...] Fez muito mal, pois definiu pessoa com deficiência, para efeito deste benefício, como aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho (art. 20, §2º). Tal definição choca-se, frontalmente, com todo o movimento mundial pela inclusão da pessoa com deficiência. Num momento em que se procura ressaltar os potenciais e as capacidades da pessoa com deficiência, por esta lei, ela deve demonstrar exatamente o contrário. [...] Muitos pais acabam impedindo seus filhos com deficiência de estudar e de se qualificar, justamente para não perderem o direito a esse salário mínimo.¹¹

Não é por menos que a adoção pelo Estado Brasileiro, ainda que tardia, da conceituação de deficiência estabelecida pela Convenção da ONU foi festejada pela doutrina, motivo propulsor, registre-se, da impetração pelo Procurador Geral da República da ADPF nº

¹⁰ FARIAS, N. & BUCHALLA, C. M. A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde da Organização Mundial da Saúde: Conceitos, Usos e Perspectivas. In: ALMIRALIAN, M. L. T. *et. al.* **Conceituando Deficiência**. In: MATHEUS, N. de M.; SCHLIEMANN, A. L. **A construção do conceito de deficiência na área da saúde**. Disponível em: http://www4.pucsp.br/pac/downloads/artigo_construcao_conceito.pdf. Acesso em: 12 nov. 2015.

¹¹ FÁVERO, E. A. G. Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade. In: TSUTSUI, P. F. **O novo conceito de pessoa com deficiência**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47458&seo=1>. Acesso em: 15 nov. 2015.

182¹², perante o Supremo Tribunal Federal, isto para que fosse reconhecido derogado o conceito de deficiência alicerçado no artigo 20, §2º, da Lei 8.743/93.

Com destaque, segundo preâmbulo do documento internacional, a deficiência é um conceito em evolução ao que impõe, por conta das diversas formas de deficiência, tratamento especializado às pessoas com deficiência, observando o grau de necessidade de cada um, nos termos das alíneas “e” e “j”:

Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, **reconhecendo** ainda a diversidade das pessoas com deficiência,

A partir dos preâmbulos retrocitados, tem-se que a definição de pessoa com deficiência não poderia ser diversa da que estampada no artigo 1º, da Convenção,

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Além de superar fatores meramente biológicos, a conceituação prioriza uma dimensão social, posto que “deverão ser consideradas a sociedade e a cultura em que a pessoa está inserida.¹³”. Segundo Ricardo Tadeu Marques da Fonseca¹⁴:

O conceito de pessoa com deficiência adotado pela Convenção supera as legislações tradicionais que normalmente enfocavam o aspecto clínico da deficiência. As limitações físicas, mentais, intelectuais ou

¹² A arguição de descumprimento de preceito fundamental, segundo tramitação processual ofertada em consulta pública no site do STF, está concluída com o Relator desde o ano de 2009, ainda pendente de apreciação, mas sem sombra de dúvidas, por conta das alterações supervenientes da legislação ordinária, perdeu efeito a ação.

¹³ ARAUJO, E. A. B. S.; FERRAZ, F. B. **O conceito de pessoa com deficiência e seu impacto nas ações afirmativas no mercado de trabalho**. Trabalho apresentado no XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2010. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/541/1/2010_eve_fbferraz.pdf. Acesso em: 12 nov. 2015.

¹⁴ FONSECA, R. T. M. **A ONU e o seu Conceito Revolucionário de Pessoa com Deficiência**. Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/smaccis/default.php?reg=4&p_secao=96. Acesso em: 12 nov. 2015.

sensoriais passam a ser consideradas atributos das pessoas, atributos esses que podem ou não gerar restrições para o exercício dos direitos, dependendo das barreiras sociais ou culturais que se imponham aos cidadãos com tais limitações, o que possibilita afirmar-se que a deficiência é a combinação de limitações pessoais com impedimentos culturais, econômicos e sociais. Desloca-se a questão do âmbito do indivíduo com deficiência para as sociedades que passam a assumir a deficiência como problema de todos.

No âmbito da legislação infraconstitucional, em 2011, ocorreram duas mudanças no conceito de pessoa com deficiência, a primeira em julho daquele ano em decorrência da Lei 12.435 e, a segunda, em agosto, ou seja, menos de um mês após a primeira alteração. No primeiro enunciado legal o legislador ordinário muito se aproximou do conceito constitucional, olvidando de descrever o impedimento de natureza mental e, por fim, a locução “em igualdade de condições”. Superados os vícios, desde 2011, vige no regime jurídico brasileiro o conceito de deficiência trazido pela Convenção.

É verdade que, por conta da *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias, somente no ano de 2016, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) terá vigência e, com isto, restará, novamente, em menos de 5 (cinco) anos, alterado o conceito de pessoa com deficiência. Semântica e juridicamente a alteração promovida não trará implicações negativas a proteção das pessoas com deficiência, porém sob o ponto positivo, o raciocínio não é o mesmo. Para melhor compreensão, pedimos vênias para transcrever o disposto no artigo 105, da Lei 13.146/2015:

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Da nova redação atribuída ao conceito de deficiência constata-se a opção por tornar dispensável a multiplicidade de impedimentos e de barreiras à caracterização. Por conseguinte, ainda que sensível a alteração conceitual, tem-se que tal constituiu uma reafirmação à proteção dos direitos das pessoas com deficiência, sem qualquer ocorrência de vício de inconstitucionalidade, bem como não houve qualquer retrocesso à proteção das pessoas com deficiência, como encadeamento do princípio da vedação ao retrocesso social contido no artigo 4º, da Convenção da ONU. Aliás, a alteração, em verdade, objetiva descomplexificar o reconhecimento da condição de deficiente, conquanto um

único impedimento em interação com uma barreira já é suficiente, por reflexo, a proteção assistencial.

4. OS REFLEXOS DA AMPLIAÇÃO CONCEITUAL DE DEFICIÊNCIA NOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E ASSISTENCIAIS

Indiscutível é a repercussão positiva decorrente da ampliação conceitual de deficiência nos direitos sociais, em especial os da seguridade social. Propositivamente, alocou-se a seguridade social em destaque, porquanto uma vez reconhecida que a deficiência não se cinge a critérios biológicos, mas sim, também e, inclusive, a outros impedimentos como os de natureza mental, sensorial, intelectual, que em interação com qualquer entrave/barreira limita a plena participação social da pessoa, tal aspecto resultará na adoção de proteção especializada na proteção do direito à saúde, além do direito à previdência e/ou seguridade social dos deficientes.

Por tal aspecto, sem desconhecer a existência de entendimento advogando sentido inverso¹⁵, tem-se que a alteração conceitual promovida pela acolhida na ordem jurídica interna da Convenção da ONU sobre direito das pessoas com deficiência não poderá, nem muito menos este é o mote do Protocolo Internacional, promover a exclusão de quem era/foi considerado deficiente, nos moldes do aspecto biológico/fisiológico.

Com relevo, ao estabelecer no preâmbulo da Convenção que toda pessoa faz jus a todos os direitos e liberdades, sem distinção de qualquer espécie, bem como a necessidade de se

¹⁵ Segundo Maurício Maia em **Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso**, não é difícil imaginar a situação em que alguém, por conta do conceito preconizado pela Convenção da ONU, promulgada pelo Decreto 6.949/2009, deixe de ser considerado pessoa com deficiência, notadamente quando a constatação a tal impedimento decorreu exclusivamente sob o aspecto de uma situação fisiológica e médica. Mais além, o mesmo articulista defende que não haveria retrocesso social ao excluir àqueles do âmbito de proteção da assistência social quando apurado que o impedimento fisiológico não obstrua plenamente a participação social. De nossa parte, é certo que apuração do impedimento não se circunscreve, atualmente, ao aspecto médico, mas sim o social, ao que existindo um entrave/barreira, seja urbanístico, arquitetônico, nos transportes, nas comunicações e na informação, atitudinais, tecnológicos, entre outros, não haverá igualdade de condições para permitir a participação plena e efetiva em sociedade do deficiente. Na sociedade brasileira, apesar da existência de inúmeras normas garantindo a acessibilidade a espaços públicos, repartições públicas, é comum, por incrível que parece, a inadequação destes àqueles com algum impedimento. Com destaque, sequer rapas de acesso às calçadas estão dispostas à plena disposição, o que se dirá então, o acesso à transportes, às comunicações, às informações. Por tudo isso, enquanto não houver a correção do meio social, com a efetivação de todos instrumentos aptos a franquear a possibilidade de participação independente em sociedade, pode-se concluir que não haverá igualdade de condições entre os deficientes e os que não o são.

garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente sem discriminação, restou subentendido que não é prescindível a busca pela igualdade material. E para se alcançar a igualdade sob o aspecto material, consoante lição da doutrinadora paulista Flávia Piovesan, se faz necessária a implementação de políticas afirmativas combinadas com incentivos ao fim da discriminação. Para ela¹⁶:

[...] a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade. [...] Nesse sentido, como poderoso instrumento social, situam-se as ações afirmativas. Essas ações constituem medidas especiais e temporais que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, dentre outros grupos.

Assim, a utilização de ações afirmativas tem o escopo de fortalecer a busca constitucional pela igualdade material, isto para refutar discriminações históricas e para que a todos sejam dadas as mesmas possibilidades – isto além do viés formal.

No campo do direito previdenciário e assistencial, o reconhecimento da existência do impedimento, desde que atendidos outros requisitos de elegibilidade estabelecidos nas legislações pertinentes, que não serão objeto de estudo deste trabalho para evitar a fuga ao tema proposto para análise, poderá implicar no reconhecimento a uma prestação estatal.

Especificamente na seara previdenciária, o conceito importado da Convenção da ONU estabelece a necessidade de apuração da inaptidão laboral do deficiente não lastreada basicamente a critérios fisiológicos/clínicos, mas sob o prisma social, à semelhança do que é estabelecido ao portador do vírus HIV¹⁷. Em verdade, o enunciado sumular n° 77 da TNU, que franqueia a possibilidade do julgador não analisar as condições pessoais e sociais quando não reconhecida a incapacidade laboral para a atividade habitual, no nosso sentir, caminha na contramão dos objetivos descritos pela Convenção da ONU no artigo 1°. Ora, se para ser considerado deficiente é imprescindível a análise social em que inserida aquela pessoa, notadamente com vistas a apurar a existência de uma ou mais barreiras, como então é possível desconsiderar o meio social se apenas por critérios

¹⁶ PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**, 2009, p. 189.

¹⁷ Estabelece o enunciado sumular n° 78 da TNU: “Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença.”

clínicos restou assentado que há aptidão laboral. Não se pretende com este pensamento vincular, como o era feito anteriormente pela legislação, a deficiência à concepção de incapacidade. Todavia, a incapacidade do deficiente decorre além do aspecto físico/clínico, por consequência, o indeferimento de prestação beneficiária ao deficiente calcada na interpretação sufragada pela TNU na súmula supracitada importa em violação a preceito fundamental constitucional, recordando que a Convenção é norma inserida no bloco de constitucionalidade.

Aqui está, portanto, uma meta a ser perseguida por aqueles que advogam em prol dos deficientes na tutela da proteção assistencial ou previdenciária, missão consentânea a função institucional da Defensoria Pública da União, qual seja, a fomentar a discussão sobre a necessidade de revisão, à luz do Decreto 6.949/2009 e da Lei 13.146/2015, da prática adotada na fase instrutória para apuração da inaptidão ou impedimento de longo prazo. Como defendido ao longo deste trabalho a análise das condições sociais ao encargo de profissional especializado ou, até mesmo, de equipe multidisciplinar, esta formada por médicos, psicólogos, assistentes sociais e outros profissionais da saúde, merece análoga relevância, no julgamento da (in)existência de um impedimento a justificar a salvaguarda estatal. Sem desconhecer a recente inclinação jurisprudencial nesse sentido, perceptível da leitura da súmula da TNU nº 80¹⁸, análogo pensamento deve ser incorporado à seara previdenciária, onde ainda prevalece o aspecto clínico/físico da inaptidão.

No âmbito legislativo já se vislumbra uma inclinação para acolhimento da tese acima exposta, neste particular destaca-se o Estatuto da Deficiência, editado com base na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que prevê expressamente a possibilidade da avaliação da deficiência, quando necessário, ser biopsicossocial ao encargo de equipe multiprofissional e interdisciplinar¹⁹. A despeito da crítica quanto ao termo ‘quando necessário’ estabelecido no §1º, do artigo 2º da Lei 13.146/2015, em nosso sentir, a possibilidade de avaliação multiprofissional e interdisciplinar é reflexo da incorporação constitucional do conceito de deficiência.

¹⁸ Nos pedidos de benefício de prestação continuada (LOAS), tendo em vista o advento da Lei 12.470/11, para adequada valoração dos fatores ambientais, sociais, econômicos e pessoais que impactam na participação da pessoa com deficiência na sociedade, é necessária a realização de avaliação social por assistente social ou outras providências aptas a revelar a efetiva condição vivida no meio social pelo requerente.

¹⁹ Sobre o tema vide §1º, do artigo 2º, da Lei 13.146/2015: § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação.

Diante disso, como efeito da Convenção sobre a legislação interna, o julgador não pode se furtrar de examinar o aspecto social em sentido lato, quando do julgamento de causa previdenciária e assistencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização do conceito de deficiência importa na impossibilidade de abolição dos direitos e garantias individuais estabelecidas a este segmento, assim como traz consequências na interpretação das normas infraconstitucionais editadas anterior ou supervenientemente à Convenção sobre Direitos das Pessoas com deficiência, tanto em relação ao direito à saúde, como à previdência e à assistência social. A primeira consequência da importação constitucional do conceito é a derrogação da lei infraconstitucional incompatível e o reconhecimento da inconstitucionalidade da legislação conflitante editada posteriormente.

No plano do direito previdenciário e assistencial, a constitucionalização extirpou qualquer inclinação no sentido de atrelar a deficiência à incapacidade. Destacando-se, inclusive, que a incapacidade social do deficiente, concomitante ou alternativamente à inaptidão clínica/física, constitui justa causa ao deferimento de proteção pelo Estado. Nesta medida, as condições pessoais do deficiente, bem como o contexto social em que ele está inserido, adquirem contornos típicos de requisitos de elegibilidade não expressos, nitidamente de suporte constitucional, que devem ser interpretados de modo favorável ao portador de algum impedimento. Diante disso, é inaceitável, quer administrativa, quando judicialmente, a análise solitária e não conjugada do impedimento de longo prazo e das barreiras, especialmente às de contorno social.

Assim, qualquer interpretação ou enunciado legal que constitua óbice a análise do meio social em que inserido o indivíduo e a existência de barreiras a ponto de acarretar sua inaptidão para atividade habitual, configura violação à Constituição Federal. Portanto, a prova social, ao encargo de equipe multidisciplinar e interdisciplinar, deve, no entender do articulista, ser reclamada preponderantemente à prova técnica realizada basicamente sob o aspecto clínico/físico, porquanto a primeira melhor retratará a existência de barreiras sociais, atitudinais, arquitetônicas, tecnológicas e outras que inviabilizam a plena e efetiva participação do deficiente na sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, E. A. B. S.; FERRAZ, F. B. **O conceito de pessoa com deficiência e seu impacto nas ações afirmativas no mercado de trabalho.** Trabalho apresentado no XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2010. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/541/1/2010_eve_fbferraz.pdf. Acesso em: 12 nov. 2015.

ALMIRALIAN, M. L. T. *et. al.* Conceituando Deficiência. *In:* MATHEUS, Natália de Mesquita; SCHLIEMANN, A. L. **A construção do conceito de deficiência na área da saúde.** Disponível em: http://www4.pucsp.br/pac/downloads/artigo_construcao_conceito.pdf. Acesso em: 12 nov. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF.

_____. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF.

_____. Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF.

FARIAS, N. & BUCHALLA, C. M. A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde da Organização Mundial da Saúde: Conceitos, Usos e Perspectivas. *In:* ALMIRALIAN, M. L. T. *et. al.* **Conceituando Deficiência.** *In:* MATHEUS, N. de M.; SCHLIEMANN, A. L. A construção do conceito de deficiência na área da saúde. Disponível em: http://www4.pucsp.br/pac/downloads/artigo_construcao_conceito.pdf. Acesso em: 12 nov. 2015.

FÁVERO, E. A. G. Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade. *In*: TSUTSUI, P. F. **O novo conceito de pessoa com deficiência**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47458&seo=1>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

FONSECA, R. T. M.. **A ONU e o seu Conceito Revolucionário de Pessoa com Deficiência**. Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/smacis/default.php?reg=4&p_secao=96. Acesso em 12 nov. 2015.

MAIA, M. **Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-YWSeJ8O09sJ:www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 12 nov. 2015.

MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2011.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. Saraiva: São Paulo, 2009.

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA JUNTO ÀS
AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA VISANDO
GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA E AOS
DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS
PROVISÓRIOS

Wagneriana Lima Temóteo Camurça

Livia de Carvalho Freitas Alves

Camilla Martins Cavalcanti

*THE DEFENDER'S ACTING WITH CUSTODY HEARIN-
GS AIMING THE ACCESS TO JUSTICE AND HUMAN
RIGHTS TO THE PROVISIONAL ARRESTED*

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA JUNTO ÀS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA VISANDO GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA E AOS DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS PROVISÓRIOS

*THE DEFENDER'S ACTING WITH CUSTODY HEARINGS AIMING THE ACCESS TO JUSTICE
AND HUMAN RIGHTS TO THE PROVISIONAL ARRESTED*

*Wagneriana Lima Temóteo Camurça
Professora Assistente na Universidade de Fortaleza*

*Mestre em Direito Constitucional Público pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR
Ceará, Brasil.*

wagneriana@unifor.br

*Lívia de Carvalho Freitas Alves
Graduanda em Direito na Universidade de Fortaleza*

*Camilla Martins Cavalcanti
Graduanda em Direito na Universidade de Fortaleza*

RESUMO

Objetiva-se neste artigo, através de pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa e com fins descritivos e exploratórios, analisar a atuação da Defensoria Pública diante das audiências de custódia implantadas no Brasil no início de 2015, como forma de se concretizar o direito constitucional do acesso à justiça (este, como uma das expressões dos direitos da pessoa humana) ao preso provisório. Delineia-se, ainda, o processo de implementação da audiência de custódia no Brasil e no Ceará bem como os meios usados para a viabilização desta, com o foco principal no mutirão realizado pelo Poder Judiciário cearense entre fevereiro e março de 2016. Inicialmente, descortinou-se os índices carcerários no sistema prisional brasileiro, atentando para o excesso de presos provisórios no país. Em seguida, abordou-se a noção de acesso à justiça, ao tempo em que se demonstrou o grave congestionamento dos processos criminais em todo o Judiciário e

a sensação de que diante de tais fatos, o preso, especialmente o provisório, não consegue realizar tal direito fundamental. Após, elencou-se o conceito de audiência de custódia, expondo sua regulamentação e implementação no Brasil. Por fim, analisou-se o papel da Defensoria Pública dentro do instituto e como se deu o mutirão de audiência de custódia realizados em fevereiro de 2016 no Ceará. Concluiu-se, que a audiência de custódia é um instrumento válido para o acesso à justiça ao preso provisório, apesar de serem necessárias inúmeras melhorias para a realização de tais audiências.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Audiência de custódia. Preso provisório. Defensoria Pública.

ABSTRACT

The objective of this article based on biographical research of qualitative nature and descriptive and exploratory purposes, is to analyze the performance of the Public Defense before the custody hearings established in Brazil on early 2015 as measure to realize the constitutional right of access to justice (this, as one of the expressions of the rights of the human person) to the interim. Yet, it delineates, the means used to making this possible, with the main focus on the joint effort carried out by the judiciary from Ceará between February and March 2016, and the process of implementation of the custody hearing in the State as well. Initially unveiled If the prison rates in the Brazilian prison system, paying attention to the excessive pre-trial detainees in the country. Then addressed the concept of access to justice, to the time when it was shown the serious congestion of criminal cases throughout the judiciary and the feeling that in the face of such facts, the prisoner, especially temporary, can not perform such fundamental right. After, we have listed the concept of custody hearing, exposing its regulation and implementation in Brazil. Finally, we analyzed the role of the Public Defense within the institute and how the custody hearing of joint effort carried out on February 2016. In conclusion, the custody hearing is a valid instrument for access of justice to the interim prisoner, despite the fact that numerous improvements are needed to perform such audiences.

Keywords: Access to justice. Custody hearing. Stuck provisional. Public defense.

Data de submissão: 20/03/2016

Data de aceitação: 07/12/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. DO ÍNDICES DE PRESOS PROVISÓRIOS NO BRASIL. 2. DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO ESSENCIAL 3. DA IMPLANTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA 4. DO PAPEL DA DEFENSORIA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O Brasil, conforme última pesquisa divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹ ocupa o terceiro lugar no que tange ao quantitativo da população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e da China, contendo no total, 711.463 presos. Nesse mesmo estudo, aponta-se que cerca de 41% dos presos são provisórios, ou seja, ainda não enfrentaram o trânsito em julgado de seus processos, restando ainda, a presunção de que sejam inocentes. Tal situação mostra-se extremamente grave quando se relembra que o ordenamento jurídico brasileiro, em seus preceitos constitucionais, estabelece como norma fundamental, o princípio da presunção de inocência e o postulado de que as cautelares são exceções ao sistema de liberdades, devendo ser, por isso, aplicadas de maneira restrita.

Devido ao encarceramento em massa, entre outros fatores, o cenário do sistema prisional brasileiro é extremamente caótico, vislumbrando-se toda uma afronta ao rol de garantias constitucionais da pessoa presa, previstos tanto no ordenamento jurídico brasileiro, como nos tratados os quais o país comprometeu-se a seguir, destacando-se o Pacto de São José da Costa Rica².

Em que pese a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LIV e seguintes prever o encarceramento cautelar, certo é que esta possibilidade só existe quando do

¹ CNJ. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf> Acesso em: 21 de fev 2016.

² Art. 7º Pacto de São José da Costa Rica: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, **sem demora**, á presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condiciona a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo” (grifo nosso)

binômio necessidade (*periculum libertatis e fumus comissi delicti*) e adequação da medida, ou seja, em questões excepcionais³, mandamento preceituado no artigo 282 do Código de Processo Penal (CPP). Neste, encontra-se a observância aos seguintes subprincípios: a) da necessidade (deve-se observar a real inevitabilidade da cautelar, para garantir a aplicação da lei, a investigação ou instrução criminal e também para evitar a reiteração delitiva, harmonizando-se este princípio ao da presunção de inocência); b) da adequação⁴, que se refere à afirmação de que a medida cautelar imposta está em consonância com seus fins e motivos; c) da proporcionalidade em sentido estrito que obriga a ponderação entre o ônus da cautelar e o bônus alcançado nela, em uma relação de custo-benefício⁵. É diante dessa configuração, que se chega à máxima processual de que a prisão provisória só deve ocorrer em última hipótese e eis o porquê da reforma processual trazida em 2011 (lei 12403) ter melhor regulamentado a questão das prisões cautelares e seus requisitos, bem como ter criado a possibilidade de medidas cautelares diversas da prisão, conforme artigo 319 do CPP.

Embora tenha havido grande reforma processual em 2011 no que tange às prisões cautelares, certo é que o número de prisões preventivas cada vez mais cresce no país e estas ainda continuam a se estender por muito tempo, haja vista que não há, na legislação brasileira, dispositivo que lhes imponha um prazo máximo, em que Lima⁶, em seus cálculos aritméticos, indica que neste mesmo procedimento seria o prazo de 95 dias. Não é cerne deste trabalho explicar como referidos autores chegaram a tais resultados. O certo é que, diante da falta de lei, acaba-se por atribuir critérios diferenciados caso a caso e que na realidade prática, esses prazos muito se diferenciam da teoria, até pelo excesso de processos pendentes no judiciário. Para se ter ideia do problema, com base nos dados do mês de dezembro de 2015 da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará⁷, há cerca de 68.929 (sessenta e oito mil, novecentos e vinte e nove) processos criminais, apenas na capital do estado e sem considerar as cartas precatórias. Ao se dividir esse quantitativo ao respectivo número de Varas Criminais na Comarca de Fortaleza, há uma média de 2700 processos para cada vara. Para piorar ainda mais o cenário já caótico, segundo dados do CNJ, a cidade de Fortaleza possui o “o total de 6.252 (seis mil, duzentos e cinquenta e dois) presos provisórios, gerando a média de 250 (duzentos e

³ Art. 282 do CPP

⁴ LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal**, 2016, p. 614. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547201241/cfi/608>>. Acesso em: 10 maio 2016,

⁵ LIMA, R. B. de. **Manual de Processo Penal**, 2015, p. 815.

⁶ LIMA, R. B. de. **Manual de Processo Penal**, 2015, pp. 957-960

⁷ BRAGA, R. C.; CAMURÇA, W. L. T. (Orientadora). **O excesso de prazo na prisão preventiva**, 2016, p. 28.

cinquenta) presos por vara⁸, o que mostra a impossibilidade de se cumprir qualquer dos prazos que a doutrina determina em tese, especialmente pelo quantitativo de juizes no estado 464 (quatrocentos e sessenta e quatro). O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) demonstra bem essa realidade, indicando que no Ceará, 99% das prisões preventivas ultrapassam o prazo de 90 dias.

A reestruturação em 2011, no Código de Processo Penal, explicitou o que já se escrevia na doutrina e na Jurisprudência, acerca da prisão em flagrante: ninguém poderia ficar preso em flagrante por período indeterminado, sendo obrigatória a decisão pelo juiz, comunicado em até 24 horas da referida prisão, em relaxar a prisão quando esta ilegal, decretar a prisão preventiva quando da existência dos requisitos legais (ou seja, critérios legais, taxativos, trazidos pelos artigos 312 e 313 do CPP e pelo regramento geral do artigo 282 do mesmo diploma, binômio, necessidade e adequação, sendo a prisão preventiva última hipótese) ou, não sendo possível esta, a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança. Revela-se, entretanto, que mesmo com a reforma, não ficou claro qual o prazo que o juiz teria para avaliar a situação do indivíduo flagranteado. Para Marcão⁹, em uma interpretação sistematizada dos artigos 310 e 306, parágrafo 1º do CPP, seria este de 24 horas. A contrario sensu, Lima¹⁰, informa que a interpretação fica da consonância entre o mesmo artigo 310 e o 322, § único, assim sendo, o juiz teria o prazo de 48 horas para decidir.

Mesmo com a reforma em 2011, e em que pese as discussões acerca dos prazos – se 24 ou 48 horas para haver uma decisão acerca do flagrante - o índice de presos provisórios continuou a subir no país. Não se deve olvidar, é bem verdade, que a violência cresceu em larga escala. Mesmo assim, os números de prisões processuais em larga escala demonstravam que algo havia de errado: o excesso de presos provisório no Brasil significa obstrução de acesso à justiça por tais pessoas, pois não se pode admitir em um ordenamento jurídico que preza pela presunção de inocência, que uma pessoa espere *ad eternum* pela decisão definitiva pelo Poder Judiciário acerca de sua culpa, restringindo-se a sua liberdade apenas pelo fato de não ter agenda suficiente para julgá-la o mais rápido possível.

Foi então que se atentou ao mecanismo da audiência de custódia, previsto no Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 7º e assinado pelo Brasil em 1992, em que se aduz a necessidade de encaminhar imediatamente ao juiz a pessoa presa, para que dali já se possa

⁸ BRAGA, R. C.; CAMURÇA, W. L. T. (Orientadora). **O excesso de prazo na prisão preventiva**, 2016, p. 29.

⁹ MARCÃO, R. **Curso de processo penal**, 2016, p. 670. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626300/cfi/694>>. Acesso em: 25 fev. 2016

¹⁰ LIMA, R. B. de. **Manual de Processo Penal**, 2015, p. 625.

tomar ciência da situação desta e para que sejam tomadas as providências cabíveis. Acerca do dispositivo, Lima¹¹, informa que este “nada mais é do que um modo de permitir o contato entre o preso, devidamente assistido por um defensor, o juiz e o Ministério Público”. Entretanto, o mesmo diploma não informa qual o prazo que concretiza o “encaminhamento da pessoa imediatamente ao juízo”. Continua o debate então.

Diante do cenário de necessidade de mudança e para atender tanto ao Pacto de São José da Costa Rica, como os preceitos constitucionais e processuais, o Conselho Nacional de Justiça, em 2015, passou a regulamentar o instituto¹², como meio para combater o encarceramento em massa, bem como assegurar à pessoa do preso o acesso à justiça e a garantia dos direitos humanos. Foram implantadas audiências de custódia primeiramente pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, em 24 de fevereiro de 2015 e logo outros estados da federação seguiram com a ideia, sempre em convênio com o Conselho Nacional de Justiça. No Ceará, iniciaram-se em agosto de 2015 (e posteriormente regulamentado pela Resolução 14 do Órgão Especial do TJCE), e em fevereiro de 2016, em face da grande demanda de flagrantes que se encontravam aguardando a realização de tais audiências, o Tribunal de Justiça, em parceria com a Defensoria Pública do Estado do Ceará e do Ministério Público, vem realizando mutirão de audiência de custódias, tudo visando assegurar o acesso à justiça e direitos humanos básicos de tais presos.

1. DO ÍNDICE DE PRESOS PROVISÓRIOS NO BRASIL

Como já foi esclarecido, o Conselho Nacional de Justiça, em sua última contabilidade acerca do sistema prisional brasileiro (2014), verificou que a população carcerária brasileira ultrapassou o montante de 711.000 presos – desse número, cerca de 40% é provisório-figurando como a terceira maior do mundo, de acordo com dados apresentados pelo

¹¹ LIMA, R. B. de. **Manual de Processo Penal**, 2015, p. 927.

¹² Em 06/02/2015, o Ministro Ricardo Lewandowski lança o Projeto das Audiências de Custódia na abertura do Ano Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entrando em vigor o projeto em 24 de fevereiro do mesmo ano. Nesse dia, 25 audiências foram realizadas, ocorrendo 17 concessões de liberdade provisória. Notícia: CNJ. **Mapa da Implantação das Audiências de Custódia no Brasil**. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>> Acesso em: 20 mar. 2016.

Centro Internacional de Estudos Prisionais (ICPS), do *King's College*, em Londres ¹³. Nesse estudo, observa-se que, se compararmos com o número absoluto de pessoas em cada um dos países apresentados, o Brasil prende proporcionalmente mais que a própria China. Percebe-se também que há uma séria contradição principiológica. Explicando: nos Estados Unidos, pode-se compreender a quantidade de encarcerados, não somente pela quantidade de sua população, mas especialmente pelo próprio sistema penal que privilegia a **lei e a ordem**, no sentido, inclusive de um Direito Penal máximo, punivista. Já na China, pela própria situação política em que se insere, um regime ditatorial, marcado pelo rigorismo na aplicação da lei penal. No Brasil, a contradição subiste exatamente porque, pelo menos no papel, se vive em um Estado que apregoa a proteção aos direitos individuais e por diversas garantias processuais, dentre elas, a de que ninguém ficará preso antes de uma condenação definitiva. Sabe-se que a posição ocupada pelo Brasil se dá devido ao elevado crescimento da população prisional. Enquanto que nos Estados Unidos, na China e na Rússia a taxa de crescimento populacional vem reduzindo, no Brasil esta taxa vem se elevando no montante de 7% ao ano.

Por meio do levantamento realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), com base em dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)¹⁴, em 2014, entre os principais fatores responsáveis pela superlotação do sistema prisional brasileiro, percebe-se que um dos mais graves é o exorbitante número de presos provisórios (presos que estão aguardando julgamento). O elevado número de presos provisórios nas penitenciárias brasileiras, fez com que a população carcerária do país aumentasse em 400%, conforme dados do DEPEN¹⁵.

A prisão provisória, como já explicitado anteriormente, 282 do Código de Processo Penal, serve para aplicação da lei penal, para investigação ou a instrução criminal, para evitar a prática de infrações penais e nos casos permitidos em lei (artigo 312 do CPP, na prisão preventiva), para a garantia da ordem pública. É acerca desta que o coordenador do

¹³ ICPS Centro Internacional de Estudos Prisionais. **World Prison Population List**. Disponível em <http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition.pdf> Acesso em: 18 mar 2016.

¹⁴ IPEA/DEPEN. **Relatório de aplicação de penas e medidas alternativas**. 2014 Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

¹⁵ IPEA/DEPEN. **Relatório de aplicação de penas e medidas alternativas**. 2014 Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016

Núcleo da Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Cacicedo¹⁶ critica, pois é sob este argumento que “se prende mais, porque ninguém sabe o que é ‘ordem pública’. É um termo vago. Quando não se tem um motivo concreto –e quase nunca tem–, ela faz valer a grande maioria das prisões preventivas”. E isso se torna mais grave quando tais encarceramentos se tornam sem tempo indefinido.

As penitenciárias brasileiras são conhecidas mundialmente pela tortura, pelos maus tratos e pela desumanização da pessoa do preso, ou seja, pela violação dos direitos humanos, sendo alvo de duras críticas dos tribunais internacionais. Em 2014, o Grupo de Trabalho da ONU sobre Prisão Arbitrária apresentou um relatório acerca da caótica superlotação, da deficiência do acesso à justiça e do encarceramento, este último utilizado como uma regra, não como exceção, mesmo em casos de delitos leves e sem violência¹⁷. Segundo Almir de Oliveira Júnior, da Diretoria de Estudos sobre Estado, Instituições e Democracia do IPEA, há claro “abuso da conversão da prisão em flagrante para prisão provisória, em casos que são de pouca gravidade, como pequenos furtos”. O que deveria ser exceção é regra há muito tempo no país.¹⁸

Com o despropósito de prisões cautelares, em um país que não tem vagas sequer para suprir e atender seus presos definitivos, influencia-se o aumento dos índices de criminalidade, da morosidade da justiça, bem como da situação precária a qual se encontra o sistema prisional brasileiro, da ineficácia da execução da política penitenciária e, principalmente, da violação dos direitos humanos nas prisões e da falta do acesso à justiça ao preso provisório.

A morosidade da justiça propicia a superlotação das penitenciárias, uma vez que, segundo o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Ricardo Lewandowski, os presos provisórios “equivalem a 240 mil cidadãos presos sem apresentação a um magistrado, por vezes durante meses, meio ano, mais de ano, em ofensa ao princípio constitucional da inocência ou da não

¹⁶ DIPP, A. Prende primeiro, pergunta depois: 41% dos presos no Brasil são provisórios. 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/02/05/prende-primeiro-pergunta-depois-41-dos-presos-no-brasil-sao-provisorios.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2016

¹⁷ CNJ. **Relatório sobre o uso da Prisão Preventiva nas Américas**. Disponível em ><http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/2dff8787e6cad98d4ed545b438a42673.pdf>< Acesso em: 20 mar. 2016.

¹⁸ ESTADO DE SÃO PAULO. **Presos Provisórios**. Notícia veiculada em 30/12/2014. Disponível em: ><http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,presos-provisorios-imp-,1613494>< Acesso em: 16 fev. 2016

culpabilidade.”¹⁹ Essa lentidão dos processos penais apenas reflete o próprio travamento do Poder Judiciário, hoje com cerca de 100.000.000 (cem milhões) de processos a lotar o sistema, sem resolução efetiva das demandas que lhe são apresentadas. Um misto de excesso de processos e falta de material humano contribui para a perpetuação de afrontas ao direito dos cidadãos como um todo, que se encontram em verdadeira sensação de abandono. Nas demandas penais isto se torna mais grave para ambos os lados: vítimas, com a sensação de que os crimes restarão impunes e réus, sem a chance de poderem ser reinseridos no sistema social simplesmente porque ficam jogados à espera de uma solução definitiva, especialmente quando não têm condições de se defenderem da melhor forma, já que nem todos têm acesso à defesa apropriada e constante.

A superlotação do sistema carcerário brasileiro configura a deficiência do acesso à justiça, bem como fere os direitos humanos da pessoa do preso provisório, uma vez que este fica submetido à tortura, aos maus tratos e à desumanização, favorecendo assim, “a violência, visto que a cela pode tornar-se um espaço de incentivo e progressão dos índices de criminalidade, a exemplo, da reincidência criminal que muitas vezes é cometida na própria prisão.”, segundo Oliveira.²⁰

2. DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO ESSENCIAL

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 5º que todos os cidadãos têm o direito, ainda que tenham cometido algum delito, de serem tratados com dignidade e respeito. O inciso XLVII do aludido artigo, prevê ainda que são proibidas as penas cruéis e o inciso XLIX, do mesmo artigo, garante ao cidadão-presos à integridade.

Prevê-se, ainda, no artigo 5º, LXXVIII, que todo cidadão tem direito ao acesso à justiça, implicando no dever de o Estado propiciar este acesso. Observe-se que este dispositivo constitucional foi trazido em 2004, quando da publicação da Emenda Constitucional 45, instrumento da reforma que passou o Poder Judiciário naquela época. Observa-se, aqui, que a palavra acesso ao Judiciário não configura mero ingresso, possibilidade de

¹⁹ CANES, M. **Audiências de custódia podem reduzir em 50% número de presos provisórios**. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.abc.com.br/geral/noticia/2016-01/audiencias-de-custodia-podem-reduzir-em-50-numero-de-presos-provisorios>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

²⁰ OLIVEIRA, H. C. de. **Violação dos Direitos Humanos da População Carcerária: Uma das expressões da violência nas prisões nortegrandenses**. 2015. Disponível em: <http://www.ch.ufcg.edu.br/arius/01_revistas/v20n2/04_arius_v20_n2_2014_violacao_dos_direitos_humanos_da_populacao_carceraria.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2016.

peticionar, mas real perspectiva de se poder influenciar a decisão do juiz. E mais: expressa a possibilidade de resposta acerca do conflito apresentado. Mas a resposta não pode demorar demais, sob pena de restar ineficaz ao interesse das partes.

Conforme Cappelletti²¹, o “acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos”. É, pois, princípio atinente à própria dignidade da pessoa humana, e, por isso, tem que trazer em seu âmbito o propósito de celeridade, eficácia e qualidade. O acesso à justiça está inserido na própria garantia do devido processo legal e envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.²²

A ideia de amplo acesso à justiça desliza diante dos números que o próprio Judiciário apresenta. Exemplo disso é o índice que se refere à taxa de congestionamento nos tribunais, que gira em torno de 70% tanto na esfera estadual como na federal (primeiro grau). As motivações para o entrave vão desde a falta de juízes perpassando pela própria cultura de litígio entre a população (nos casos cíveis) e perpetrada pelos advogados e, na esfera penal, não só pela quantidade de crimes que é praticada no país, mas também pela existência clara inflação legislativa penal – apontada muitas vezes como solução para problemas que são de ordem educacional e econômica e causados pela ausência estatal em suas funções básicas).

No Relatório Estudo sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional do Conselho Nacional de Justiça, informa-se que há, para cada juiz brasileiro uma média de 4.616 processos. O país é, ainda, o segundo da América Latina que mais destina percentual de seu PIB para o Poder Judiciário, cerca de 1,46% , mas isso não tem impedido que as taxas de congestionamento aumentem, fazendo como que o Brasil tenha uma percentual de 70% de congestionamento se comparado aos países Europeus, por exemplo.

Na esfera criminal, conforme dados do último censo do CNJ, há no país 5.737.788 processos de conhecimento pendentes. Observa-se que, dentro destes números, 41% daqueles que ainda estão respondendo ao processo criminal já se encontram encarcerados cautelarmente. Sabe-se que, segundo o Relatório acerca de Prisões Preventivas na América Latina, essas prisões provisórias são mantidas, muitas vezes, sem uma fundamentação

²¹ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**, 2002. pp. 12-13.

²² SILVA, J. A. **Arbitragem dos Contratos Comerciais no Brasil**, 1998. p. 432.

coerente, de forma abusiva, especialmente pelo fator “ordem pública”, conceito extremamente aberto. E como a taxa de congestionamento é alta e não há prazo definido em lei para que estas prisões sejam revogadas, perpetua-se a manutenção de uma massa de pessoas presumivelmente inocentes (pelo menos na teoria), indo de encontro a tudo que se afirma na doutrina acerca da necessidade, razoabilidade e proporcionalidade das cautelares penais, especialmente daquelas que restringem a liberdade do indivíduo.

Em sede de execução penal, são 880.374 penas privativas de liberdade e 359.981 não privativas de liberdade pendentes de execução. Recorde-se que tais números referem-se à condenados definitivamente (ou seja, com decisões transitadas em julgado, não computando aqui o número de presos provisórios). Este número de apenados não é comportado pelo sistema penitenciário, que precisa, conforme dados do CNJ, atualmente de pelo menos 500 mil vagas (sem contabilizar os mandados de prisão que estão em aberto no país). Imagine-se, então, se se somar a estes números, os presos provisórios, o quanto difícil (para não dizer impossível) realizar os preceitos constitucionais básicos referentes aos encarcerados, em especial, condição digna.

Diante desse quadro, o CNJ reconhece pelo “termômetro de congestionamento”, 69% dos processos criminais de conhecimento e 81% de execuções criminais estão parados no país, o que é bastante grave, haja vista o reconhecimento do princípio constitucional do acesso à justiça como uma das garantias fundamentais do cidadão. Se esse congestionamento por um lado leva à não concretização do acesso à justiça aos sujeitos que estão respondendo ao processo penal (sim, eles têm direito de serem corretamente julgados), também tem um efeito direto na população, que se vê descrente diante de um sistema que não pune de forma eficaz aqueles que cometem crimes. O prejuízo é para todos.

Perante tais dados, fica muito difícil dizer que há acesso à justiça efetivo no âmbito criminal. As taxas de congestionamento trazem implicitamente a noção de desigualdade entre os jurisdicionados, já que somente aqueles que têm condições (muitas vezes ligadas ao poder econômico) conseguirão ser ouvidos pelo Judiciário. Para tentar-se modificar tal quadro, pelo menos no que se refere aos presos provisórios, é que o Judiciário brasileiro, através de Resoluções e Convênios com o Poder Executivo, após 23 anos de assinatura do Pacto de São José da Costa Rica, resolveu implantar as audiências de custódia.

3. DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

A aplicação da audiência de custódia decorre da ratificação pelo Brasil de pactos e tratados como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, criado em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, criada em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, vulgo Pacto de São José da Costa Rica. Visa a garantir, em termos amplos, os direitos fundamentais como a segurança e a liberdade previstos na Constituição Federal de 1988. Assim é que informa o artigo 7º do Pacto de São José da Costa Rica que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade, com intuito de ser julgada em prazo razoável ou posta em liberdade.

A implementação das audiências de custódia deu-se através de acordos e cooperação firmados entre o CNJ e os órgãos do Poder Executivo, bem como os do Poder Judiciário em todas as unidades federativas. Com a entrada da aludida resolução em vigor, as audiências de custódia passaram a ter o devido regulamento, passando a ter o seu funcionamento uniformizado. O STF confirmou a legalidade das audiências de custódia no julgamento da Ação Declaratória de Preceito Fundamental 347 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240.²³

A ideia é que o preso seja apresentado a um juiz em até 24 horas e que este decida se manterá a prisão, sendo a mesma convertida em prisão preventiva, pelo relaxamento ou se será substituída por alguma medida cautelar cabível, tudo em conformidade com o artigo 310 do CPP. O juiz, no momento da apresentação do preso, deverá analisar se a prisão ocorreu de forma legal e deverá averiguar ainda se ocorreram ilegalidades como maus tratos ou tortura no momento da coerção do preso. Segundo Paiva²⁴, são três as finalidades da audiência de custódia: “I – ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos humanos, II – prevenção da tortura e III – evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias.”. Entende-se que, no momento que o custodiado é apresentado ao juiz, concretiza-se também o fenômeno da “democratização do processo penal”, pois se permite acesso

²³ ZAMPIER, D; MONTENEGRO, M. C. **Aprovada resolução que regulamenta as audiências de custódia**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

²⁴ PAIVA, C. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**, 2015, p. 42.

do jurisdicionado ao Poder Judiciário, principalmente quando a liberdade de ir e vir está em jogo.

Um ponto importante também é que a audiência de custódia não impede a participação da vítima, podendo ser medida bastante positiva, pois também concretiza o direito desta de auxiliar, na convicção do juiz quanto à necessidade e adequação da medida, especialmente quando se trata de ilícitos que envolvam violência doméstica e familiar, desde que em seu depoimento não se adentre ao mérito.

Pode-se dizer que a audiência de custódia é direito fundamental da pessoa presa e contribui para o bom funcionamento da justiça e melhoria do sistema carcerário brasileiro. Sabe-se que o Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo e é preciso garantir aos presos a efetivação e garantia dos direitos fundamentais. Outra característica importante é que o preso configura um gasto mensal médio de R\$ 3000,00 (três mil reais), e conforme o Ministro Ricardo Lewandowski, as audiências de custódia poderão gerar uma economia de cerca de R\$ 360.000.000,00 (trezentos e sessenta milhões) quando implementadas em todo o País, perfazendo um total de R\$ 4,3 bilhões por ano²⁵.

As audiências de custódias foram regulamentadas pelo Conselho Nacional de Justiça no dia 15 de dezembro de 2015, durante a 223ª sessão ordinária. A Resolução nº 213 foi unanimemente aprovada. Aos tribunais foi dado o prazo de 90 dias para implantar em todo o território nacional o que foi deliberado em sede da sessão ordinária a partir do dia 1º de fevereiro de 2016, data em que a resolução passou a entrar em vigor.²⁶

Esta resolução prevê uma série de garantias ao custodiado, dentre as quais se destaca o artigo 8º que prevê que a autoridade judicial deverá entrevistar o custodiado para avaliar algumas questões importantes, tais como esclarecer seu objetivo, dar ciência aos direitos constitucionais garantidos ao suspeito, indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão, etc.²⁷

²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Projeto do CNJ cria “audiências de custódia” para reduzir superlotação em cadeias.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/noticias/160644018/projeto-do-cnj-cria-audiencias-de-custodia-para-reduzir-superlotacao-em-cadeias>>. Acesso em 19 ago. 2015.

²⁶ ZAMPIER, D; MONTENEGRO, M. C. **Aprovada resolução que regulamenta as audiências de custódia.** 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

²⁷ CNJ. Resolução 213/2015. **Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial.** Disponível em ><http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> Acesso em: 19 mar. 2016.

O documento ainda traz uma série de protocolos a serem seguidos pelas autoridades, tais como procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, em que se destacam as condições adequadas para a oitiva do custodiado na audiência de custódia. Aqui, informa-se que o custodiado não pode estar algemado, exceto nos casos em que haja fundado temor de fuga ou de perigo à integridade própria ou de terceiro, bem como não poder o agente responsável pela prisão ou investigação restar-se presente quando da oitiva do preso. Essas e outras recomendações servem para apurar eventuais abusos cometidos pela autoridade policial quando da prisão em flagrante.

É importante expor que apesar do pouco tempo da implementação da audiência de custódia, esta já configura uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro e, quando devidamente realizada, consiste como uma forma eficaz de funcionamento da justiça, além de propiciar garantia da dignidade dos presos, no sentido deste ter garantido acesso à justiça com a devida presença do Ministério Público e de sua defesa. Com a audiência de custódia solucionam-se casos de prisões preventivas, quando estas podem ser substituídas por medidas cautelares de outra natureza, sem a necessidade de adentrar no mérito questionado.

Diante de tudo já citado, ainda cabe ressaltar, em detrimento da necessidade da melhoria do sistema judiciário no sentido deste fornecer condições que o assegurem como efetivo em garantir os princípios e direitos assegurados pela Constituição Federal, teve-se por necessário a criação do Projeto de Lei nº 156, de 2009 que tramita no Senado Federal e o Artigo 14 deste estipula o que seria denominado de Juiz das Garantias, um juiz que trabalhará apenas no sentido de ser responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal.

Aqueles que apoiam a ideia denotam que o julgador não usa da “vestimenta de justiceiros, de combatentes do crime e de toda a forma de violência, de verdadeiros heróis da sociedade, que é a forma como muitos se travestem em nossa prática judiciária atualmente”²⁸.

Pode-se chegar à conclusão de que muitos juízes criminais quando da aferição da necessidade ou não de custódia cautelar, adentram no mérito dos fatos ainda em julgamento e fundamentam as suas decisões não com base na proporcionalidade,

²⁸ OLIVEIRA, D. K. **A atuação do julgador no processo penal constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar**, 2013, p. 26.

razoabilidade e adequação, mas sob o argumento da gravidade do crime e periculosidade do agente, fatores não explicitados na legislação penal.

A atuação na fase pré-processual pode trazer o inconveniente de estabelecer, ainda que de forma inconsciente, no íntimo do magistrado, uma prevenção, um pré-julgamento, inconciliáveis com a imparcialidade que deve orientar sua atuação durante a persecução penal.²⁹

Ou seja, um juiz que julga tanto as cautelares como o mérito poderia estar fadado a condenar previamente o indivíduo antes até mesmo da denúncia.

Seria, então, o juiz de garantia um juiz presente em fase preliminar e também incumbido de garantir os direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, tendo como função, dentre outras coisas, receber a comunicação direta do preso zelar pelos direitos destes e decidir acerca das prisões cautelares ou outras medidas restritivas prévias.

4. DO PAPEL DA DEFENSORIA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O Estado Brasileiro, ao implantar as audiências de custódia, concretiza os tratados internacionais de direito humanos dos quais é signatário, garantindo a preservação dos direitos do preso, em especial o princípio da presunção de inocência e a revisão judicial dos motivos da prisão, para averiguar o que é mais adequado: liberação ou a manutenção da privação de liberdade. Conforme Nunes “cumpre-se a obrigação de garantir uma ordem social e internacional em que todos os direitos referidos em tratados internacionais possam ser plenamente concretizados, mormente, quando tais documentos o Brasil toma parte³⁰.”

Sabe-se que é dever da Defensoria, conforme estipula a Lei fundamental em seu artigo 134, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 80/2014, e de acordo com o estabelecido através da Lei Orgânica da Defensoria Pública (LONDP) n. 80/1994, em

²⁹ GARCIA, A. D. **O juiz das garantias e a investigação criminal**, 2014, p. 7.

³⁰ NUNES, H. **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: Do papel da Defensoria Pública na efetivação dos Direitos Humanos à importância da realização para o bom funcionamento da Justiça**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

seu artigo 3º-A³¹, a promoção de Direitos Humanos. Tendo isto como base, a Defensoria deverá garantir que o cidadão preso tenha acesso rápido à justiça. Pode-se acrescentar também, que o bom funcionamento do sistema de justiça contribuirá para a preservação da dignidade humana.

Cappelletti destaca a criação das Defensorias Públicas como uma das questões primordiais para a concretização do acesso à justiça, no cenário brasileiro. Através das Defensorias Públicas, qualquer pessoa que não disponha de recurso financeiro para manter por um longo período um processo, estará assegurada em seu direito de acesso à justiça e assim, ter a chance de realizar sua cidadania de forma ampla. Danielle Annoni³² destaca, por conseguinte, que “o direito de acesso à justiça, resultado da preocupação latente em conferir eficácia aos direitos já reconhecidos, deu novo significado às lutas em defesa dos direitos humanos”.

Em sua atuação nas audiências de custódia, inicialmente, o defensor público atua previamente, orientando o cidadão preso sobre as finalidades do fato, assegurando a este o acesso à justiça. A Defensoria Pública também tem o papel de questionar ao preso se este foi vítima de algum tipo de agressão por parte dos policiais. Conforme Caio Paiva, “de tão frequente, banalizada e impune, a pequena ou média violência policial passou a ser assimilada pelos presos (e pela sociedade em geral) como um procedimento padrão, algo quase inevitável.”³³

Já durante a audiência de custódia, o defensor também tem o papel de proteger a pessoa do preso, caso tenha havido relato de agressão por parte dos policiais responsáveis pela sua condução, contra qualquer manifestação do Ministério Público ou do juiz que possam vir a advertir o cidadão sobre a mentira de o fato alegado poder vir a lhe causar um processo pelo crime de denúncia caluniosa (artigo 339 do CP). Neste caso, o defensor público pode pedir para que o procedimento equivocado seja constado na ata da audiência, para que posteriormente possam ser tomadas medidas cabíveis.

³¹ BRASIL. **Lei Complementar 80 de 12 de janeiro de 1994**. Lei Complementar da Defensoria Pública. Oficial da União, DF, 13 jan. 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

³² ANONNI, D. O movimento em prol do acesso a justiça no Brasil e a construção de uma democracia pluralista. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2008, p. 73.

³³ PAIVA, C. **A Defensoria, a tortura e as audiências de custódia**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-29/tribuna-defensoria-defensoria-tortura-audiencias-custodia>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

Caso o preso afirme que foi vítima de maus tratos pelos policiais responsáveis pela condução, o Defensor público deve requerer ao juiz que a audiência de custódia seja realizada sem a presença destes policiais, contribuindo para que os maus tratos ocorridos sejam relatados, evitando umas das principais causas da impunidade da tortura no Brasil, a subnotificação. Após a audiência de custódia, se a prisão vier a ser mantida, o defensor público deve proceder com visitas regulares na unidade prisional, bem como laudos e perícias médicas, visando garantir a integridade física e psicológica do preso.

Segundo o presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o ministro Ricardo Lewandowski, “após as audiências de custódia a concessão de liberdades provisórias alcançou 50%. Temos também conseguido êxito no combate a um flagelo importante, que é a tortura que ainda assola o país.³⁴”

Em Fortaleza, a Vara Única Privativa de Audiências de Custódia de Fortaleza, no Estado do Ceará realizou reunião na Diretoria do Fórum Clóvis Beviláqua, no dia 21 de janeiro do presente ano, na qual foi marcado um mutirão para agilizar as audiências de custódia, sendo este realizado no período de 15 de fevereiro a 4 de março de 2016. O mutirão ocorreu no período da tarde, nos dias úteis, no Fórum Clóvis Beviláqua, com atuação de magistrados, promotores e defensores, tendo como meta a realização de 70 audiências por dia. Ressalte-se que normalmente são realizadas 40 audiências diariamente.³⁵ Como resultado, foram atendidos 669 presos e 41% destes (um total de 231 pessoas) tiveram suas prisões relaxadas ou transformadas em liberdade provisória. Outros 47 receberam medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP. O restante, 331 pessoas, tiveram suas prisões convertidas em preventiva³⁶. Percebe-se que a audiência de custódia juntamente com a atuação da Defensoria Pública, pode revolucionar o sistema penitenciário brasileiro, garantindo à pessoa do preso provisório o acesso à justiça, bem como proteção aos direitos humanos, significando “uma ruptura com um passado de invisibilidade do preso³⁷.”

³⁴ CANES, M. **Audiências de custódia podem reduzir em 50% número de presos provisórios**. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2016-01/audiencias-de-custodia-podem-reduzir-em-50-numero-de-presos-provisorios>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

³⁵ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ. **Defensoria Pública participa de mutirão de audiência de custódia**. Disponível em ><http://www.defensoria.ce.def.br/noticia/defensoria-publica-participa-de-mutirao-de-audiencia-de-custodia/>> Acesso em 15 mar. 2016.

³⁶ DIARIO DO NORDESTE. **Mutirão libera 41% dos 669 presos atendidos**. Disponível em: ><http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/policia/mutirao-libera-41-dos-669-presos-atendidos-1.1508503>> Acesso em: 20 mar. 2016.

³⁷ PAIVA, C. **A Defensoria, a tortura e as audiências de custódia**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-29/tribuna-defensoria-defensoria-tortura-audiencias-custodia>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando-se o atual estado de vulnerabilidade do sistema prisional brasileiro e a necessidade de plena efetivação dos direitos humanos e asseveração da garantia do direito à justiça, trabalhou-se neste artigo na defesa da implementação da audiência de custódia como concretizadora de um direito processual penal democrático com vistas ao reconhecimento dos direitos fundamentais do indivíduo que está respondendo ao processo penal, especialmente o princípio da presunção de inocência. A audiência de custódia, embora ainda não regulamentada por lei, é prevista no Pacto de São José da Costa Rica e permite que o Estado-juiz possa decidir de forma imediata a situação do sujeito preso em flagrante.

Questionou-se a necessidade de mudar a perspectiva de atendimento ao preso provisório, especialmente, em face dos graves índices de congestionamento do Poder Judiciário e o excesso de presos provisórios que, apesar de serem considerados presumivelmente inocentes, diante da ausência de sentença condenatória definitiva, contemplam-se encarcerados muitas vezes sem uma resposta estatal acerca de sua situação. Aponta-se que muito do congestionamento dos processos criminais também se deve a uma política criminal que busca mais punir condutas do que preveni-las. A situação de congestionamento desprivilegia não só aqueles que respondem ao processo criminal, mas a própria sociedade, que não vê resultados efetivos na atividade de persecução penal do Estado.

No caso das prisões cautelares, há a inobservância clara dos regramentos constitucionais e processuais penais, que aduzem a aplicação dos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade das cautelares, que deveriam ser exceção à regra da liberdade, mas na prática, tornaram-se regras, muitas vezes em nome da gravidade das condutas, sem sequer haver propriamente processo formal de acusação do sujeito.

Viu-se que, mais do que implementar e regularizar a audiência de custódia, é preciso procurar instrumentos para que esta seja eficaz de acordo com os objetivos que se pretende alcançar por meio desta. Para uma parte da doutrina, a implementação das custodias no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro é a criação indireta dos juízes de garantia, magistrados competentes apenas para julgar questões pré-processuais, evitando-se a contaminação do julgador que cuidará do mérito, permitindo-se, assim, que faça um julgamento imparcial.

Nota-se, por fim, que a efetiva atuação da Defensoria, no que diz respeito à audiência de custódia, configura na verdadeira promoção dos direitos humanos, esta que é dever da defensoria, conforme estipula a Constituição Federal de 1988 e a Lei Orgânica da categoria. O Defensor Público, que atua na custódia, garante que o cidadão preso tenha acesso rápido à justiça, reservando, desta forma, um funcionamento linear da justiça e, com isso, promovendo a dignidade do acautelado. Protege-o também das arbitrariedades diante da própria atuação do Estado.

Restam, entretanto, inúmeras melhorias, não devendo as audiências de custódia serem aplicadas somente pro forma. Ainda há excesso de decisões cautelares não fundamentadas nos mandamentos constitucionais e por causa da onda de medo que cobre o país em face da criminalidade, em detrimento do princípio da presunção da inocência. Não se está afirmando aqui que as cautelares não são necessárias, mas sim que estas não devem ser aplicadas para todos os casos.

REFERÊNCIAS

ANONNI, D. O movimento em prol do acesso a justiça no Brasil e a construção de uma democracia pluralista. **Anaisdo XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Brasília – DF. 2008.

ARAÚJO, J. H. M. **Acesso à justiça e efetividade do processo**: a ação monitória é um meio de superação dos obstáculos?. 3. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003.

ARRUDA, S. N. de. **Sistema carcerário brasileiro**: A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/artigo213019-1.asp>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

BRAGA, R. C.; CAMURÇA, W. L. T. (Orientadora). **O excesso de prazo na prisão preventiva**. Monografia de Conclusão de Curso em Direito ela Universidade de Fortaleza. Junho de 2016.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário oficial da união, Brasília, 05 de outubro de 1988.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: out 2015.

_____. **Lei Complementar 80 de 12 de janeiro de 1994.** Lei Complementar da Defensoria Pública. Oficial da União, DF, 13 jan. 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 19 de março de 2016.

_____. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. DOU de 31.12.1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 6 de abr. de 2015.

_____. **Lei nº 12.433 de 29 de junho de 2011.** Altera a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). DOU de 30.06.2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12433.htm> Acesso em: 6 abr. 2015.

CANES, M. **Audiências de custódia podem reduzir em 50% número de presos provisórios.** 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-01/audiencias-de-custodia-podem-reduzir-em-50-numero-de-presos-provisorios>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

CAPPELLETTI, M; GARTH, B. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CEARÁ. PODER JUDICIÁRIO. . Mutirão programado para fevereiro agilizará audiências de custódia. 2016. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/noticias/mutirao-programado-para-fevereiro-agilizara-audiencias-de-custodia/>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

CNJ. **Mapa da Implantação das Audiências de Custódia no Brasil.** 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>> Acesso em: 20 de março de 2016.

_____. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil.** 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf> Acesso em: 21 de fevereiro 2016.

_____. **Relatório sobre o uso da Prisão Preventiva nas**

Américas. Disponível em: ><http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/2dff8787e6cad98d4ed545b438a42673.pdf>> Acesso em: 20 mar 2016.

_____. Resolução 213/2015. **Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial.** Disponível em ><http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> Acesso em: 19 mar. 2016.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em >https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm> Acesso em: 17 fev 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ. **Defensoria Pública participa de mutirão de audiência de custódia.** Disponível em ><http://www.defensoria.ce.def.br/noticia/defensoria-publica-participa-de-mutirao-de-audiencia-de-custodia/>> Acesso em: 15 mar 2016.

DIÁRIO DO NORDESTE. **Mutirão libera 41% dos 669 presos atendidos.** Disponível em: ><http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/policia/mutirao-libera-41-dos-669-presos-atendidos-1.1508503>> Acesso em: 20 mar. 2016

ESTADO DE SÃO PAULO. **Presos Provisórios.** Notícia veiculada em 30/12/2014. Disponível em: ><http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,presos-provisorios-imp-,1613494>> Acesso em: 16 fev. 2016.

GARCIA, A. D. **O juiz das garantias e a investigação criminal.** Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014.

G1 CE. Mutirão de audiências de custódia deve ouvir 70 presos por dia no Ceará. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2016/02/mutirao-de-audiencias-de-custodia-deve-ouvir-70-presos-por-dia-no-ceara.html>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

ICPS Centro Internacional de Estudos Prisionais. **World Prison Population List. 11ª Ed.** Disponível em :>http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition.pdf> Acesso em: 18 mar. 2016.

IPEA/DEPEN. **Relatório de aplicação de penas e medidas alternativas. 2014** Disponível em: >http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriospesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf. Acesso em: 15 mar 2016.

LIMA, R. B. de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547201241/cfi/608>>. Acesso em: 10 maio 2016.

MARCÃO, R. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626300/cfi/694>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

MOTTA, L. E. **Acesso à justiça, cidadania e judicialização no Brasil**. 2005. Disponível em: http://www.achegas.net/numero/36/eduardo_36.pdf. Acesso: 20 ago 2015.

NUNES, H. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: Do papel da Defensoria Pública na efetivação dos Direitos Humanos à importância da realização para o bom funcionamento da Justiça. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

OLIVEIRA, H. C. de. Violação dos Direitos Humanos da População Carcerária: **Uma das expressões da violência nas prisões** nortegrandenses. 2015. Disponível em: <http://www.ch.ufcg.edu.br/arius/01_revistas/v20n2/04_arius_v20_n2_2014_violacao_dos_direitos_humanos_da_populacao_carceraria.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2016.

OLIVEIRA, D. K. **A atuação do julgador no processo penal constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar**. Dissertação de Mestrado. Rio Grande do Sul: Pontífice Universidade Católica. 2013.

PAIVA, C. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SILVA, J. A. da. **Arbitragem dos Contratos Comerciais no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ZAMPIER, D.; MONTENEGRO, M. C. **Aprovada resolução que regulamenta as audiências de custódia**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

UM ANO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA
JUSTIÇA FEDERAL NO RECIFE: UMA VISÃO
A PARTIR DOS CASOS DA DEFENSORIA
PÚBLICA DA UNIÃO

Tarcila Maia Lopes

Marília Silva Ribeiro de Lima Milfont

*A YEAR OF CUSTODY HEARING IN THE FEDERAL
JUDICIARY IN RECIFE: A PERSPECTIVE FROM CASES
OF THE FEDERAL PUBLIC DEFENSE*

UM ANO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA JUSTIÇA FEDERAL NO RECIFE: UMA VISÃO A PARTIR DOS CASOS DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

A YEAR OF CUSTODY HEARING IN THE FEDERAL JUDICIARY IN RECIFE: A PERSPECTIVE FROM CASES OF THE FEDERAL PUBLIC DEFENSE

*Tarcila Maia Lopes
Defensora Pública Federal*

*Mestranda em Direito na Universidade Católica de Pernambuco
Pernambuco, Brasil*

tarcila.lopes@dpu.def.br

*Marília Silva Ribeiro de Lima Milfont
Defensora Pública Federal*

*Especialista em Direito Público pela Escola Judicial de Pernambuco
Pernambuco, Brasil*

marilia.lima@dpu.def.br

RESUMO

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) consagra o direito do preso de ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz. Embora esta norma tenha sido introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 1992, apenas em 2015 passou a ser cumprida, com o projeto-piloto do Conselho Nacional de Justiça. A apresentação da pessoa detida à autoridade judicial, sem demora, visa concretizar a norma prevista na CADH, reduzir o encarceramento provisório no Brasil e coibir a prática de violência contra os presos. Desde sua implementação, foram produzidos artigos e estudos sobre a audiência de custódia, mas a partir da prática na Justiça Estadual. Este artigo faz um relato da dinâmica e dos resultados da audiência de custódia no Judiciário Federal, a partir da experiência de atuação dos defensores públicos federais na cidade do Recife. Além disso, propõem-se algumas reflexões sobre práticas observadas neste primeiro ano de atuação.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Convenção Americana de Direitos Humanos. Justiça

ABSTRACT

The American Convention on Human Rights (ACHR) establishes the right of the prisoner to be conducted without delay to the presence of a judge. Although this rule was introduced in the Brazilian legal system in 1992, only in 2015 this norm was complied with the pilot project of the National Council of Justice. The presentation of the detained person to the judicial authority, without delay, aims to achieve the norm set forth in the ACHR, reduce the provisional incarceration in Brazil and curb the practice of violence against prisoners. Since its implementation, articles and studies on the custody hearing have been produced, but from practice in State Courts. This article gives an account of the dynamics and results of the custody hearing in the Federal Judiciary, based on the experience of federal public defenders in the city of Recife. In addition, some reflections on practices observed in this first year of action are proposed.

Keywords: Custody hearing. American Convention on Human Rights. Federal Judiciary. Federal Public Defense.

Data de submissão: 20/03/2017

Data de aceitação: 28/07/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. DINÂMICA DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NA JUSTIÇA FEDERAL NO RECIFE 2. METODOLOGIA E RESULTADOS 3. OBJETIVOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: CONFRONTANDO A TEORIA COM A REALIDADE. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) determina, em seu artigo 7.5, que

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Embora a Convenção tenha sido incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992, por meio de Decreto nº 678/1992, por mais de vinte anos não se cumpriu esta regra da CADH. Ademais, perdura até hoje a omissão legislativa quanto à regulamentação da condução do preso ao juiz¹.

A efetiva aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos aconteceu somente a partir da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com o Projeto Audiência de Custódia, lançado em 06 de fevereiro de 2015, e iniciado no estado de São Paulo.

Ainda naquele ano, o Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou-se sobre o tema na Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Nesta ação, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) solicitou providências para a crise prisional do Brasil. Foi deferida cautelar determinando que os juízes passassem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de até 24 horas, contadas do momento da prisão, com intuito de reduzir as detenções provisórias e, assim, diminuir o contingente de presos.

Após a decisão do STF, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 213/2015, que dispõe sobre a apresentação dos presos às autoridades judiciais

¹ A primeira tentativa de introduzir a audiência de custódia no Código de Processo Penal surgiu com a proposição de duas emendas pelo Senador José Sarney ao projeto de lei do Senado (PLS) nº 156/2009, que trata do novo Código de Processo Penal (NCPP). As referidas emendas foram rejeitadas. Posteriormente, foi apresentado novo projeto de lei, também do Senado, propondo a introdução da audiência de custódia na prática penal. Trata-se do PLS nº 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, que ainda está em trâmite.

no prazo de até 24 horas. Esta Resolução estabeleceu regras gerais a serem seguidas pelos juízes, diante da ausência de regulamentação legal.

A partir daí, os Tribunais de Justiça do país começaram a aderir às audiências de custódia. No âmbito da Justiça Federal, cada um dos Tribunais Regionais Federais editou Resolução tratando do tema². Em Pernambuco, a primeira audiência de custódia aconteceu em 20 de março de 2016³.

Desde a implantação das audiências de custódia, foram publicados artigos e pesquisas a respeito da dinâmica das audiências e seus efeitos. Todavia, não se escreveu ainda sobre como as audiências de custódia estão ocorrendo no âmbito da Justiça Federal. Esse ramo do Judiciário, por ter uma competência mais estrita que os juízos estaduais e por tratar de menos casos que a Justiça Estadual, acaba sendo pouco estudado.

Este artigo, portanto, tem o objetivo de relatar a dinâmica das audiências de custódia na Justiça Federal no Recife e expor dados sobre as decisões proferidas nestas audiências, especialmente no que tange à concessão de liberdade aos presos. Propõem-se também reflexões sobre algumas práticas observadas durante a participação nas audiências, neste primeiro ano de implantação.

1. DINÂMICA DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NA JUSTIÇA FEDERAL NO RECIFE

Dando concretude à norma prevista na CADH e alinhado ao projeto piloto encabeçado pelo CNJ, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região editou a Resolução nº 04, de 16 de março de 2016, na qual foram detalhados os procedimentos para a realização da audiência de apresentação do preso à autoridade judicial.

Não podendo destoar do parâmetro temporal fixado pelo STF, qual seja, da necessidade de apresentação pessoal do preso ao juiz em até 24 horas, a Resolução

² TRF 1ª Região: Resolução 18, de 03 de maio de 2016. TRF 2ª Região: Resolução 31, de 18 de dezembro de 2015. TRF 3ª Região: Resolução 02, de 1º de março de 2016. TRF 4ª Região: 01, de 13 de abril de 2016. TRF 5ª Região: Resolução 04, de 16 de março de 2016.

³ <http://www.jfpe.jus.br/noticias/492>

do TRF da 5ª Região apenas reiterou, em muitos aspectos, a própria normativa do CNJ, cabendo destacar, para os fins da presente análise, alguns aspectos.

O primeiro destaque recai sobre o art. 2º, §3º, da aludida Resolução:

§3º A intimação do Ministério Público e da defesa deverá respeitar uma antecedência mínima de 3 (três) horas do início da audiência e deverá seguir com a cópia integral do auto de prisão em flagrante ou da decisão que decretou a prisão cautelar.

Observou-se, porém, que nem sempre o prazo de comunicação prévia é respeitado, não sendo raros os casos em que a DPU foi intimada acerca da realização de audiência de custódia, via e-mail e telefone, com menos de três horas de antecedência. Ademais, em relação às prisões temporárias e preventivas, constatou-se em alguns casos a ausência de remessa da cópia dos autos judiciais e até mesmo da decisão que decretou a segregação cautelar, conforme determina a Resolução acima citada.

É inegável que os prejuízos advindos à defesa pelo não recebimento de tais documentos, com a antecedência mínima, são inúmeros, a exemplo da mitigação da possibilidade de o defensor ter o contato prévio com familiares do custodiado, com os quais poderia obter documentos hábeis a lastrear um pedido de liberdade provisória a ser feito na audiência de custódia (v.g., comprovante de residência fixa, carteira de trabalho, certidão de nascimento de filhos menores), e mesmo da quebra da paridade de armas no processo penal, haja vista que o membro do Ministério Público Federal (MPF) comparecerá à audiência de custódia tendo ampla ciência do que tratam os autos, ao passo que ao defensor será franqueado acesso àqueles somente antes do início da audiência.

Foi observado, ainda, um caso de prisão provisória decretada no bojo de processo sob o manto do segredo de Justiça, no qual o próprio acesso aos autos foi negado pelo magistrado em audiência. Argumentou-se que em se tratando de prisão decorrente de operação sigilosa e em cujo processo foram determinadas, incidentalmente, quebras de sigilos fiscal e bancário, a defesa não poderia ter acesso integral aos autos, sob pena de frustrar a garantia do sigilo e, eventualmente, frustrar o resultado que se esperava das medidas constritivas incidentalmente determinadas. Neste caso, ante a recusa do membro da DPU então presente em participar da audiência sem ter tido o acesso ao processo, o magistrado reconsiderou seu posicionamento e franqueou os autos para análise da defesa.

Cabe destaque, noutro viés, que é assegurada a entrevista pessoal entre o detido e o

defensor, tendo a conversa espaço reservado para sua ocorrência, no qual é assegurado o sigilo, conforme previsto no art. 3º da Resolução do TRF da 5ª Região:

Art. 3º Deve-se assegurar ao custodiado tempo razoável de entrevista privada com advogado de sua escolha ou, na ausência deste, com Defensor Público da União.

Outro ponto que merece realce quanto à dinâmica das audiências de custódias realizadas na sede da Justiça Federal em Pernambuco diz respeito à abrangência do que é apurado pelos magistrados no momento da apresentação do custodiado.

É sabido que a audiência de custódia não se presta a adiantar a instrução processual penal e, em seus objetivos declarados, estaria avaliar a eventual ocorrência de violação à integridade física do preso e, ainda, o cabimento da substituição da medida extrema de privação da liberdade por medida cautelar diversa da prisão.

Nesse sentido é o disposto no art. 4º, §1º, da Resolução do TRF da 5ª Região ora em comento:

§1º Indagações que antecipem instrução não deverão ser formuladas, salvo se inevitáveis à apreciação da legalidade, necessidade e adequação da prisão cautelar e no limite de sua utilidade em fase de audiência de custódia.

Da prática observada neste primeiro ano de implementação das audiências de custódia, as perguntas feitas pelos magistrados, de fato, eram direcionadas aos objetivos declarados do ato de apresentação do preso ao juiz, apenas tangenciando o mérito do processo quando necessário. Na sequência, após a inquirição do custodiado pelo juiz, é franqueada a palavra ao membro do MPF, para pronunciamento quanto à possibilidade de relaxamento da prisão, sua conversão em preventiva, ou ainda, a concessão da liberdade provisória. Sucessivamente, a defesa tem a palavra para deduzir suas alegações, sendo observado, na maior parte dos casos, que houve pedido de concessão de liberdade provisória ainda que condicionada às medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (CPP).

Ao final da audiência, o magistrado irá se posicionar pela conversão do flagrante em preventiva, pela manutenção da prisão provisória ou, ao revés, pela concessão da liberdade. A seguir, são expostos os resultados das audiências de custódias realizadas, nesse primeiro ano de implementação, com a presença da DPU em Recife.

2. METODOLOGIA E RESULTADOS

Os dados apresentados neste artigo foram obtidos através de pesquisa no Sistema de Informações Simultâneas da Defensoria Pública da União (SISDPU), o qual é utilizado para o registro da assistência jurídica prestada pelos Defensores Públicos Federais. Foi realizada pesquisa pela narrativa dos processos de assistência jurídica (PAJ's) dos officios criminais do núcleo da Defensoria Pública da União no Recife utilizando as expressões **flagrante** e “audiência de custódia”, no período de 1º de março de 2016 a 17 de março de 2017. A partir daí, analisou-se cada um dos PAJ's para observar se de fato tratavam de casos de audiência de custódia e, em caso positivo, procedia-se à análise das informações constantes naquele processo de assistência.

Ao todo, foram identificadas 50 comunicações de flagrante e notificações de audiências de custódia. Desse total, sete referiam-se a processos cujas audiências foram realizadas em local onde não há atuação da DPU/Recife. Em cinco desses casos, não houve audiência de custódia porque o preso foi liberado sob fiança pela autoridade policial. Do restante, em doze casos os custodiados constituíram advogados e foram acompanhados por seus patronos nas audiências de custódia. Assim, os Defensores Públicos Federais lotados em Recife participaram de 26 audiências de custódia neste primeiro ano de implementação. Após a identificação dos casos, analisaram-se as decisões proferidas em audiências, especialmente para saber o tipo de prisão (flagrante, preventiva ou temporária), se foi concedida a liberdade ou mantida a custódia e qual o crime imputado ao preso.

Das prisões efetuadas, a maioria tratava de flagrantes (18). Por sua vez, a maioria das detenções referia-se a acusações de tráfico transnacional de entorpecentes. A tabela abaixo indica os crimes imputados aos custodiados e qual o resultado da audiência de custódia:

Tabela 1. Tipos penais das prisões em flagrante e resultado da audiência de custódia

Crime imputado	Quantidade	Conversão da prisão em preventiva	Concessão de liberdade
Tráfico de drogas	10	9	1
Moeda falsa	4	0	4
Contrabando/Descaminho	2	0	2

Roubo	1	1	0
Porte de arma	1	1	0
Total	18	11	7

Fonte: autor

Com exceção de uma, todas as decisões que concederam liberdade aos flagranteados condicionaram a soltura ao pagamento de fiança.

Houve sete audiências decorrentes do cumprimento de mandado de prisão preventiva ou temporária e uma prisão para extradição. Em apenas uma delas ocorreu a liberação da pessoa presa.

O índice de decretação/manutenção da custódia, em termos gerais, foi de 69% (dezoito decisões pela conversão ou manutenção de prisão contra oito decisões pela concessão de liberdade).

3. OBJETIVOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: CONFRONTANDO A TEORIA COM A REALIDADE

A adequação do ordenamento jurídico às convenções internacionais é apontada como uma das finalidades da audiência de custódia, ao lado da inibição à violência policial e a redução de prisões ilegais⁴.

Pretende-se que a realização da audiência em até 24 (vinte e quatro) horas permita aos participantes deste ato (juízes, membros do Ministério Público, advogados e defensores) verificar pessoalmente eventuais lesões no preso e apurar possíveis relatos de violência policial. Acredita-se também que a apresentação do preso ao juiz, por si só, iniba a violência, uma vez que os policiais saberão que o preso será conduzido à presença de um juiz e, conseqüentemente, terão receio de praticar alguma violência contra o detido.

Outro objetivo da audiência de custódia é a redução de prisões provisórias. Esta é uma

⁴ PAIVA, C. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**, 2017, pp. 45-54.

preocupação do STF e do CNJ⁵. Defende-se que o contato direto com o preso permite ao juiz analisar melhor sua situação e, sendo o caso, aplicar medidas cautelares alternativas à prisão, uma vez que não há mais a fronteira do papel⁶.

A experiência do primeiro ano das audiências de custódia na Justiça Federal no Recife demonstra que os objetivos foram parcialmente concretizados.

Por um lado, de fato há uma preocupação dos sujeitos processuais com a violência policial. Na entrevista reservada dos defensores com os custodiados já são formuladas perguntas acerca de tortura por parte dos agentes do Estado. Esse questionamento é renovado na audiência: em todas elas se observou que foram feitas perguntas pelos juízes federais sobre o cometimento de maus tratos ao detido. No único caso em que foi relatada violência por parte dos policiais, houve o devido encaminhamento para que se apurasse o fato.

Esse cuidado é muito positivo, pois alguns estudos de campo revelaram que os participantes das audiências não se preocupam com a violência policial⁷. Num dos casos relatados, um juiz, mesmo diante das evidências físicas de violência que o preso trazia em seu corpo e do pedido do defensor para que a denúncia fosse apurada, desacreditou a versão do preso sobre os fatos, não encaminhou a denúncia para investigação, e ainda decidiu por enviar um ofício ao Batalhão de Polícia onde o policial denunciado estava lotado, parabenizando sua atuação, uma vez que a prisão que ele efetuou havia se dado em seu horário de folga, o que provaria seu comprometimento com a missão institucional⁸.

De outro lado, da análise dos dados coletados nesta pesquisa, constatou-se que o encarceramento provisório é alto, tanto nos flagrantes (61%), quanto nas prisões preventivas e temporárias (86%). Em relação aos flagrantes, percebe-se que este índice poderia ter sido menor se não houvessem ocorrido tantas autuações pelo delito de tráfico

⁵ A redução do encarceramento provisório consta expressamente como um dos objetivos das audiências de custódia no site do CNJ. *Vide*: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>

⁶ PAIVA, C. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**, 2017, pp. 66-68.

⁷ Neste sentido: BRASIL. Ministério da Justiça. **Audiências de custódia e prevenção à tortura: análise das práticas institucionais e recomendações de aprimoramento**. Brasília, 2016, **Audiências de Custódia – Um ano desde a Resolução CNJ 213** (Editorial). In: Boletim IBCCRIM, ano 24, nº 289, dezembro de 2016, p. 1 e VALENÇA, M. A. *et al.* **Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife**, Boletim IBCCRIM, ano 24, nº 280, p. 8-9.

⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. **Audiências de custódia e prevenção à tortura: análise das práticas institucionais e recomendações de aprimoramento**, 2016, p. 41

de drogas internacional, crime que representou mais da metade das autuações neste primeiro ano de realização das audiências de custódia.

É perceptível a diferença de tratamento dado ao tráfico em relação aos outros delitos: enquanto a liberdade foi concedida em **todos** os casos de moeda falsa, contrabando e descaminho, somente **um** flagrante de tráfico terminou em liberação do custodiado depois da realização da audiência de custódia. Curiosamente, um dia após a liberação do preso, foi decretada sua prisão preventiva.

Outro fato digno de registro é que algumas das conversões do flagrante em preventiva ocorreram mesmo com a manifestação do Ministério Público Federal pela liberação do preso com a fixação de medidas cautelares diversas da prisão.

O rigor no tratamento das acusações de tráfico não se verifica só na primeira instância: dos *habeas corpus* impetrados pela Defensoria Pública da União, apenas um foi provido para conceder a liberdade à pessoa presa.

Esses dados sugerem que os juízes estão julgando a liberdade não pelas condições do detido, mas pelo tipo penal. Essa impressão é reforçada pelo fato de que vários dos custodiados tinham filhos que deles dependiam e, à exceção de um, não possuíam antecedentes criminais. Estes fatores, em tese, contribuiriam para a concessão da liberdade provisória. Outro ponto que favoreceria a liberação dos presos é a ausência de indícios de que eles integrassem a organização criminosa, o que ensejaria a redução da pena eventualmente aplicada em até dois terços, conforme prevê o parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Com a incidência dessa causa de diminuição de pena, em alguns casos verificou-se que, na sentença, foram aplicadas penas restritivas de direitos aos acusados, eis que sua condenação foi em patamar inferior a quatro anos de reclusão. Isso ocasionou uma distorção: durante o trâmite do processo, quando milita em favor dos réus a presunção de inocência, eles foram submetidos a uma condição mais gravosa do que a imposta ao final do processo.

Outra questão interessante que se observou diz respeito à concessão de liberdade provisória mediante o estabelecimento de fiança. Apesar dos pedidos da defesa nas audiências de custódia para fixação de medidas cautelares alternativas, considerando a hipossuficiência econômica dos custodiados, em apenas uma das liberações não foi exigida a fiança. Tal exigência constitui mais um obstáculo à liberdade. Observou-se que, nessas situações, o que ocorre é o pagamento da fiança pelos familiares, violando o princípio da pessoalidade da pena.

Em um dos casos acompanhados pela Defensoria Pública da União, impôs-se fiança em valor demasiado alto até para os familiares do preso, de sorte que ele permaneceu encarcerado simplesmente pelo fato de ser pobre. Tal situação somente foi alterada após a reiteração do pedido de substituição da fiança por medidas cautelares alternativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O balanço do primeiro ano das audiências de custódia na Justiça Federal no Recife, por um lado, é positivo porque, de fato, a apresentação do preso ao juiz representa um marco civilizatório no processo penal: permite a análise rápida da necessidade de prisão do custodiado, bem como uma avaliação mais humanizada por parte dos juízes. Além disso, promove o contato do preso com um defensor logo no início do processo, o que facilita sua defesa e orientação.

O procedimento previsto nas Resoluções do CNJ e do TRF da 5ª Região, em geral, vem sendo cumprido pelos magistrados federais, apenas com o problema pontual em relação ao acesso aos autos à defesa, conforme mencionado anteriormente.

De outro lado, percebe-se que o padrão de encarceramento é alto, que a lógica binária da fiança e da prisão permanece e que a cultura do encarceramento não se modificou, em especial quanto ao delito do tráfico de drogas.

Embora tenha sido observado que todos os magistrados federais se preocupam em avaliar as condições físicas dos réus no momento em que lhes são apresentados, bem como questionam aos custodiados se houve algum tipo de abuso ou maus-tratos no momento da prisão e enquanto perdurou a custódia, claramente a preocupação não se estende para além destas indagações.

É perceptível, pelo modo de conduzir a audiência de custódia, que os juízes federais não internalizaram um dos objetivos cruciais da apresentação do preso nos moldes pensados na Convenção Americana de Direitos Humanos e consagrados nas próprias resoluções internas: não há a preocupação em serem analisadas que medidas cautelares alternativas à prisão poderiam ser aplicadas a cada um dos casos que se lhes apresentam, não há a preocupação em reduzir o índice de encarceramento provisório, enfim, não há a preocupação em se utilizar do momento da apresentação do réu à sua pessoa para, casuística e humanamente, se repensar o modelo de política criminal vigente.

Do cotidiano das audiências de custódia na Justiça Federal em Recife, é preciso pontuar que os juízes federais não se aperceberam da oportunidade de realização de direitos fundamentais trazida pelas audiências de apresentação, nas quais se poderia, de logo, dar plena concretude ao art. 319 do CPP (vigente desde um quinquênio antes). Ao revés, a prática tem evidenciado que os magistrados federais continuam bastante reticentes em aplicar medidas cautelares diversas à prisão, sobretudo em casos de tráfico internacional de entorpecentes, conduzindo as audiências de custódia como se mera formalidade fossem para o andamento do feito, esvaziando, portanto, em grande parte, uma das finalidades primordiais para que foram concebidas.

Isso tudo sugere que ainda há um caminho longo a ser percorrido e que a alteração trazida pelo CNJ (que se espera ver positivada em breve) não é suficiente para alterar a realidade sem que ocorra um trabalho de base com os juízes para que eles entendam a importância das audiências de custódia.

REFERÊNCIAS

Audiências de Custódia – Um ano desde a Resolução CNJ 213 (Editorial). In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, nº. 289, dezembro de 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Audiências de custódia e prevenção à tortura: análise das práticas institucionais e recomendações de aprimoramento**. Brasília, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

PAIVA, C. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2ª Edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TRIBUNALREGIONALDA5ªREGIÃO. Resolução04, de 16 março de 2016. Disponível em: <https://www5.trf5.jus.br/documento/?arquivo=RESOLU%C7%C3O+N.04.2016.pdf&tipo=res> . Acesso em: 19 mar. 2017.

VALENÇA, M. A. *et al.* Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife, In: **Boletim IBCCRIM**, ano 24, nº. 280.

DROGAS NAS FORÇAS ARMADAS, PERFIL
DO USUÁRIO E PERSECUÇÃO CRIMINAL: A
QUESTÃO DA INCONVENCIONALIDADE
DO ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR

Nidival Frota Bitencourt

*DRUGS IN THE ARMED FORCES , USER PROFILE AND CRIMINAL
PERSECUTION: THE QUESTION OF UNCONVENTIONALITY OF
ARTICLE 290 OF THE BRAZILIAN MILITARY CRIMINAL CODE*

DROGAS NAS FORÇAS ARMADAS, PERFIL DO USUÁRIO E PERSECUÇÃO CRIMINAL: A QUESTÃO DA INCONVENCIONALIDADE DO ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR

DRUGS IN THE ARMED FORCES , USER PROFILE AND CRIMINAL PERSECUTION: THE QUESTION OF UNCONVENTIONALITY OF ARTICLE 290 OF THE BRAZILIAN MILITARY CRIMINAL CODE

Nidival Frota Bitencourt

*Capitão do Exército Brasileiro
Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo
São Paulo, Brasil.*

nidival@gmail.com

RESUMO

Este trabalho objetiva traçar o perfil dos usuários de drogas nas Forças Armadas e analisar a inconvencionalidade do art. 290 do Código Penal Militar, que proíbe a posse de drogas para consumo pessoal em área sob administração militar. A pesquisa apontou que o referido dispositivo serve majoritariamente à incriminação de usuários de drogas, jovens cabos e soldados de 18 a 21 anos, de baixa renda e baixa escolaridade, a maioria dos quais prestando o serviço militar obrigatório, que, no momento do crime, estavam desarmados, não cumpriam serviço de escala e foram flagrados na posse de ínfima quantidade de maconha para consumo pessoal. Por se tratar de um grupo vulnerável, as Convenções da ONU sobre Drogas e a novel Resolução S-30/1 aprovada na Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas de 2016 (UNGASS 2016) exigem a implementação de medidas práticas pertinentes à faixa etária, bem como a proteção da saúde, da segurança e do bem-estar desses indivíduos. No entanto, ao invés de adotar tais medidas sociais e de saúde, o Brasil segue encarcerando usuários de drogas com base no art. 290 do CPM por até cinco anos. Portanto, tal dispositivo obsta o cumprimento do compromisso internacionalmente assumido pelo Brasil perante a UNGASS 2016 e vulnera as

referidas Convenções da ONU. Ante o exposto, concluiu-se pela inconveniência do art. 290 do CPM e a conseqüente descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal em área sob administração militar.

Palavras-chave: Usuário de drogas. Forças Armadas. Grupo vulnerável. Controle de convencionalidade. Descriminalização.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to profile the drug users in the Armed Forces and to analyze the unconventionality of article 290 of the Military Criminal Code (MCC), that criminalize the simple drug possession for personal use in area under military administration. The research pointed out that the aforementioned article mainly serves for the incrimination of drug users, young Privates and Specialists of 18 to 21 years of age, low income and low level of education, most of whom perform compulsory military service, which, at the time of the crime, were unarmed, did not perform service of call and were caught at the possession of a small amount of marijuana for personal use. Since it is a vulnerable group, the three international drug control conventions and the Resolution S-30/1 adopted by the UN General Assembly at the Special Session on Drugs (UNGASS) 2016 require the implementation of age-appropriate practical measures as well as the protection of the health, safety and well-being of these vulnerable members of society. However, instead of adopting such social and public health measures, Brazil continues to imprison drug users based on Article 290 of the MCC for up to five years. Therefore, that article obstructs the fulfillment of the international commitment made by Brazil to UNGASS 2016 and violates the mentioned UN Conventions. In view of the above, it is defended the unconventionality of art. 290 of MCC and the consequent decriminalization of simple drug possession for personal use in area under military administration.

Keywords: Drug user. Armed Forces. Vulnerable group. Conventionality control of law. Descriminalization.

Data de submissão: 20/03/2017

Data de aceitação: 22/08/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. DROGAS NAS FORÇAS ARMADAS, PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS E PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS 1.1 Perfil dos envolvidos no crime de drogas do art. 290 do CPM 1.2 Da vulnerabilidade social em face da idade, escolaridade e renda 1.3 Da proteção convencional de grupos vulneráveis e da promoção de direitos humanos 2. DA INCONVENIENCIONALIDADE DO CRIME MILITAR DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL PERANTE AS CONVENÇÕES DA ONU SOBRE DROGAS E A RESOLUÇÃO S-30/1 DA UNGASS 2016 2.1 Da superioridade hierárquica das Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos frente às leis nacionais 2.2 Da interseção entre Política sobre Drogas e Direitos Humanos 2.3 A incompatibilidade material entre o art. 290 do CPM e as Convenções de Nova York (1961) e de Viena (1971 e 1988) 2.4 Da prevalência do princípio da hierarquia em face do princípio da especialidade 2.5 Do *distinguishing* do caso *sub judice* em relação ao caso paradigma objeto do *Habeas Corpus* n.º. 103.684/DF. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A **criminalização** da posse de drogas para consumo pessoal em área sob Administração Militar é objeto do art. 290 do Código Penal Militar (CPM). O tema é de suma importância, sobretudo diante da recentíssima discussão no Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 635.659/SP, acerca da (in)constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/06), que trata da posse de drogas para consumo pessoal.¹ Tal matéria é objeto de acirrados debates, normalmente caracterizados por uma exacerbada polarização entre **proibição e legalização** e, não raro, ignorando-se outras políticas regulatórias intermediárias adotadas por diversos países, notadamente a **despenalização** e a **descriminalização**.²

¹ O citado Recurso Extraordinário encontra-se pendente de julgamento, porém, os três votos já proferidos foram todos no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da criminalização da posse de drogas para consumo pessoal tipificada no art. 28 da Lei de Drogas.

² Em linhas gerais, na **despenalização**, a posse de drogas para consumo pessoal mantém a natureza de crime, porém a pena privativa de liberdade é substituída por medidas alternativas à prisão. Já na **descriminalização**, por sua vez, a conduta deixa de ser crime, podendo ficar, no entanto, sujeita a restrições não penais.

Enquanto a Lei de Drogas (Lei 11.343/06, art. 28) adotou uma política regulatória de **despenalização** da posse de drogas para consumo pessoal, o art. 290 do CPM adotou a mais rígida das políticas regulatórias existentes, a **proibição**³, mediante a qual a mera posse de drogas para consumo pessoal é criminalizada, sendo-lhe cominada a sanção penal de um a cinco anos de reclusão, pena idêntica, aliás, à do tráfico de drogas, uma vez que o referido dispositivo dá igual tratamento ao usuário e ao traficante.

O presente estudo pretende, no capítulo seguinte, identificar inicialmente o segmento da população que é alvo da persecução penal militar em face do art. 290 do CPM para, em seguida, analisar se há alguma *condição social* que permita identificar tais indivíduos como membros de um grupo vulnerável. Em havendo, examinaremos as obrigações internacionalmente assumidas pelo Brasil para proteção de grupos vulneráveis e da promoção de direitos humanos da população usuária de drogas, no marco das Convenções da ONU sobre drogas.

Finalmente, no capítulo terceiro, investigaremos se o modelo de proibição adotado pelo referido art. 290 do CPM é compatível com as referidas Convenções da ONU sobre drogas, sobretudo, com o advento da novel Resolução S-30/1 da UNGASS 2016.

1. DROGAS NAS FORÇAS ARMADAS, PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS E PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

1.1 PERFIL DOS ENVOLVIDOS NO CRIME DE DROGAS DO ART. 290 DO CPM

A recente “Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união: tráfico, posse ou uso de entorpecente”⁴, conduzida pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar, do Egrégio Superior Tribunal Militar (STM), trouxe a lume a inquietante realidade do segmento da população alvo das ações penais militares conduzidas pela Justiça Militar da União instauradas

³ **Proibição** é o termo utilizado tanto pelas legislações domésticas, quanto pelo sistema internacional de fiscalização e controle de drogas, fundado nas Convenções capitaneadas pela ONU, e refere-se ao estabelecimento de **sanções penais** para combater, de um lado, a oferta (plantio, produção, distribuição e comércio) e, de outro, demanda (consumo) de drogas.

⁴ Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união: tráfico, posse ou uso de entorpecente.**

pela suposta prática do crime tipificado no art. 290 do CPM, no período de 2002 a 2013.

A referida pesquisa constatou um **contundente aumento** da ocorrência de crimes relativos ao porte, uso ou tráfico de drogas (art. 290 do CPM). A taxa de crescimento foi da ordem de **18,5% ao ano**, saindo de 64 crimes no ano de 2002 para 192 casos em 2012. O aumento percentual nesse período foi de **200% (duzentos por cento)**.⁵

Embora o art. 290 do CPM puna não apenas a mera posse e o uso, mas também o tráfico, a pesquisa do STM apontou que os processos penais nos quais ficou evidente a **intenção de traficar** representam apenas cerca de **1,1%** do total. De um total de 996 acusados no período de 2002 a 2013, em apenas 11 (onze) deles ficou evidenciada a finalidade de traficar.⁶

A **maconha** é a substância mais comum, sendo encontrada em 81,6% dos casos, seguida da cocaína e do crack. A pesquisa demonstra que em 23% das apreensões de maconha, o peso da droga apreendida não ultrapassa 0,5 grama. Em **95%** dos casos, a quantidade é diminuta, não superando 15 gramas.⁷

No caso da **cocaína**, em mais da metade das apreensões, o peso da droga não ultrapassa 0,5 grama. Em **84%** dos casos, a quantidade é diminuta e não ultrapassa 2 gramas.⁸

A pesquisa também apontou que a maioria dos acusados **não** estava no exercício de serviço de escala (64%). Dentre os restantes que cumpriam o serviço de escala (36%), apenas um quinto estava **armado**, o que representa **7,3%** do total, i.e., dentre 996 acusados, apenas 73 cumpriam serviço de escala armado.⁹

⁵ Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união: tráfico, posse ou uso de entorpecente**, p. 9.

⁶ Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união: tráfico, posse ou uso de entorpecente**, p. 38.

⁷ Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união: tráfico, posse ou uso de entorpecente**, pp. 33-34.

⁸ Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união: tráfico, posse ou uso de entorpecente**, p. 35.

⁹ Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união: tráfico, posse ou uso de entorpecente**, pp. 36-37.

Chama a atenção a faixa etária dos acusados. São, na maioria, **jovens** de até **21 anos** de idade (**92,2%**), sendo que mais de **dois terços (68,2%)** dos crimes são cometidos por **jovens entre 18 e 19 anos**. Ademais, alcança a surpreendente marca de **98,2%** o total de jovens acusados com **até 25 anos**¹⁰, como se pode constatar na Tabela 1, abaixo.

Tabela 1 – Percentual de crimes associados a drogas nas Forças Armadas por faixa etária, 2002 a 2013

	FAIXA ETÁRIA					TOTAL
	18 a 19	20 a 21	22 a 25	26 ou mais	Não informado	
TOTAL	679	239	58	18	2	996
PERCENTUAL	68,2%	24%	5,8%	1,8%	0,2%	100%

Fonte: adaptado de Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união:** tráfico, posse ou uso de entorpecente, p. 25.

Da mesma forma, os dados constantes da Pesquisa do STM mostram que o grupo formado por **cabos e soldados** representa **98,1%** do total, conforme a Tabela 2, abaixo.

Tabela 2 – Percentual de crimes associados a drogas nas Forças Armadas por círculo hierárquico, 2002 a 2013

CÍRCULO HIERÁRQUICO	TOTAL	PERCENTUAL
Oficiais, Subtenentes, Suboficiais, Sargentos	2	0,2%
Cadetes e Alunos de OFOR	7	0,7%
Cabos e Soldados	977	98,1%
Civis	9	0,9%
Não informado	1	0,1%
TOTAL	996	

Fonte: adaptado de Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união:** tráfico, posse ou uso de entorpecente, p. 24-25.

Assim, da análise da Tabela 1, percebe-se que cerca de **98%** dos envolvidos com drogas são **jovens** de **até 25 anos**. De igual, a Tabela 2 nos informa que aproximadamente **98%** dos envolvidos são **cabos e soldados**, estamento basilar da hierarquia militar, detentores dos mais baixos soldos. Essa equivalência de percentuais se deve ao fato de que o grupo de jovens

¹⁰ Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união:** tráfico, posse ou uso de entorpecente, p. 25.

militares que integram o círculo hierárquico de cabos e soldados ingressa nas Forças Armadas pelo serviço militar obrigatório aos 18 anos de idade, podendo permanecer incorporados às instituições militares por até 8 (oito) anos, quando terão por volta de 26 anos.

Além disso, cerca de **3/4 (três quartos)** dos acusados possuem, no máximo, o **ensino fundamental completo**. Vejamos:

Tabela 3 – Percentual de crimes associados a drogas nas Forças Armadas por grau de escolaridade, 2002 a 2013

GRAU DE ESCOLARIDADE	TOTAL	PERCENTUAL	
Alfabetizado	91	12,9%	73,9%
Ensino fundamental incompleto	65	9,2%	
Ensino fundamental completo	366	51,8%	
Ensino médio completo	182	25,8%	
Ensino superior completo ou pós-graduação	2	0,3%	
TOTAL	706	100%	

Fonte: adaptado de Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união:** tráfico, posse ou uso de entorpecente, p. 25-26.

Pode-se constatar que **mais da metade** dos acusados com base no art. 290 do CPM (51,8%) concluíram apenas o **ensino fundamental completo**. Se considerarmos o conjunto de envolvidos/acusados que possuem o ensino fundamental completo, o fundamental incompleto e aqueles que, embora alfabetizados, não possuem escolarização formal, o índice chega a surpreendentes **73,9%**, i.e., quase **3/4 (três quartos)** do total possuem, no máximo, o ensino fundamental completo.

Essas informações são indispensáveis para traçar o perfil dos militares (e eventualmente civis) portadores de drogas para consumo pessoal em área sob administração militar que hoje são condenados a penas privativas de liberdade em razão do que prescreve o art. 290 do CPM:

Constata-se que a Justiça Castrense alcança, sobretudo, um grupo de militares que possui, **pelo menos**, três vulnerabilidades sobrepostas, a saber, a etária, a econômica e a baixa escolaridade: trata-se de **jovens de até 21 anos** do mais baixo estamento da hierarquia militar (cabos e soldados) – a maioria dos quais cumprindo o serviço militar obrigatório –, detentores dos **mais baixos soldos** e com, no máximo, o **ensino fundamental completo**.

1.2 Da vulnerabilidade social em face da idade, escolaridade e renda

É imprescindível considerar o **perfil** dos militares portadores de drogas para consumo pessoal que hoje são condenados a penas privativas de liberdade em razão do que prescreve o art. 290 do CPM. Não se pode, por imperativo de justiça, desconsiderar a situação de **vulnerabilidade social** pregressa ao processo penal e à condenação, o percurso até a entrada no sistema de justiça criminal, o acesso às políticas de saúde e moradia, exposição a violências e restrições ao exercício da cidadania e, sobretudo, a idade, a escolaridade e a renda dos militares que vêm sendo condenados com base no disposto no art. 290 do CPM.

Vulnerabilidade é definida como o estado de indivíduos ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham sua capacidade de resistência ou de autodeterminação reduzida ou impedida, podendo apresentar dificuldades para proteger seus próprios interesses devido a “déficits de poder” (político, econômico, jurídico, institucional etc.), força, inteligência, representatividade, oportunidades, pouca idade, educação, recursos financeiros ou outros atributos.¹¹

A noção de vulnerabilidade está umbilicalmente unida à proteção dos **direitos humanos**. São vulneráveis aquelas pessoas que têm diminuídas, por diferentes razões, suas capacidades de enfrentar as eventuais violações de direitos fundamentais¹², de direitos humanos. Essa diminuição de capacidades, i.e., essa vulnerabilidade está associada a determinada condição que permite identificar o indivíduo como membro de um grupo.¹³

No que diz respeito ao público-alvo do art. 290 do CPM, a pesquisa do STM aponta que há, **pelo menos** três vulnerabilidades sobrepostas: a etária, a econômica e a baixa escolaridade. Vejamos, a seguir, suas implicações.

¹¹ Em sentido aproximado, o conceito adotado pelo Conselho Nacional de Saúde do Ministério da Saúde, na Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012, que define vulnerabilidade como o “estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou impedida, ou de qualquer forma estejam impedidos de opor resistência, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido”.

¹² Entendem-se aqui **direitos fundamentais** como direitos humanos incorporados ao ordenamento constitucional.

¹³ Detalhadamente, Rede DHES (Direitos Humanos e Ensino Superior). **Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis**. Manual. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2014, p. 13. Disponível em: <https://www.upf.edu/dhes-alfa/materials/DDGV_PORT_Manual_v4.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016. Cf. Castro, Mary Garcia; Abramovay, Miriam. Jovens em situação de pobreza, vulnerabilidades sociais e violências. **Cadernos de Pesquisa**, n. 116, p. 143-176, jul. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n116/14402.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

1.2.1 Vulnerabilidade etária

A **idade** é a condição que determina que os jovens estejam em especial situação de vulnerabilidade em relação aos direitos humanos, vulnerabilidade esta que resulta do déficit de poder que os jovens possuem quando comparados com os adultos. Não é difícil constatar que, numa sociedade **adulocrática**, por razões de ordem cultural, social e estrutural, os espaços de poder político, econômico, jurídico e institucional são ocupados majoritariamente por adultos, ficando a juventude, não raro, alheia ao processo de tomada de decisões na sociedade.

Essa condição é catalisada no âmbito das Forças Armadas, instituições cuja operacionalidade e eficiência dependem, de um lado, do respeito irrestrito à hierarquia e disciplina e, de outro, do conhecimento técnico-profissional e da experiência de seus chefes.

No círculo dos Oficiais, não se verá um tenente-coronel comandante de batalhão com idade inferior a um tenente ou capitão, comandantes, respectivamente, de pelotão ou de companhia. A experiência adquirida com a idade é um fator – embora não absoluto – que convém ser considerado para o exercício do poder e da autoridade na estrutura hierárquica das instituições militares.

Se isso é assim, a idade é a condição que determina que os jovens militares, ainda mais os cabos e soldados, que compõem o mais baixo estamento da estrutura hierárquica militar, estejam em especial situação de vulnerabilidade social, vulnerabilidade esta que decorre do seu déficit de poder (institucional, legal e regulamentar) quando comparados com militares mais experientes ou de graus hierárquicos superiores.

Além disso, no que diz respeito à vulnerabilidade às drogas, os jovens são apontados como o grupo etário mais suscetível à toxicodependência.¹⁴

¹⁴ Ilustrativamente, a pesquisa promovida por uma equipe do Baylor College of Medicine, nos Estados Unidos, descobriu que há razões de ordem biológica que explicam o fato de os adolescentes serem mais propensos à toxicodependência do que adultos: “a capacidade de produzir ou sintetizar novas proteínas, regulada por uma molécula chamada eIF2, é o que justifica a hipersensibilidade dos jovens à cocaína e nicotina”. Além disso, a pesquisa constatou que, diferentemente dos adultos, os jovens possuem um limiar mais baixo para os efeitos das drogas sobre os neurônios responsáveis pelo armazenamento de dopamina, uma substância crítica para a formação da toxicodependência, ou seja, os jovens precisam de menos quantidades de droga para desenvolverem o vício. Para mais detalhes, v. <<http://doutorjairo.blogosfera.uol.com.br/2016/03/01/estudo-explica-por-que-jovem-e-mais-vulneravel-ao-vicio-por-drogas/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

Parte-se da ideia de ser esta faixa etária mais suscetível a comportamentos de risco, de um modo geral. Isso decorre das características comuns a esta fase da vida, apontadas por diferentes áreas do conhecimento. Citamos algumas: momento de transitoriedade e, portanto, de ambiguidade (nem criança, nem adulto); autonomia e responsabilidade relativas; conflito com o mundo adulto (necessidade de opor-se para autoafirmar-se no processo de construção de identidade); crise potencial com emergência de um novo corpo, nova imagem de si mesmo e vivência da sexualidade; sentimento de invulnerabilidade e potencialidade para autodestruição; ansiedade frente às exigências pouco definidas e às demandas difíceis de serem cumpridas em relação à família, trabalho, lazer e consumo¹⁵

1.2.2 Vulnerabilidade econômica

Adicionalmente, a **baixa renda** representa inequivocamente uma condição determinante de vulnerabilidade social, que concorre para a exclusão e marginalização social e impede o acesso a direitos humanos fundamentais, como moradia digna, saneamento básico, saúde, educação, trabalho digno, previdência, acesso à justiça, acesso à informação, lazer, cultura, dentre outros.

Como apontado supra, mais de **98%** dos militares processados com base no art. 290 do CPM são **cabos e soldados**, estamento basilar da hierarquia militar, detentores dos **mais baixos soldos** dentro da estrutura remuneratória das Forças Armadas, segundo a Lei de Remuneração das Forças Armadas (Medida Provisória n° 2.215-10, de 31 de agosto de 2001) e a Lei n° 13.321/2016. Os cabos e soldados formam a base socioeconômica da pirâmide hierárquica militar, cujos vencimentos não ultrapassam **três salários mínimos**.

Além disso, é imprescindível uma distinção complementar: **dois terços** dos envolvidos com drogas (**68,2%**) são **jovens** com apenas **18** ou **19 anos** de idade. Em regra, nessa faixa etária, os soldados estão cumprindo os doze meses de **serviço militar obrigatório**; são os chamados “recrutas”, militares de menor grau hierárquico na estrutura militar, cujos vencimentos são **inferiores ao salário mínimo**. Portanto, dentro do grupo de cabos e soldados, há um subgrupo ainda mais economicamente vulnerável: os jovens recrutas de 18 e 19 anos, que cumprem, em regra, o serviço militar obrigatório, cujos vencimentos são **inferiores a um salário mínimo** e que representam sozinhos **dois terços** dos envolvidos com drogas nas Forças Armadas.

1.2.3 Vulnerabilidade em face do baixo grau de escolaridade

¹⁵ PAULILO, M. A. S.; e Jeolás, Leila Solberger. Jovens, Drogas, Risco e Vulnerabilidade: aproximações teóricas. **Serviço Social em revista**, 2000, p. 41-42.

De acordo com a já referida pesquisa do STM, **73,9%**, i.e., cerca de **3/4 (três quartos)** do total possuem, no máximo, o ensino fundamental completo.

A **baixa escolaridade** representa uma situação de vulnerabilidade social, uma vez que esta condição impõe barreiras de acesso ao pleno exercício de diversos direitos humanos, tais como o acesso à informação, à justiça, à saúde, ao trabalho digno, dentre outros. Além disso, há estudos que reconhecem uma forte correlação entre a baixa escolaridade e o consumo de droga.

A vulnerabilidade às drogas é potencializada para os jovens de baixa renda e baixa escolaridade – a maioria em nosso país – por fatores como a exposição diária à violência; a desmotivação em relação à escola; a falta de perspectivas de um futuro melhor; e os infindáveis apelos de consumo e lazer – sempre inalcançáveis.

Seguramente o risco representado pelas drogas será avaliado e hierarquizado de forma comparativa aos outros tantos riscos presentes em suas vidas. A capacidade de se proteger estará também, sem dúvida, aí contextualizada.¹⁶

Daí porque o investimento em educação e informação é sabidamente uma importante medida preventiva para o enfrentar o problema do consumo de drogas.

Em síntese, pode-se concluir que o art. 290 do CPM tem servido de instrumento para incriminação, eminentemente, de um grupo vulnerável da sociedade, nomeadamente, o grupo de **jovens** militares de **baixa renda** e de **baixa escolaridade** do **mais baixo estamento hierárquico** (cabos e soldados) que cumprem o serviço militar obrigatório (ou as prorrogações do tempo de serviço).

Nesse sentido, o referido dispositivo penal castrense, quando comparado com o conjunto da sociedade, gera um impacto desproporcional nesse grupo de militares, que já é **socialmente vulnerável**, violando, portanto, o **princípio da não discriminação**.

1.3 Da proteção convencional de grupos vulneráveis e da promoção de direitos humanos

¹⁶ Paulilo, M. A. S.; e Jeolás, Leila Solberger. Jovens, Drogas, Risco e Vulnerabilidade: aproximações teóricas. **Serviço Social em revista**, 2000, p. 57.

No Estado Social e Democrático de Direito, o Poder Judiciário, no exercício de sua *função* contramajoritária, é incumbido da responsabilidade institucional de proteger minorias contra eventuais excessos da maioria e de garantir a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna e dos direitos humanos reconhecidos nos Tratados e Convenções Internacionais.¹⁷

O Poder Judiciário, no exercício da função contramajoritária, busca a **proteção** de minorias, hipossuficientes ou **grupos vulneráveis** contra excessos cometidos pela maioria, inclusive no plano legislativo, quando da análise da compatibilidade de leis nacionais com a Carta Magna e com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Assim, o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade exercidos pelo Poder Judiciário tornam-se importantes instrumentos de promoção de direitos fundamentais e dos direitos humanos internacionais dos grupos vulneráveis.

No caso vertente, não se pode ignorar que o público-alvo do art. 290 do CPM é um grupo vulnerável que demanda especial atenção por parte do Poder Público: militares do mais baixo estamento hierárquico (cabos e soldados), majoritariamente **jovens** com até **21 anos de idade**, de **baixa renda** e de **baixa escolaridade**.

Em matéria de drogas, não apenas no plano constitucional, mas também no plano convencional, o Estado brasileiro assumiu a obrigação internacional de proteger grupos vulneráveis. É o que passaremos a analisar no capítulo seguinte, ao mesmo tempo em que verificaremos a compatibilidade entre a proibição da posse de drogas para consumo pessoal em área sob administração militar (CPM, art. 290) e as medidas sociais e sanitárias previstas no sistema jurídico-convencional de controle de drogas da ONU ao qual o Brasil se obrigou internacionalmente a cumprir.

2. DA INCONVENCIONALIDADE DO CRIME MILITAR DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL PERANTE AS CONVENÇÕES DA ONU SOBRE DROGAS E A RESOLUÇÃO S-30/1 DA UNGASS 2016

¹⁷ Nesse sentido, o RE 477.554 AgR/MG, da lavra do Ministro Celso de Melo, 2ª Turma do STF, em 16/08/2011, no qual restou assentado que “Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado.

A emissão de um juízo qualquer de inconvenção sobre o art. 290 do CPM em face das Convenções da ONU sobre Drogas depende da resposta afirmativa das quatro questões seguintes, as quais estão lógicas e sequencialmente encadeadas:

i) O sistema normativo brasileiro admite o controle de convencionalidade de leis nacionais em face de Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos?

ii) As Convenções da ONU sobre Drogas tratam de matéria de Direitos Humanos a ensejar, portanto, a possibilidade de controle de convencionalidade?

iii) Há incompatibilidade material entre as Convenções da ONU sobre Drogas e o art. 290 do CPM?

iv) Havendo incompatibilidade material, o princípio da hierarquia deve prevalecer sobre o princípio da especialidade?

Os quatro tópicos a seguir cuidam justamente de cada uma das questões acima levantadas.

2.1 Da superioridade hierárquica das Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos frente às leis nacionais

A primeira questão diz respeito à admissão (ou não) do controle de convencionalidade de leis nacionais em face de leis internacionais de direitos humanos.

É cediço que a Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, segundo o qual, as Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, uma vez aprovados, na Câmara de Deputados e no Senado Federal, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, adquirem o status de emendas constitucionais. Além desses atos normativos internacionais equiparados a emendas constitucionais, as demais convenções e tratados que discorrem sobre matéria de direitos humanos incorporados antes da referida da EC nº 45/04, possuem hierarquia infraconstitucional, porém supralegal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos RE 466.343-SP e HC 87.585-TO.

Assim, tanto as convenções e tratados internacionais de direitos humanos aprovados segundo o rito do § 3º, do art. 5º, da CF/88 (atos normativos internacionais equiparados a emendas constitucionais), quanto aquelas convenções e tratados internacionais de direitos humanos aprovados até o advento da EC nº 45/04 (de estatura infraconstitucional, porém supralegal), por se situarem **hierarquicamente acima das leis nacionais**, ensejam a possibilidade de aferição da compatibilidade entre as leis nacionais e tais convenções/tratados internacionais. Daí se falar em **controle de convencionalidade** das leis nacionais, à semelhança do controle de constitucionalidade. Enquanto neste, o parâmetro do controle é a Constituição, naquele, são as convenções e tratados internacionais que contenham normas de direitos humanos que funcionam como parâmetro do controle de convencionalidade. Assim, quando uma lei nacional afrontar uma lei internacional de direitos humanos, deve sobre aquela recair o juízo de inconvenção e, por conseguinte, deve a lei nacional conflitante ser expurgada do ordenamento jurídico, por violação ao princípio da hierarquia.

2.2. Da interseção entre Política sobre Drogas e Direitos Humanos

A segunda questão a ser levantada é justamente se as Convenções da ONU sobre Drogas tratam de matéria de Direitos Humanos, a ensejar, portanto, a possibilidade de controle de convencionalidade. A resposta é afirmativa. É tamanha a proximidade entre Direitos Humanos e Política sobre Drogas, que a novel **Resolução S-30/1**, adotada pela **Sessão Especial das Assembleia Geral das Nações Unidas (UNGASS)** em **19 de abril de 2016**, em Nova York, especialmente convocada para rediscutir a Política Mundial sobre Drogas objeto das três Convenções da ONU sobre Drogas, dedicou um eixo temático especificamente ao tema dos direitos humanos, nomeadamente o eixo **“Recomendações operacionais sobre questões intersectoriais: as drogas e os direitos humanos, os jovens, as crianças, as mulheres e as comunidades”**.¹⁸

A referida Resolução S-30/1 da **UNGASS 2016** foi produto do consenso global que reconhece que a solução para o problema mundial das drogas está em uma abordagem que coloque as pessoas em primeiro lugar, orientada pela saúde pública e pelos direitos

¹⁸ Aliás, a referida Resolução está em consonância com o posicionamento do Brasil adotado no texto final elaborado pelo CONAD (Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas) especialmente para a UNGASS 2016, que, por sinal, também dedicou um eixo temático exclusivamente à matéria de Direitos Humanos. Cf. CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS (CONAD). **Posicionamento do CONAD frente à UNGASS 2016**. Disponível em: <http://pbpd.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2015/11/Posicionamento_CONADUNGASS_consolidado.pdf>. Acesso em 12 dez. 2016.

humanos.¹⁹

Uma vez que se reconhece que os atos normativos que tratam da **Política sobre Drogas**, seja no âmbito nacional, seja no âmbito internacional, congregam inúmeros dispositivos que, substancialmente, tratam de matéria de Direitos Humanos, a ensejar, portanto, a possibilidade de controle de convencionalidade de leis nacionais materialmente incompatíveis, em obediência ao princípio da hierarquia.

2.3 A incompatibilidade material entre o art. 290 do CPM e as Convenções de Nova York (1961) e de Viena (1971 e 1988)

A terceira questão a ser enfrentada é o teste de compatibilidade material entre o art. 290 do CPM, sobretudo no que diz respeito à criminalização do usuário de drogas, e as três Convenções internacionais que conformam a chamada Política Mundial sobre Drogas, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU).²⁰ Saliente-se, inicialmente, que as referidas convenções são complementares e conformam o Sistema de Fiscalização Internacional de Drogas, cabendo ao United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) – **Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime** a atribuição de apoiar os países na implementação de tais convenções.

É de se destacar que um dos objetivos declarados das convenções internacionais de controle de drogas é proteger a **saúde** dos indivíduos e da sociedade contra os efeitos adversos do consumo de drogas. As convenções exigem que os governos limitem o uso de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas a fins médicos e científicos, a fim de

¹⁹ Nesse sentido, o pronunciamento de Yury Fedotov, diretor-executivo do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), durante a UNGASS 2016, após a adoção pelos Estados-membros da Resolução S-30/1. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-politicas-globais-sobre-drogas-devem-ter-vies-de-saude-e-direitos-humanos/>>. Acesso em 12 dez. 2016.

²⁰ As referidas convenções foram incorporadas ao ordenamento pátrio: **Convenção de Nova York de 1961**, emendada pelo Protocolo de 1972 (Convenção Única sobre Entorpecentes, aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo no 5/164, e promulgada pelo Presidente da República, por meio do Decreto n° 54.216/1964); **Convenção de Viena de 1971** (Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo no 90/1972, e promulgada pelo Presidente da República, por meio do Decreto n° 79.388/1977); e **Convenção de Viena de 1988** (Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo no 162/1991, e promulgada pelo Presidente da República, por meio do Decreto n° 154/1991).

proteger as pessoas, especialmente as mais vulneráveis, das consequências sociais e à saúde do uso de drogas, incluindo a dependência e disfunções relacionadas com as drogas que fragilizam a coesão social e as oportunidades para o desenvolvimento social. A posse, o cultivo e a venda ilícita de drogas são crimes de acordo com as disposições da Convenção de 1988.

No entanto, o artigo 14, § 4º da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988), afirma que “as partes adotarão as medidas apropriadas para eliminar ou reduzir a procura ilícita por entorpecentes e por substâncias psicotrópicas, com vistas a **reduzir o sofrimento humano** e eliminar os incentivos financeiros ao tráfico ilícito” (grifa-se). Neste dispositivo, a Convenção se concentra em **reduzir o sofrimento humano** decorrente das consequências sociais e à saúde decorrente do uso de drogas, bem como combater os ganhos ilícitos das organizações criminosas.

Além disso, em consonância com a abordagem voltada à saúde, o artigo 38, § 1º da Convenção Única sobre Entorpecentes (Convenção de Nova York de 1961), emendada pelo Protocolo de 1972, afirma que as Partes se comprometem a dar especial atenção e tomar todas as medidas necessárias para a **prevenção** do abuso de drogas e para a **identificação precoce, tratamento, educação, acompanhamento médico após o tratamento (pós-tratamento), reabilitação e reintegração social** das pessoas envolvidas, sublinhando o papel crucial das **intervenções sociais** e de **saúde** (tanto psicossociais, quanto farmacológicas), sob os auspícios do Sistema de Saúde, e não do Sistema Criminal.

De acordo com esta abordagem, a Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (JIFE), reconheceu expressamente a necessidade de respeitar o princípio da proporcionalidade nos crimes relacionados às drogas e dedicou o Relatório anual de 2007 (E/INCB/2007/1) especificamente ao tema. De acordo com esse documento, no caso de posse, aquisição ou cultivo de drogas para consumo pessoal, as medidas penais podem ser substituídas por “programas de tratamento, educação, pós-tratamento, reabilitação ou reinserção social”.²¹ Este parece ser o caso dos autos.

De mais a mais, a supracitada Resolução S-30/1 da UNGASS 2016, ao tratar da **justiça criminal**, também abraçou a tese da proporcionalidade das penas e rompeu o silêncio sobre

²¹ Organização das Nações Unidas. Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (JIFE). **Informe 2007**. Disponível em: <https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2007/AR_2007_Spanish.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

a questão das condições dos cárceres, garantias legais em relação à justiça criminal e **medidas alternativas ao encarceramento**, que agora estão entre as diretrizes da política de drogas mundial. O documento reconhece ainda a dependência como um problema de saúde, com causas e consequências sociais, e não mais como um problema criminal.

Resta salientar que, dentre as principais diretrizes da Política Mundial sobre Drogas delineada pelas três Convenções da ONU, está a distinção entre usuário e traficante. Enquanto o comércio ilícito de drogas (tráfico) e a lavagem de dinheiro são tratados como crimes passíveis de pena privativa de liberdade, o uso indevido de drogas é tratado como uma questão de saúde pública, e não uma questão de direito penal. Isso fica deveras evidente a começar pela estrutura da supracitada Resolução S-30/1 da UNGASS 2016: dentre os sete eixos temáticos, um deles é dedicado ao **usuário** (eixo da “redução da demanda”), ao passo que outro eixo é dedicado ao enfrentamento do **comércio ilegal** (eixo “redução da oferta”).²²

Como dito, o tratamento como uma alternativa às sanções penais é especificamente incentivado nas convenções internacionais de controle de drogas e provou-se mais eficaz do que a prisão no sentido de incentivar a recuperação da dependência de drogas e reduzir a criminalidade relacionada com as drogas. E há base científica para que as Nações Unidas adotem tal posicionamento, conforme aponta o documento “**Da coerção à coesão: Tratamento da dependência de drogas por meio de cuidados em saúde e não da punição**”, produzido em Viena, em 2009, sob os auspícios do UNODC:

Há evidências de que o tratamento eficaz da dependência de drogas que oferece intervenções clínicas (hospitalar ou ambulatorial) como uma **alternativa a sanções penais** aumenta substancialmente a recuperação, incluindo a **redução da criminalidade e os custos da justiça penal**. Os melhores resultados em comparação ao efeito das sanções penais isoladamente são evidentes tanto para a pessoa com o transtorno por uso de drogas como para comunidade. **Esta opção deve, portanto, ser considerada no caso de todas as pessoas condenadas por crimes relacionados com drogas. (grifam-se).**²³

A defesa da **descriminalização do uso das drogas para consumo pessoal** foi, aliás, o posicionamento do Estado brasileiro adotado no texto final elaborado pelo CONAD especialmente

²² No primeiro eixo temático, quando a Resolução da UNGASS 2016 trata da redução da demanda (consumo de drogas), as recomendações contemplam apenas medidas de prevenção, tratamento e questões relacionadas à saúde do usuário. Nenhuma palavra destinada à criminalização do consumo ou do usuário. Diferentemente, quando, no terceiro eixo temático, passa-se a tratar da redução da oferta (produção, distribuição e comércio de drogas), é que as recomendações abrangem medidas penais contra a delinquência (tráfico) e a lavagem de dinheiro.

²³ KOETER, M.; Bakker, M. Effectevaluatie van de Strafrechtelijke Opvang Verslaafden (SOV), 2007.

para a UNGASS 2016.²⁴ Vale apontar que, além do CONAD e da UNGASS, outros organismos internacionais recomendam o modelo de **redução de danos** como política mais adequada para a proteção da saúde do usuário de drogas, a exemplo da Organização Mundial de Saúde (OMS), Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids (UNAIDS), o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).²⁵

No mesmo sentido, a descriminalização do uso das drogas foi uma das principais recomendações do Relatório sobre Uso de Drogas nas Américas 2015, da **Organização dos Estados Americanos (OEA)**. O documento foi fruto do pedido feito à OEA por 34 Chefes de Estado e de Governo, incluindo os Estados Unidos, para que diferentes alternativas para a política de drogas fossem discutidas²⁶. Em 2009, a **Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia**, composta pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, um dos mais respeitados intelectuais da atualidade, ao lado de ex-dignatários como o mexicano Ernesto Zedillo e o colombiano Cesar Gaviria, além de diversas outras personalidades, avaliou o impacto das políticas de “guerra às drogas” e formulou recomendações para estratégias mais eficientes, seguras e humanas, entre as quais “tratar o consumo de drogas como uma questão de saúde pública”.²⁷

Fernando Henrique Cardoso também integra a **Comissão Global de Políticas sobre Drogas**, ao lado de personalidades como o ex-Secretário Geral da ONU Kofi Annan, Asma

²⁴ O referido documento assentou que a postura do Brasil seria “Encorajar a UNGASS a discutir alternativas à criminalização do porte de drogas e seu cultivo para consumo próprio. A criminalização do porte e plantio para consumo pessoal de drogas ilícitas tem contribuído para estigmatizar usuários de drogas, dificultando o acesso ao tratamento quando necessário e a sua inclusão social” (CONAD, **Posicionamento**, op. cit.).

²⁵ Boiteux, Luciana; Castilho, Ela Wiecko Volkmer de; Vargas, Beatriz; Batista, Vanessa Oliveira; Prado, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Tráfico de drogas e Constituição**. Pensando o Direito. Ministério da Justiça. Brasília, n. 1, 2009, p. 23; Comissão Global de Políticas sobre Drogas. **Relatório 2016**: avanços na reforma de políticas sobre drogas: uma nova abordagem à descriminalização. Disponível em: <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/11/GCDP-Report-2016_POR.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

²⁶ Organização dos Estados Americanos (OEA). **Informe sobre Uso de Drogas en las Américas 2015**. Disponível em: <<http://www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=3209>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

²⁷ Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia. **Drogas e Democracia**: rumo a uma mudança de paradigma. Disponível em: <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/07/drugs-and-democracy_book_PT.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016. No mesmo sentido, o posicionamento da Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia (CBDD), na Declaração “Hora de Debater e Inovar” (Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia. **Hora de Debater e Inovar**. Declaração. Disponível em: <http://www.cbdd.org.br/wp-content/uploads/2009/10/Hora_de_debater_e_inovar.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016).

Jahangir, Mario Vargas Llosa, Javier Solana, Marion Caspers-Merck, John Whitehead. No primeiro relatório, divulgado em 2011, a supracitada comissão recomendou “acabar com a criminalização, a marginalização e a estigmatização das pessoas que usam drogas, mas que não causam nenhum dano a outros”.²⁸

Para além da proteção dos usuários em geral, a Resolução S-30/1 da UNGASS 2016 dá especial ênfase a um grupo de usuários em particular: os **jovens e membros vulneráveis** da sociedade. No eixo temático n° 4 (“As drogas e os direitos humanos”), no tópico intitulado “As drogas e os direitos humanos, os **jovens**, as mulheres, as crianças e adolescentes, os **membros vulneráveis da sociedade** e as comunidades” (**grifa-se**), há recomendações operacionais aos Estados-Partes específicas:

4. (...)

Las drogas y los derechos humanos, los jóvenes, las mujeres, los niños, los miembros vulnerables de la sociedad y las comunidades.

a) Ampliar los conocimientos de los encargados de formular políticas y la capacidad, según proceda, de las autoridades nacionales competentes en relación con diversos aspectos del problema mundial de las drogas, a fin de que las políticas nacionales en materia de drogas, como parte de un enfoque amplio, integrado y equilibrado, respeten plenamente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales y protejan la salud, la seguridad y el bienestar de las personas, las familias, los miembros vulnerables de la sociedad, las comunidades y la sociedad en su conjunto, y, con ese fin, alentar la cooperación con y entre la Organización de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y otras entidades pertinentes de las Naciones Unidas, en el marco de sus respectivos mandatos, incluidos los relativos a las cuestiones antes mencionadas, y las organizaciones regionales e internacionales pertinentes, así como la sociedad civil y el sector privado, según proceda;

(...)

f) Aplicar medidas prácticas apropiadas para cada edad, adaptadas a las necesidades específicas de los niños, los jóvenes y otros miembros vulnerables de la sociedad, a nivel legislativo, administrativo, social, económico, cultural y educativo, que incluyan medidas que les ofrezcan la oportunidad de llevar una vida saludable y autónoma, a fin de evitar que abusen de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas y que se vean implicados y sean utilizados y explotados en el cultivo ilícito y en la producción y fabricación y el tráfico ilícitos de estupefacientes y

²⁸ Comissão Global de Políticas sobre Drogas. **Relatório 2011**: Guerra às Drogas. Disponível em <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2012/03/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf>. Acesso em 12 dez. 2016.

sustancias sicotrópicas y otras formas de delincuencia relacionada con las drogas, incluidas la delincuencia urbana y la violencia y delincuencia relacionadas con los jóvenes y las bandas, en cumplimiento de las obligaciones que incumben a los Estados partes en la Convención sobre los Derechos del Niño y teniendo en cuenta las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad); (grifam-se)

Aliás, a referida **Resolução está em consonância com o posicionamento do Brasil adotado no texto final elaborado pelo CONAD especialmente para a UNGASS 2016²⁹, que, também no eixo temático dedicado especificamente à matéria de Direitos Humanos**, reconheceu “a necessidade de que as políticas públicas priorizem a atenção a **grupos vulneráveis**” (grifam-se).

A nosso sentir, o compromisso internacionalmente assumido pelo Brasil perante a UNGASS 2016 de proteger a saúde, a segurança e o bem-estar dos membros vulneráveis da sociedade (nº 4, alínea “a” da Resolução S-30/1 da UNGASS 2016), bem como de aplicar medidas práticas apropriadas para cada faixa etária, adaptadas às necessidades específicas dos jovens (nº 4, alínea “f” da Resolução S-30/1 da UNGASS 2016), *in casu*, dos militares **jovens de baixa renda e de baixa escolaridade** que cumprem o serviço militar obrigatório e suas prorrogações, vem sendo obstado por um dispositivo do CPM que, ao invés de propiciar intervenções sociais e de saúde apropriadas à sua faixa etária, intervém, ao revés, na liberdade desse grupo vulnerável de jovens, condenando-o a penas privativas de liberdade que variam de 01 (um) a 05 (cinco) anos de reclusão, violando visceralmente o princípio da **dignidade da pessoa humana** e contribuindo para estigmatizar esses jovens militares usuários de drogas, dificultando o seu acesso ao tratamento quando necessário e a sua inclusão social.

Por todo o exposto, com todo respeito às eminentes opiniões em contrário, o art. 290 do CPM, sobretudo no que diz respeito à criminalização do usuário de drogas, apresenta insanável vício de incompatibilidade material com os marcos legais sobre drogas do Sistema das Nações Unidas que conformam a chamada **Política Mundial sobre Drogas** (i.e., as três Convenções da ONU sobre Drogas c/c a Resolução S-30/1 da UNGASS 2016).

2.4 Da prevalência do princípio da hierarquia em face do princípio da especialidade

²⁹ Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD). **Posicionamento do CONAD frente à UNGASS 2016.**

Nos três apartados antecedentes, vimos (i) que o sistema normativo brasileiro admite o controle de convencionalidade de leis nacionais em face de Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos; (ii) que as Convenções da ONU sobre Drogas tratam de matéria de Direitos Humanos a ensejar, portanto, a possibilidade de controle de convencionalidade; (iii) que há incompatibilidade material entre as Convenções da ONU sobre Drogas e o art. 290 do CPM (apenas no que diz respeito à posse de drogas para consumo pessoal).

Resta, ainda, a quarta e última – e também decisiva – questão a ser enfrentada. Como resolver o conflito antinômico entre o art. 290 do CPM e as Convenções da ONU sobre Drogas? Temos, de um lado, uma norma inferior especial (o CPM) e, de outra, uma norma superior geral (as Convenções da ONU sobre Drogas). Trata-se, como se pode constatar, da chamada antinomia de segundo grau, hipótese em que não mais é suficiente invocar os clássicos critérios ou regras da cronologia, da especialidade e da hierarquia.

As regras supracitadas, como é cediço, são meta-normas que cuidam do conflito entre normas, nomeadamente, as antinomias de primeiro grau. Assim, segundo o critério **cronológico**, a lei posterior revoga a anterior (*lex posterior derogat legi priori*); segundo a regra da **especialidade**, norma especial derroga norma geral (*lex specialis derogat legi generali*); finalmente, pela regra da **hierarquia**, a norma superior derroga a inferior (*lex superior derogat legi inferiori*).

Neste caso, no entanto, essas meta-normas, por si só, não solucionam o conflito. Pelo princípio da especialidade, deve prevalecer o CPM, por ser norma especial, sobre as Convenções da ONU sobre Drogas, já que estas são normas gerais. Entretanto, uma vez manejado o princípio da hierarquia, devem prevalecer as Convenções sobre o CPM, em função da superioridade hierárquica daquelas sobre este.

Aqui, a antinomia situa-se, com efeito, noutra plano: o conflito normativo se dá não exatamente entre normas jurídicas (CPM vs. Convenções da ONU), mas entre meta-normas. No vertente caso, o que conflitam são as meta-normas da especialidade e da hierarquia. A questão de fundo é: diante da antinomia entre especialidade e hierarquia, qual dos critérios deve prevalecer?

Bobbio, na clássica obra Teoria do Ordenamento Jurídico afirma que, embora não se possa estabelecer a priori uma regra geral que estabeleça a prevalência de um critério sobre

outro, deveria, teoricamente, **prevalecer o critério hierárquico**, salvo quando imperativos de justiça assim justificassem seu afastamento³⁰. Segundo o jusfilósofo italiano,

se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pode derogar os princípios constitucionais, que são normas generalíssimas, os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico seriam destinados a se esvaziar rapidamente de qualquer conteúdo.”³¹

Na mesma linha, se aceitássemos, no presente caso, a prevalência do princípio da especialidade em face do princípio da hierarquia, isso significaria admitir que uma lei ordinária nacional – portanto, inferior – pudesse revogar princípios convencionais de direitos humanos, que são formalmente superiores. Também no plano material, deve ser dada prevalência ao princípio da hierarquia em face do princípio da especialidade, pois, ao fim e ao cabo, negar prevalência ao princípio da hierarquia de uma Convenção Internacional que contempla normas de Direitos Humanos significaria, por via de consequência, negar prevalência dos direitos humanos nas relações que o Brasil trava no cenário internacional, o que afronta o princípio fundamental da República fincado no inciso II, do art. 4º da Constituição Federal, segundo o qual a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais dentre outros, pelo **princípio da prevalência dos direitos humanos**.

2.5 Do *distinguishing* do caso *sub judice* em relação ao caso paradigma objeto do Habeas Corpus nº 103.684/DF

Apenas a título de esclarecimento, a questão jurídica objeto do presente apartado não se confunde com aquela outra questão objeto do HC nº 103.684/DF, julgado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, de relatoria do eminente Ministro Ayres Britto. Sobre isso, é deveras conveniente realizar o devido *distinguishing*, pois a situação *sub judice* não é análoga ao caso paradigma objeto do citado HC.

No referido caso paradigma, o Plenário do STF resolveu o conflito normativo manejando o critério da especialidade, segundo o qual o art. 290 do CPM consistia numa norma especial em face da norma geral disposta no art. 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas).

³⁰ BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 1995, pp. 108 et seq.

³¹ Nesta senda, DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 2007, p. 92.

No entanto, o conflito normativo objeto do citado Habeas Corpus era substancialmente distinto do constante dos presentes autos. Ali foi submetido à apreciação do Pretório Excelso não apenas a solução de uma distinta antinomia de segundo grau, mas também distinta era a lei com a qual o CPM conflitava. Entendeu o STF que, de um lado, havia uma norma geral posterior (o art. 28 da Lei de Drogas) e, de outro, uma norma especial anterior (o art. 290 do CPM). Nesse caso paradigma, posicionou-se o STF pela prevalência do critério da especialidade ante o critério cronológico, como sintetizado a seguir.

Em primeiro lugar, como realçado, tratou-se de verificar se o art. 28 da Lei de Drogas – e não as Convenções da ONU sobre Drogas – revogara ou não o art. 290 do CPM. Entendeu o Supremo que havia, portanto, de um lado, uma lei nacional anterior e especial (o CPM) e, de outro, outra lei nacional, porém posterior e geral (a Lei de Drogas).

Em segundo lugar, a antinomia de segundo grau do caso paradigma é distinta da existente no caso *sub judice*. No caso paradigma, as duas leis conflitantes são de mesma hierarquia, e a antinomia de segundo grau se dá entre o critério cronológico (segundo o qual, a Lei de Drogas, por ser posterior, deveria prevalecer sobre do CPM) e o critério da especialidade (segundo o qual, o art. 290 do CPM, por se tratar de norma especial, deve prevalecer sobre a norma geral estampada no art. 28 da Lei de Drogas). No caso paradigma, ficou o STF – em perfeita sintonia com a doutrina, aliás – com o princípio da especialidade.³²

Como se pode constatar, o caso paradigma (HC nº 103.684/DF) é substancialmente distinto da situação *sub judice*, daí porque não convém invocar tal precedente para elucidação do caso vertente. Enquanto, no caso paradigma, havia um conflito entre o CPM e a Lei de Drogas, no caso *sub judice*, por sua vez, há um conflito entre o CPM e as Convenções da ONU sobre Drogas; enquanto, no caso paradigma, havia um conflito entre duas leis nacionais de mesma hierarquia, no caso *sub judice*, há um conflito entre leis que se situam em distintos planos hierárquicos (de um lado, normas internacionais que promovem direitos humanos e, de outro, uma norma nacional que restringe direitos humanos); enquanto, no caso paradigma, a antinomia se dava entre o critério da especialidade e o critério cronológico, no caso *sub judice*, o critério da especialidade conflita essencialmente com o critério hierárquico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

³² No caso, o art. 290 do Código Penal Militar é o regramento específico do tema para os militares. Pelo que o **princípio da especialidade** normativo-penal impede a incidência do **art. 28 da Lei de Drogas** (artigo que, de logo, comina ao delito de uso de entorpecentes penas restritivas de direitos). (...) (STF, HC nº 103.684/DF, Rel. Min. Ayres Britto) [**grifam-se**]

Ante o exposto, (i) considerando a obrigação internacionalmente assumida pela República Federativa do Brasil de prevenir e tratar o usuário de drogas de que tratam o art. 38, § 1º da Convenção de Nova York de 1961 e o art. 14, § 4º da Convenção de Viena de 1988 c/c a novel Resolução S-30/1, da UNGASS 2016, a saber, a prevenção do abuso de drogas e identificação precoce, tratamento, educação, acompanhamento médico após o tratamento (pós-tratamento), reabilitação e reintegração social das pessoas envolvidas; (ii) considerando que as medidas sociais e de saúde (tanto *psicossociais*, quanto *farmacológicas*) objeto dos supracitados atos convencionais conflitam com a medida penal de encarceramento do usuário de drogas prevista no art. 290 do CPM; (iii) observado o *distinguishing* do caso *sub judice* em relação ao caso paradigma objeto do HC nº 103.684/DF, reconhecida a prevalência do princípio da hierarquia em face do princípio da especialidade e, em consequência do brocardo *lex superior derogat legi inferior*, e com arrimo no princípio da prevalência dos direitos humanos; assim, inclinamo-nos no sentido da inconveniência parcial do art. 290 do CPM, na parte em que criminaliza a posse de drogas para consumo pessoal, por ofensa às Convenções da ONU sobre Drogas c/c a Resolução S-30/1 de 2016 da UNGASS, nº 4, alíneas “a” e “f”.

O referido dispositivo do CPM obsta o cumprimento do compromisso internacionalmente assumido pelo Brasil perante a UNGASS de proteger a saúde, a segurança e o bem-estar dos membros vulneráveis da sociedade (nº 4, alínea “a” da citada Resolução), bem como de aplicar medidas práticas apropriadas para cada faixa etária, adaptadas às necessidades específicas dos jovens (nº 4, alínea “f” da citada Resolução), in casu, dos militares jovens de baixa renda e de baixa escolaridade que cumprem o serviço militar obrigatório e suas prorrogações. O art. 290 do CPM determina o recolhimento ao cárcere desse grupo vulnerável pelo prazo de 01 (um) a 05 (cinco) anos de reclusão, ao invés de propiciar intervenções sociais e de saúde apropriadas à faixa etária dos jovens cabos e soldados, violando visceralmente o princípio da dignidade da pessoa humana e contribuindo para estigmatizar esses jovens militares usuários de drogas, dificultando o seu acesso ao tratamento quando necessário e a sua inclusão social.

Anote-se, ademais, que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal gera um impacto desproporcional sobre um grupo vulnerável de jovens militares, a saber, aqueles de baixa renda e de baixa escolaridade que compõem o mais baixo estamento da hierarquia militar (cabos e soldados), violando, portanto, o princípio da não discriminação.

Finalmente, não se pode ignorar que em apenas 1,1% dos casos, ficou evidenciada a

intenção de traficar. É dizer, embora o art. 290 sirva à repressão do tráfico e da posse para consumo pessoal, os dados empíricos são conclusivos no sentido de que o referido dispositivo serve eminentemente à criminalização não de traficantes, mas de usuários e pequenos usuários de maconha, que é a substância mais comum, sendo encontrada em 81,6% dos casos, cuja quantidade encontrada em posse dos usuários não supera 15 gramas em 95% dos casos. No caso da cocaína, em mais da metade das apreensões, o peso da droga não ultrapassa 0,5 grama; em 84% dos casos, a quantidade é diminuta e não ultrapassa 2 gramas. A pesquisa também apontou que apenas 7,3% dos envolvidos cumpriam serviço de escala armado.

Em apertada síntese, o art. 290 do CPM serve majoritariamente à incriminação de jovens cabos e soldados de 18 a 21 anos, de baixa escolaridade e de baixa renda, a maioria dos quais prestando o serviço militar obrigatório, que, no momento do crime, estavam desarmados, não cumpriam serviço de escala e foram flagrados na posse de ínfima quantidade de maconha para consumo pessoal.

REFERÊNCIAS

BOITEUX, L.; CASTILHO, E. W. V. de; VARGAS, B.; BATISTA, V. O.; PRADO, G. L. M. **Tráfico de drogas e Constituição**. Pensando o Direito. Ministério da Justiça. Brasília, n. 1, 2009.

CASTRO, M. G.; Abramovay, Miriam. Jovens em situação de pobreza, vulnerabilidades sociais e violências. **Cadernos de Pesquisa**, n. 116, p. 143-176, jul. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n116/14402.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia. **Hora de Debater e Inovar**. Declaração. Disponível em: <http://www.cbdd.org.br/wp-content/uploads/2009/10/Hora_de_debater_e_inovar.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016

Comissão Global de Políticas sobre Drogas. **Relatório 2011**: Guerra às Drogas. Disponível em: <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2012/03/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf>. Acesso em 12 dez. 2016.

Comissão Global de Políticas sobre Drogas. **Relatório 2016**: avanços na reforma de políticas sobre drogas: uma nova abordagem à descriminalização. Disponível em: <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/11/GCDP-Report-2016_POR.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia. **Relatório 2011**: Drogas e Democracia: rumo a uma mudança de paradigma. Disponível em: <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/07/drugs-and-democracy_book_PT.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD). **Posicionamento do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD) frente à UNGASS 2016**. Disponível em: <http://pbpd.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2015/11/Posicionamento_CONADUNGASS_consolidado.pdf>. Acesso em 12 dez. 2016.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 1º volume: teoria geral do direito civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, 24 ed.

Organização das Nações Unidas. Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (JIFE). **Informe 2007**. Disponível em: <https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2007/AR_2007_Spanish.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

Organização dos Estados Americanos (OEA). **Informe sobre Uso de Drogas en las Américas 2015**. Disponível em: <<http://www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=3209>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

PAULILO, M. A. S.; e Jeolás, Leila Solberger. Jovens, Drogas, Risco e Vulnerabilidade: aproximações teóricas. **Serviço Social em revista**, v. 3, n. 1, jul./dez. 2000, p. 39-60. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v3n1_jovens.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

Rede DHES (Direitos Humanos e Ensino Superior). **Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis**. Manual. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2014, p. 13. Disponível em: <https://www.upf.edu/dhes-alfa/materials/DDGV_PORT_Manual_v4.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união**: tráfico, posse ou uso de entorpecente. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjX_fK554DQAhWBgJAKHbedDMQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stm.jus>.

A CRIANÇA E O ADOLESCENTE
NO CONTEXTO DAS ASSOCIAÇÕES
E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS:
MAJORANTES QUE PODEM REDUZIR A
PENA

Maria do Carmo Goulart Martins Setenta

CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE CONTEXT
OF CRIMINAL ASSOCIATIONS AND CRIMINAL
ORGANIZATIONS: INCREASING OFFENSE LEVEL
WHICH MIGHT REDUCE THE QUANTUM OF THE
TOTAL PUNISHMENT

A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO CONTEXTO DAS ASSOCIAÇÕES E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: MAJORANTES QUE PODEM REDUZIR A PENA

CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE CONTEXT OF CRIMINAL ASSOCIATIONS AND CRIMINAL ORGANIZATIONS: INCREASING OFFENSE LEVEL WHICH MIGHT REDUCE THE QUANTUM OF THE TOTAL PUNISHMENT

*Maria do Carmo Goulart Martins Setenta
Defensora Pública Federal em Porto Alegre.*

Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Rio Grande do Sul, Brasil

maria.martins@dpu.def.br

RESUMO

Ao longo da história, a criança e o adolescente que inicialmente eram invisíveis e não tinham nenhum tratamento diferenciado, passaram a ser compreendidos como sujeitos especiais de direitos, merecedores de integral proteção. Nessa evolução, houve uma fase de transição em que a atuação estatal, embora admitisse sua distinção dos adultos, tratava todos os jovens infratores, vítimas de maus tratos ou abandonados, com o direito penal. Nessa fase intermediária de evolução do direito das crianças e adolescentes foi editada a Lei nº 2.252/54 tornando típica a conduta de corromper menores, compreendida como o ato do adulto que, aproveitando-se da imaturidade do jovem, o leva para a criminalidade. Essa lei foi revogada pela Lei nº 12.015/2009, que inseriu o art. 244-B ao Estatuto da Criança e do Adolescente e manteve a corrupção de menores como ilícito penal, ampliando seu alcance. A mesma Lei nº 12.015/2009 modificou o antigo delito de formação de quadrilha ou bando, que passou a prever nova causa de aumento de pena na hipótese de prática do crime com participação de criança ou adolescente. De maneira semelhante, a Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa, estabeleceu agravamento de pena se o delito for cometido juntamente com criança ou adolescente. No entanto, a previsão

específica de majorante para os adultos que praticam os delitos de associação e organização criminosa acompanhados de criança ou adolescente pode provocar, na prática, punição menor, porque configurado crime único e não mais concurso de delitos.

Palavras-chave: Criança. Adolescente. Corrupção. Associação criminosa. Organização criminosa.

ABSTRACT

After Throughout history, children and adolescents who were initially invisible and had no differential treatment came to be understood as special subjects of rights, deserving of full protection. In this evolution, there was a transition phase in which the state action, but admitted his adult distinction was all young people: offenders, victims of abuse or abandoned, with the criminal law. In this intermediate stage of evolution of the right of children and adolescents was enacted Law nº 2.252/54 making the typical behavior of corrupting minors, understood as the adult act, taking advantage of the immaturity of the young leads to crime. This law was repealed by Law nº 12.015/2009, which entered the art. 244-B to the Child and Adolescent and kept the corruption of minors as a criminal offense, but extended its reach. The same Law nº 12.015/2009 modified the old offense of conspiracy or flock, which now provides new cause penalty increase in crime hypothesis with participation of children and adolescents. Similarly, Law nº 12.850/2013, which defines criminal organization, established penalty aggravation if the offense is committed with a child or adolescent. However, the specific provision of penalty increased chance for adults who practice the association of offenses and criminal organization with the participation of children and adolescents would, in practice, less punishment because configured only crime offenses and no more contest.

Keywords: Child. Adolescent. Corruption. Conspirac.; Criminal organization.

Data de submissão: 19/03/2017

Data de aceitação: 24/07/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. DEFINIÇÕES SOBRE GRUPOS CRIMINOSOS NA LEGISLAÇÃO 1.1 Quadrilha ou bando e a nova associação criminosa 1.2 Milícia privada. 1.3 Organizações criminosas 2. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO DIREITO PENAL 2.1 Legislação protetiva 2.2 O delito de corrupção de menores. 3, A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO CONTEXTO DAS ASSOCIAÇÕES E ORGANIZAÇÕES E CRIMINOSAS. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O crescente aumento dos índices de criminalidade¹ provoca na sociedade brasileira, fortemente influenciada pela mídia, a reiteração do discurso de que a solução seria o endurecimento das penas e a ampliação do direito penal, que deveria prever cada vez mais tipos penais. É muito presente também a discussão em torno da redução da maioridade penal. No atual discurso político, o direito penal vige não mais como *ultima*, senão como *prima* ou até mesmo *sola ratio*².

Em razão disso, o Congresso Nacional possui em tramitação muitos projetos de lei que atendem ao anseio da sociedade, encarando o direito penal como a solução para todos os males. Após o regular processo legislativo, entram em vigor leis que, às vezes, pouco alteram a realidade e, muitas vezes, ao contrário de proporcionarem segurança jurídica e pacificação social, trazem ainda mais dificuldade ao jurista e ao operador do direito, especialmente, porque demandam hercúleo esforço de interpretação para adequar tantas regras aos casos concretos que se apresentam.

¹ Segundo o Atlas da violência de 2016 houve 59.627 homicídios no Brasil em 2014 – o que equivale a uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes de 29,1. Este é o maior número de homicídios já registrado e consolida uma mudança no nível desse indicador, que se distancia do patamar de 48 mil a 50 mil homicídios, ocorridos entre 2004 e 2007, e dos 50 a 53 mil mortes, registradas entre 2008 a 2011. Estas mortes representam mais de 10% dos homicídios registrados no mundo e colocam o Brasil como o país com o maior número absoluto de homicídios. Disponível em: <http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas_da_violencia_2016.pdf>. Acesso em 18 mar. 2017.

² HASSEMER, W. **Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal**. Tradução de PABLO RODRIGO ALFLEN, 2000.

Em algumas situações, o objetivo de recrudescimento da lei penal pode ser frustrado, como, por exemplo, com a edição das Leis n.º 12.015/2009 e n.º 12.850/2013 que, prevendo causa especial de aumento de pena quando os delitos de associação criminosa e organização criminosa são cometidos com a participação de criança e adolescente, além de provocarem pouca alteração quando de sua aplicação prática, podem trazer, ao autor da infração, pena menor, se comparado com a legislação pertinente anterior ou se comparado com outros tipos de delito em concurso – que não preveem esse tipo de majoração específica – com o crime de corrupção de menores, previsto no art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Este trabalho propõe uma reflexão sobre as recentes alterações perpetradas no ECA, no Código Penal (CP), bem como na lei que define organizações criminosas, especialmente, em relação à prática dos delitos de associação e organização criminosa em que há a participação de criança ou adolescente e suas consequências práticas na aplicação da pena privativa de liberdade.

1. DEFINIÇÕES SOBRE GRUPOS CRIMINOSOS NA LEGISLAÇÃO

A organização de grupos para a prática de crimes não é um fenômeno da atualidade. No cenário brasileiro, o antecedente remoto da criminalidade organizada é encontrado no cangaço, movimento do final do século XIX, cujos membros estavam hierarquicamente organizados e praticavam atividades ilícitas, como saques e extorsões, em diversos Estados do nordeste do Brasil³. Já no século XX, vieram a exploração do jogo do bicho, o tráfico de entorpecentes, armas, animais silvestres, etc. e, finalmente, na atualidade, os grupos formados no interior das penitenciárias, como o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho (CV).

Na legislação brasileira, embora existam outros⁴, três são os principais tipos penais que definem as condutas de grupos criminosos: o art. 288 do CP que tipifica a associação criminosa, o art. 288-A do CP que trata da constituição de milícia privada e o art. 1º, § 1º e art. 2º, da Lei n.º 12.850/2013, que conceituam a organização criminosa.

³ SILVA, E. A. **Crime organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

⁴ A exemplo da associação para a prática de crimes envolvendo o tráfico de substância entorpecente, previsto no art. 35, Lei 11.343/2006.

1.1. Quadrilha ou bando e a nova associação criminosa

O art. 288 do CP está inserido no título IX do Código Penal, que trata dos crimes contra a paz pública, foi introduzido no ordenamento jurídico por meio do Código de 1940, no contexto histórico do banditismo rural⁵, e definia esse crime como a conduta de “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”, prevendo pena de reclusão de um a três anos, com a previsão de uma majorante, em seu parágrafo único, se o grupo fosse armado.

Embora houvesse posicionamento divergente sobre os termos quadrilha e bando serem ou não sinônimos, a maioria da doutrina entendia que as palavras tinham o mesmo significado, justamente porque o legislador não fez diferenciação tratando-as no mesmo tipo penal. Esse posicionamento era adotado, por exemplo, por Heleno Fragoso⁶, Magalhães Noronha⁷, Luiz Regis Prado⁸ e Damásio de Jesus⁹.

O delito em questão sofria críticas por sua redação imprecisa, ao definir a necessidade de mais de três pessoas, ou seja, a necessidade de, no mínimo, quatro pessoas para a configuração do crime¹⁰.

Com a edição da Lei n.º 12.850/2013, esse crime passou a denominar-se associação criminosa e, apesar de manter a mesma pena do delito anterior, reduziu de quatro para três o quantitativo de pessoas necessárias. Outras modificações constam em seu parágrafo único, com a previsão de mais uma majorante e alteração do *quantum* de aumento:

Associação Criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

⁵ BALTAZAR JUNIOR, J. P. **Crimes federais**, 2014.

⁶ NORONHA, E. M. **Direito penal**, 1987-1988.

⁷ NORONHA, E. M. **Direito penal**, 1987-1988.

⁸ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro, volume 3**: parte especial, arts. 250 a 359-H, 2013.

⁹ DAMASIO DE, J. **Direito penal, 3º volume**: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial e dos crimes contra a paz pública, 2013.

¹⁰ DAMASIO DE, J. **Direito penal, 3º volume**: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial e dos crimes contra a paz pública, 2013. PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro, volume 3**: parte especial, arts. 250 a 359-H, 2013.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

O tipo objetivo é equivalente ao antigo delito de quadrilha ou bando. Associar-se, na definição de José Paulo Baltazar Junior, consiste em “organizar-se, aliar-se, unir esforços”¹¹ sendo necessário para a existência do crime a reunião de pelo menos três pessoas. O tipo subjetivo igualmente mantém-se relacionado ao fim específico de cometer uma série indeterminada de ilícitos.

A associação difere do mero concurso de pessoas pelo seu caráter de durabilidade e permanência, elementos indispensáveis para sua configuração¹².

A mudança legislativa foi positiva quanto à sua redefinição para associação criminosa e em relação à clareza de sua redação ao estabelecer o número mínimo de participantes¹³. No que tange às causas de aumento previstas no parágrafo único, manteve-se punição maior para a associação armada, reduzindo-se apenas a fração, pois na redação anterior, a pena aplicava-se em dobro, enquanto que no artigo vigente a fração de aumento pode variar somente até a metade.

Há críticas a essa previsão de aumento que estabelece limite máximo – metade – mas não especifica fração mínima e a sugestão de Nucci é de variação mínima seja de um sexto, pois esta é a menor fração de aumento prevista no Código Penal. Acrescenta o autor que o aumento de um dia, por exemplo, seria um atentado à intenção da norma, voltada a uma pena realmente mais elevada para tais circunstâncias¹⁴.

A hipótese de aumento em razão de o grupo criminoso ser armado justifica-se pelo fato de existir maior temibilidade e periculosidade dos seus componentes¹⁵. Quanto à participação de criança ou adolescente a reprimenda maior justifica-se porque a inserção de infantes em atividades criminosas, de forma habitual, é conduta mais gravosa à sociedade.

Em comparação com a redação anterior, portanto, as principais alterações trazidas pela

¹¹ BALTAZAR JUNIOR, J. P. **Crimes federais**, 2014.

¹² NUCCI, G. S. **Leis penais e processuais penais comentadas**, 2007.

¹³ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**, 2004.

¹⁴ NUCCI, G. S. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes, 2014.

¹⁵ DAMASIO DE, J. **Direito penal, 3º volume**: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial e dos crimes contra a paz pública, 2013.

Lei nº 12.850/2013 ao art. 288, do CP foram a mudança em sua nomenclatura, a redução de quatro para três o número mínimo de agentes para sua configuração, a inclusão de mais uma causa de aumento, qual seja, a participação de criança ou adolescente, com a alteração da fração de aumento, que passou a ser de até metade.

1.2. Milícia privada

Com a edição da Lei nº 12.720 de 2012, que acrescentou o art. 288-A ao CP, o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever mais um crime, tornando típica a conduta de constituir milícia privada, assim definida:

Constituição de milícia privada

Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

Luiz Regis Prado, na análise da tipicidade objetiva, critica o legislador por uma vez mais demonstrar sua incapacidade de configurar estruturas típicas incriminadoras o que, não raro, leva à inconstitucionalidade ou à inaplicabilidade do dispositivo legal. Chama a atenção o fato de o tipo penal ser extremamente amplo e impreciso, visto que os elementos objetivos não estão, em sua maioria, expressamente definidos em lei¹⁶.

De modo semelhante, Julio Fabrini Mirabete refere a inexistência de definições legais e sentidos consagrados aos termos utilizados pelo legislador no dispositivo, quais sejam, paramilitar, milícia particular, grupo e esquadrão, o que, em sua opinião trará graves controvérsias sobre seus alcances¹⁷.

Além da insegurança em relação ao conceito para os termos empregados, outro problema está na falta de previsão do quantitativo mínimo de pessoas necessárias para a caracterização do crime, requisito indispensável considerando que se trata de delito plurissubjetivo ou de concurso necessário. Nesse ponto, Luiz Regis Prado defende que o tipo penal afronta ao princípio da legalidade penal, argumentando não ser facultado ao julgador a colmatação dessa lacuna, seja por analogia *in malam partem*, seja por qualquer

¹⁶ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**, 2014.

¹⁷ MIRABETE, J. F. **Código penal interpretado**, 2012.

outra forma integrativa¹⁸.

No que tange ao elemento subjetivo do tipo, o delito de milícia privada apresenta significativa distinção em relação aos crimes de associação e organização criminosa, ao exigir a finalidade de prática de quaisquer dos crimes previstos no Código Penal, prevendo inexplicável limitação do alcance típico, pois, diante da previsão expressa, afasta a hipótese de configuração do delito se a milícia é destinada ao cometimento de crimes previstos em leis extravagantes¹⁹.

Outra diferença se comparado aos delitos de associação e organização criminosa, é a inexistência, na milícia privada, de causa de aumento de pena em se tratando de grupo armado ou se contar com a participação de criança ou adolescente, embora topograficamente esteja previsto no Código Penal logo após o crime de associação criminosa.

Em relação ao aumento referente à utilização de arma, talvez a inexistência dessa previsão seja a presunção de que toda organização paramilitar, milícia privada, grupo ou esquadrão só exista se fizer uso de armas, entretanto, quanto à opção do legislador em não majorar o delito se houver a participação ou de criança ou adolescente não se encontra justificativa lógica.

1.3. Organizações criminosas

A Lei nº 9.034/1995, posteriormente alterada pela Lei nº 10.217/2001, segundo seu enunciado, tratava da “utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, porém não definia organização criminosa.

O conceito de organização criminosa foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, e pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, que ratificaram a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo, na Itália, em 15 de dezembro de 2000.

Segundo a Convenção de Palermo, grupo criminoso organizado é aquele grupo estruturado, com três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando com o propósito de cometer

¹⁸ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro, volume 3**: parte especial, arts. 250 a 359-H., 2013.

¹⁹ DAMASIO DE, Jesus. **Direito penal, 3º volume**: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial e dos crimes contra a paz pública, 2013.

uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Logo em seguida, a Convenção estabelece o parâmetro de infração grave, como sendo aquele tipo de delito punível com privação de liberdade, cujo máximo da pena não seja inferior a quatro anos.

No entanto, apesar de a Convenção definir organização criminosa, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 96.007-SP, em 12 de junho de 2012, entendeu que a ordem jurídica no Brasil ainda não dispunha de previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa, permanecendo, portanto, atípica a conduta.

A legislação brasileira somente passou a tipificar esse delito a partir da edição da Lei nº 12.694/12, que, entre outras disposições, trata do processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas (art. 2º). No entanto, aquele conceito não chegou a consolidar-se, pois, o legislador editou nova lei redefinindo esse tipo penal, da seguinte maneira, no art. 1º, § 1º da Lei nº 12.850/2013:

Parágrafo 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Os delitos de associação e organização criminosa preveem diferente número mínimo de integrantes. Enquanto que a associação criminosa exige pelo menos três pessoas, a organização criminosa só existe com um mínimo de quatro agentes.

Contudo, para Baltazar Junior o que diferencia a associação criminosa da organização criminosa não é o número de agentes, mas a circunstância de a organização ser estruturalmente ordenada e apresentar divisão de tarefas, sendo perfeitamente possível que um grupo de três ou mais agentes, que tenha por finalidade a prática de crimes com pena superior a quatro anos configure uma associação criminosa, se lhe faltarem a estrutura ordenada e a divisão de tarefas²⁰.

²⁰ BALTAZAR JUNIOR, J. P. **Crimes federais**, 2014.

Semelhante ao delito de associação, o crime de organização criminosa, em seu art. 2º, § 4º, inciso I, também prevê pena majorada, na fração de 1/6 a 2/3, em caso de participação de criança ou adolescente.

2. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO DIREITO PENAL

2.1 Legislação protetiva

A história mundial do direito penal juvenil, segundo Emílio Garcia Mendez²¹ pode ser sistematizada em três momentos.

No primeiro deles, a conduta tipificada como crime, sendo praticada por um adolescente ou por um adulto, tinha o mesmo tratamento legal quanto às normas penais e processuais penais, havendo apenas a possibilidade de redução de pena para os adolescentes e, via de regra, o cumprimento dela se dava em estabelecimentos conjuntos.

Esse primeiro período da evolução legislativa acompanhou o surgimento dos códigos penais de caráter retribucionista do século XIX e se estende até o início do século XX.

Em 1899 surge o primeiro tribunal de menores do mundo em Illinois, Estados Unidos. Posteriormente, alguns países europeus igualmente reconhecem a necessidade de juízes especiais para a tutela das crianças e adolescentes e são criados tribunais de menores na Inglaterra (1905), na Alemanha (1908), em Portugal (1911) e na França (1912). Na América Latina, a Argentina é o primeiro país a prever uma justiça especializada para os menores, em 1921. O Brasil criou o juiz de menores por meio do decreto federal n.º 16.273, de 20 de dezembro de 1923.

Esse contexto dá início à segunda etapa da evolução histórica do direito penal juvenil, inaugurando o período em que impera o caráter tutelar, de reconhecimento da necessidade de os jovens terem tratamento distinto daquele dispensado aos adultos, mas que está muito ligado ao binômio carência/delinquência. De modo geral, menores abandonados e infratores recebem a mesma

²¹ SARAIVA, J. B. C. **Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral**, 2013.

atenção e são vistos como menores em situação irregular.

No Brasil, José Candido Albuquerque de Mello Mattos, primeiro juiz titular do juizado de menores, foi o responsável pelo projeto que deu origem ao decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, nascendo, então, o Código de Menores ou Código Mello Mattos²², que submetia o menor abandonado ou delinquente ao seu regramento, desde que tivesse idade entre 14 e 18 anos.

Reafirmando esta sistemática, o Código Penal de 1940 expressamente prevê, em sua exposição de motivos, que as regras ali contidas são destinadas aos adultos, não atingindo aos imaturos, compreendidos como aqueles com idade inferior a 18 anos²³.

Alguns anos depois, o mundo vive um significativo avanço no âmbito dos direitos humanos, após todas as violações registradas durante a segunda guerra mundial, cujo marco principal foi a edição, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Em 1959, a Organização das Nações Unidas (ONU) edita a Declaração dos Direitos da Criança e inaugura uma nova visão acerca da criança e do adolescente, a chamada doutrina da proteção integral, consolidada com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada em 20 de novembro de 1989.

A doutrina da proteção integral reconhece que a infância e a adolescência constituem fases peculiares do desenvolvimento físico e psíquico do ser humano e vê a criança e o adolescente como sujeitos especiais de direitos²⁴, reafirmando sua dignidade humana e, especialmente, admitindo que o jovem é diferente do adulto e, portanto, em respeito ao princípio da equidade, merece tratamento próprio.

Pode-se afirmar que a doutrina da situação irregular foi formalmente superada no Brasil com a edição da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu em seu art. 227, com a redação alterada pela Emenda Constitucional n.º 65, de 2010, o dever de a família, a sociedade e o Estado assegurarem à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência,

²² SPOSATO, K. B. **O direito penal juvenil**, 2006.

²³ Esse parâmetro etário foi mantido na constituição federal de 1988 que, em seu art. 228 estabelece: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

²⁴ AMARAL E SILVA, A. F. O mito da imputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC**, 1998.

crueledade e opressão. No parágrafo 4º, do art. 227, da CF, consta ainda que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”

A legislação protetiva no nosso país inclui ainda o Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a Convenção sobre os direitos da criança, anteriormente ratificado pelo Brasil, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja publicação deu-se alguns meses antes do decreto n.º 99.710, representa um marco na proteção dos direitos dos infantes. Configura-se em instrumento de tutela moderno, que reproduz as diretrizes traçadas internacionalmente, sendo voltado para a realização da justiça em tão relevante setor da sociedade.

Certamente a doutrina da proteção integral influenciou o legislador ordinário quando da edição da Lei n.º 12.850/2013 que, alterando o delito do art. 288 do CP, e definindo o crime de organizações criminosas, previu causas de aumento de pena para o adulto que comete um desses delitos com a participação de criança ou adolescente.

Entretanto, em que pese a consolidação dessa doutrina de proteção das crianças e adolescentes, o legislador pátrio já demonstrou outrora peculiar preocupação com os infantes, prevendo, por exemplo, a corrupção de menores como infração penal, delito que será analisado a seguir.

2.2. O delito de corrupção de menores

Já no Código Penal de 1940, houve preocupação em proteger crianças e adolescentes da influência negativa dos adultos, exatamente por estarem em fases peculiares de desenvolvimento, quando foram tipificados os delitos de sedução e corrupção de menores, nos artigos 217 e 218, com a seguinte redação:

Sedução

Art. 217 Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos.

Corrupção de menores

Art. 218 Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de quatorze anos e menor de dezoito anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

O crime de sedução tinha como objeto jurídico a integridade ou virgindade da adolescente, e foi revogado em 2005 pela Lei nº 11.106, já o crime de corrupção de menores do art. 218, tinha como objeto jurídico a moral sexual dos adolescentes e teve sua redação alterada pela Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, que modificou o parâmetro etário, adequou a terminologia e aumentou a pena²⁵.

Note-se que ambos os delitos tutelam a integridade sexual de crianças e adolescentes. Em 1952, o magistrado do juizado de menores do antigo Distrito Federal (atual estado do Rio de Janeiro), Waldyr de Abreu, encaminhou ao Governo Federal, minuta de anteprojeto de lei e exposição de motivos, que se transformou no projeto de Lei nº 2.033²⁶ e, posteriormente, na Lei nº 2.252/1954, tipificando outra espécie de corrupção de menores²⁷.

Waldyr de Abreu descreve que, à época, recebia diariamente adolescentes e até crianças, a serviço de maiores, envolvidos na prática das mais variadas infrações penais. Diante dessa realidade brasileira, o autor do anteprojeto destacou a necessidade de proteger o menor, salvando-o do abandono moral e material para evitar sua exploração como instrumento de delito, sugerindo a ampliação do conceito de corrupção de menores, estendendo a punição para além da corrupção sexual, tal como já previa o Código Penal, nos artigos 217 e 218.

Após cerca de dois anos de tramitação no Congresso Nacional, editou-se a Lei nº 2.252/54, tipificando a conduta de corromper ou facilitar a corrupção de menores, com o objetivo de punir a associação do maior com o menor, gerando a corrupção desse último que, precocemente, adentra no mundo da criminalidade, atitude que representa um grave problema para o próprio jovem e também para a sociedade em que vive²⁸. O delito estava

²⁵ Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

²⁶ Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.zsp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=05/06/1952&txpagina=4735&altura=650&largura=800>. Acesso em: 09 jun. 2015.

²⁷ ABREU, W. de. **Ainda o crime de corrupção moral de menores**, 1992, pp. 269-276.

²⁸ NUCCI, G. S. **Leis penais e processuais penais comentadas**, 2007.

desse modo previsto no art. 1º da referida lei:

Art 1º Constitui crime, punido com a pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de Cr\$1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr\$10.000,00 (dez mil cruzeiros), corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando, infração penal ou induzindo-a a praticá-la.

O delito de corrupção moral de menores, em razão da sua própria redação, consiste em delito que comumente envolve a prática de um outro crime. Não raro, portanto, o agente imputável é condenado pelo crime de corrupção de menores em concurso com outra infração penal. Adentramos na temática do concurso de crimes.

Ocorre concurso de crimes quando, por meio da prática de uma ou mais ações, o agente pratica dois ou mais delitos. O direito penal brasileiro adota três sistemas para a aplicação da pena nesses casos: o concurso material ou real, o concurso formal ou ideal e o crime continuado (artigos 69, 70 e 71 do CP).

O concurso material ou real consiste na prática de duas ou mais condutas, dolosas ou culposas, omissivas ou comissivas, que produzem dois ou mais resultados, idênticos ou não, mas todas vinculadas pela identidade do agente, sendo indiferente se os fatos ocorreram na mesma ocasião ou em dias distintos²⁹. Nessa hipótese, adota-se o sistema da acumulação material, ou seja, as penas devem ser somadas, conforme previsão do art. 69 do CP.

Já o concurso formal ou ideal acontece quando o agente, mediante uma única ação ou omissão, provoca dois ou mais resultados típicos. Para essa situação, o direito penal brasileiro adotou o sistema da exasperação da pena, benéfico ao autor do fato, que prevê a aplicação somente da pena mais grave, ou de uma delas, se forem idênticas, com um acréscimo de um sexto até a metade, de acordo com o disposto no art. 70 do CP³⁰.

Note-se, no entanto, que o art. 70 do CP divide-se em duas partes, conceituando o que a doutrina denomina de concurso formal perfeito, na primeira, e concurso formal imperfeito, na segunda. O concurso é perfeito quando decorre de um único desígnio, logo, o agente, por meio de um só impulso volitivo, dá causa a dois ou mais resultados. Aplica-se, nesse caso, a pena mais grave, ou uma delas, se forem idênticas, com um

²⁹ CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**, 2012.

³⁰ NUCCI, G. S. **Leis penais e processuais penais comentadas**, 2007.

acrécimo de um sexto até a metade³¹.

Entretanto, se o resultado se dá mediante desígnios autônomos, ou seja, apesar de haver apenas uma ação, o agente intimamente deseja todos os resultados ou aceita o risco de produzi-los, a solução para a aplicação da pena é outra, afastando-se o benefício legal da exasperação, somando-se as penas, como ocorre no concurso material³².

Por fim, o crime continuado, estabelecido no art. 71 do CP, ocorre na hipótese de o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, praticar dois ou mais crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes. Cria-se a suposição de que os delitos subsequentes são uma continuação do primeiro e aplica-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversos, aumentada de um sexto a dois terços, em qualquer caso.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encontramos tanto casos em que foi aplicado o concurso formal³³, quanto situações em que o agente imputável foi condenado pela prática do crime de corrupção de menores em concurso material³⁴ com outra infração penal.

A possibilidade de condenação do autor do fato pela prática de dois ou mais delitos em concurso material gera pena significativamente maior, pois, como visto, o sistema de exasperação da pena implica pena menor ao agente.

Nesse contexto faz-se necessária a análise acerca das alterações provocadas pela modificação do delito de corrupção de menores, que agora se encontra tipificado no ECA, bem como as previsões de causa especial de aumento de pena, na hipótese de prática dos delitos de associação e organização criminosa, quando houver a participação de criança ou adolescente.

3. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO CONTEXTO DAS ASSOCIAÇÕES E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

³¹ CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**, 2012.

³² GRECO, R. **Curso de direito penal**, 2008.

³³ Recurso Especial nº 1.094.915/DF e Habeas Corpus nº 137.317/DF e nº 62.992/SP.

³⁴ Habeas Corpus nº 146.376/PE.

Antes da edição da Lei 12.850/2013, havia a possibilidade de o agente adulto, ser condenado pela prática do delito de formação de quadrilha ou bando, tipificado no art. 288 do CP, em concurso (formal ou material) com o delito de corrupção de menores, previsto no art. 1º da Lei n.º 2.252/1954, para fatos ocorridos até 06/08/2009, ou previsto no art. 244-B, do ECA, para fatos a partir de 07/08/2009, quando a Lei nº 12.015 revogou a Lei nº 2.252/1954 e incluiu o art. 244-B ao ECA.

Na hipótese de concurso de crimes, a quantidade de pena privativa de liberdade do adulto dependeria da constatação de qual espécie de concurso ocorreu, formal ou material, além das peculiaridades do caso, referentes às circunstâncias do art. 59 do CP, eventuais agravantes ou atenuantes e causas de aumento e de diminuição.

Para o concurso formal, nossa legislação adotou sistema menos gravoso ao réu, consistente na exasperação da pena mais grave ou de apenas uma delas, se iguais, com o acréscimo de um sexto até a metade, a teor do art. 70 do CP. Em caso de concurso material, a sistemática de aplicação da pena dá-se com a soma delas, conforme previsão do art. 69 do CP.

No caso hipotético de o adulto ser condenado a uma pena mínima pela prática desses dois crimes, quais sejam, quadrilha ou bando, na anterior redação do art. 288, do CP e corrupção de menores, da Lei nº 2.252/1954 ou do art. 244-B, do ECA, teríamos, se reconhecido o concurso formal, uma pena de **um ano e dois meses**, considerando a incidência da menor fração de aumento do art. 70 (1/6) ou pena de **um ano e seis meses**, se aplicada a maior fração de aumento do art. 70 (1/2). Se, na mesma situação, o concurso for material, teríamos uma pena privativa de liberdade de **dois anos**. Conclui-se, portanto, que a incidência do concurso material eleva substancialmente a pena.

Na jurisprudência, encontramos precedentes de condenações do adulto pela prática dos delitos de quadrilha ou bando e corrupção de menores, tanto em concurso formal³⁵, quanto em concurso material³⁶ de crimes.

A partir da Lei n.º 12.850/2013, o envolvimento de criança ou adolescente nos crimes

³⁵ Acórdão n.º 573995, 20070111353887APR, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Revisor: SANDOVAL OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 23/02/2012, Publicado no DJE: 23/03/2012. p. 195.

³⁶ TJ-MS - APL: 00036424820128120002 MS 0003642-48.2012.8.12.0002, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 21/10/2013, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 14/01/2014.

de associação e organização criminosa passou a gerar, para o adulto, majoração de pena até a metade, no caso de associação criminosa (art. 288 do CP), e na fração de um sexto a dois terços, no caso de organização criminosa (art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013). Entretanto, ao contrário do que possa parecer, a majoração específica pouco alterou a aplicação prática das penas em comparação com a legislação anterior e, na verdade, possibilitou a redução da pena para o adulto, particularmente em relação ao delito de associação criminosa.

A legislação em vigência possibilita também o abrandamento de pena na hipótese de prática do crime de associação criminosa com participação de criança ou adolescente, se comparado com a prática de outros tipos de delitos onde inexistente essa previsão específica de majoração de pena, o que viabiliza a condenação em conjunto com o delito de corrupção do art. 244-B, do ECA.

Isso acontece porque, em respeito ao princípio da especialidade, a previsão específica de causa de aumento de pena, no delito de associação, afasta a incidência do outro tipo penal, qual seja, o de corromper menor de 18 anos, antes previsto na Lei nº 2.252/1954, atualmente tipificado no art. 244-B do ECA.

Sobre o assunto, existe, inclusive, recente precedente oriundo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios inserido no informativo de jurisprudência nº 283, cuja ementa transcrevemos abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL. QUADRILHA OU BANDO ARMADO (ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA). ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ACÉRVO PROBATÓRIO COESO. CORRUPÇÃO DE MENOR. LEI Nº 12.850/2013. CAUSA DE AUMENTO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. APLICAÇÃO. CRIME ÚNICO. DOSIMETRIA. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MANUTENÇÃO. RETROATIVIDADE. NORMA MAIS BENÉFICA. ALTERAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO DOBRO PARA METADE. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. REGIME SEMIABERTO. COMPATIBILIDADE.

Não há cerceamento ou prejuízo para a defesa, quando os autos em que foram autorizadas as interceptações das comunicações telefônicas já estavam apensados aos principais antes da abertura do prazo para a resposta escrita. Em consequência, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade das interceptações.

A autoria do crime ficou comprovada por ampla investigação subsi-

diada por interceptações telefônicas, pela prisão em flagrante de parte dos réus na posse de veículos roubados, e pela confissão de alguns deles, tudo a indicar a existência de associação criminosa armada destinada ao furto e roubo de automóveis.

Mantém-se a condenação pelo crime de associação criminosa (antes denominado formação de quadrilha ou bando), quando o robusto acervo probatório, constituído pela prova oral e pelas transcrições das interceptações das comunicações telefônicas demonstra, com certeza, a prática do delito.

Para configuração do delito de associação criminosa armada, basta que um de seus integrantes esteja a portar armas. Trata-se de circunstância objetiva que a todos se comunica.

A Lei nº 12.850/2013 alterou o tipo penal do art. 288, caput e parágrafo único do CP, para mudar a denominação do crime de formação de quadrilha ou bando para associação criminosa, bem como o número mínimo para sua caracterização. Além disso, modificou a causa de aumento para prevê-la não apenas no caso de ser armada, mas também quando houver a participação de criança ou adolescente.

A objetividade jurídica, tanto no crime de associação criminosa com participação de criança ou adolescente quanto no delito de corrupção de menor, é a proteção à moralidade da pessoa em desenvolvimento. Sendo ambos crimes formais, mediante a aplicação do Princípio da Especialidade, não mais subsiste o concurso formal de delitos, mas ilícito penal único.

Aumenta-se a pena de metade, quando se verifica que a associação criminosa era armada e havia participação de pelo menos dois adolescentes, os quais praticavam crimes graves, com violência e grave ameaça à pessoa, além de também negociar o produto dos ilícitos penais.

Não assiste o direito de recorrer em liberdade ao réu quando permanece a necessidade de manutenção da custódia preventiva para garantia da ordem pública, em face da reiteração criminosa.

Não há incompatibilidade na fixação de regime prisional semiaberto e o indeferimento do direito de recorrer em liberdade nas hipóteses em que é garantida aos réus a execução provisória da pena no regime aplicado na sentença.

Extraída carta de guia provisória para os réus que ainda estão em prisão preventiva, compete ao Juiz da Execução Penal realizar a detração penal.

Preliminar de nulidade rejeitada.

Apelações conhecidas e providas parcialmente. (Acórdão n.795382, 20110111963246APR, Relator: SOUZA E AVILA, Revisor: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, 2ª Turma Cri-

No referido julgado, a compreensão é de que, no âmbito da associação criminosa com a nova redação dada pela Lei nº 12.850/2013, não subsiste o concurso de crimes, mas tão somente o delito de associação com o aumento estabelecido no parágrafo único. Tal interpretação se dá com base no princípio da especialidade, segundo o qual a norma especial afasta a incidência da norma geral.

Capez³⁷ assim o conceitua:

O princípio da especialidade possui uma característica que o distingue dos demais: a prevalência da norma especial sobre a geral se estabelece *in abstracto*, pela comparação das definições abstratas contidas nas normas, enquanto que os outros exigem um confronto concreto das leis que descrevem o mesmo fato.

Além do princípio da especialidade, essa interpretação tem relação com a aplicação do princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato ou *ne bis in idem*, consubstanciado na premissa de que ninguém pode ser processado e punido duas vezes pela prática da mesma infração penal. Essa garantia está implicitamente prevista no art. 8º, 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos³⁸.

Embora o princípio *ne bis in idem* não esteja consolidado expressamente na nossa Constituição, o Supremo Tribunal Federal, em decisão do Pleno, afirmou que tal princípio está incorporado ao ordenamento jurídico pátrio e complementa o rol dos direitos e garantias individuais já previsto pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar (HC 80.263).

Desse modo, se o princípio *ne bis in idem* complementa o rol de direitos e garantias individuais previsto pela Constituição Federal, significa que ostenta *status* constitucional com base no que estabelece o art. 5º, § 2º, da Lei Maior³⁹.

Consequentemente, conclui-se ser inconstitucional admitir a manutenção do concurso

³⁷ CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**, 2012.

³⁸ NUCCI, G. S. **Código penal comentado**, 2007.

³⁹ SILVA, José Geraldo da. **Leis penais especiais anotadas**, 2008.

de crimes entre o delito de corrupção de criança ou adolescente e associação criminosa, com a incidência de majorante específica quando constatada a presença de criança ou adolescente na empreitada ilícita, porque violaria ao princípio *ne bis in idem*, na medida em que uma mesma circunstância, qual seja, a prática de crime juntamente com menor de 18 anos, seria utilizada mais de uma vez em prejuízo do réu.

Extrai-se a mesma interpretação em outros julgados, porém, em relação ao crime de tráfico de drogas,⁴⁰ cuja legislação, à semelhança do delito de associação criminosa, prevê causa especial de aumento de pena, se praticado na companhia de criança ou adolescente.

Um pouco diferente é a situação da organização criminosa com o envolvimento de criança ou adolescente, em que a previsão de aumento de pena tem mais chances de provocar efetiva elevação no *quantum* de condenação.

Primeiro porquê, apesar da existência de tipo penal específico prevendo punição ao adulto que corrompe moralmente crianças ou adolescentes, com ele praticando crime ou instigando-o a praticá-lo (art. 1º da Lei nº 2.252/54, até 06/08/2009 e art. 244-B, do ECA, a partir de 07/08/2009), o crime de organização criminosa somente foi tipificado no ordenamento brasileiro pela Lei nº 12.850/2013. Significa dizer que, antes da vigência da referida lei, não havia a possibilidade de condenação pela prática do delito de organização criminosa.

Em segundo lugar, porque essa previsão específica de aumento de pena no crime de organização criminosa pode variar de um sexto a dois terços, ou seja, a fração máxima é maior em comparação com a majorante do delito de associação criminosa, cujo limite de aumento é metade.

Conclui-se, portanto, que, em relação ao delito de associação criminosa, a causa especial de aumento de pena, fixada no parágrafo único do art. 288 do CP, pode reduzir a pena, se comparado com a legislação anterior, pois tornou a conduta crime único, afastando

⁴⁰ TJ-MG - APR: 10625130114956001 MG, Relator: Beatriz Pinheiro Caires, Data de Julgamento: 28/08/2014, Câmaras Criminais/2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 08/09/2014; TJ-RJ - APL: 00031617220148190050 RJ 0003161-72.2014.8.19.0050, Relator: Des. Antonio Jose Ferreira carvalho, Data de Julgamento: 17/03/2015, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/03/2015 16:51; TJ-RS - ACR: 70053933933 RS, Relator: Julio Cesar Finger, Data de Julgamento: 11/09/2013, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/10/2013; Apelação Crime Nº 70037527314, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 10/11/2010.

o concurso de crimes. Do mesmo modo, se comparado com a prática de outros tipos penais em concurso com o crime de corrupção de menores de 18 anos do art. 244-B do ECA, a majorante específica pode trazer pena inferior, já que, em aplicação ao princípio da especialidade, a conduta tornou-se um único crime, afastando o concurso de infrações.

Para melhor elucidar essa análise, confirmam-se os quadros comparativos abaixo*:

Quadrilha/associação criminosa com participação de criança ou adolescente	
Antes da Lei nº 12.850/2013	Após da Lei nº 12.850/2013
Quadrilha ou bando (art. 288, CP): pena de 1 a 3 anos + Corrupção de menores (art. 1º, Lei 2.252/54 até 06/08/2009 e art. 244-B, ECA após 07/08/2009): pena de 1 a 4 anos = Pena de 1 ano e 2 meses (se concurso formal na fração mínima – 1/6) Pena de 2 anos (se concurso material)	Associação criminosa (art. 288, parágrafo único, do CP): pena de 1 a 3 anos + majorante de 1/6 até 1/2 = Pena de 1 ano e 2 meses (se majorante na fração mínima) Pena de 1 ano e 6 meses (se majorante na fração máxima)

Corrupção de menores de 18 anos em comparação com outros crimes			
Antes da Lei nº 12.850/2013	Antes da Lei nº 12.850/2013	Após a Lei nº 12.850/2013	Após a Lei nº 12.850/2013
Quadrilha ou bando (art. 288, CP): pena de 1 a 3 anos + Corrupção de menores (art. 1º, Lei 2.252/54 até 06/08/2009 e art. 244-B, ECA após 07/08/2009): pena de 1 a 4 anos = Pena de 1 ano e 2 meses (se concurso formal na fração mínima – 1/6) Pena de 2 anos (se concurso material)	Furto (art. 155, CP): pena de 1 a 4 anos + Corrupção de menores (art. 1º, Lei 2.252/54 até 06/08/2009 e art. 244-B, ECA): pena de 1 a 4 anos = Pena de 1 ano e 2 meses (se concurso formal na fração mínima – 1/6) Pena de 2 anos (se concurso material)	Associação criminosa (art. 288, parágrafo único, do CP): pena de 1 a 3 anos + majorante de 1/6 até 1/2 = Pena de 1 ano e 2 meses (se majorante na fração mínima) Pena de 1 ano e 6 meses (se majorante na fração máxima)	Furto (art. 155, CP): pena de 1 a 4 anos + Corrupção de menores (art. 1º, Lei 2.252/54 até 06/08/2009 e art. 244-B, ECA): pena de 1 a 4 anos = Pena de 1 ano e 2 meses (se concurso formal na fração mínima – 1/6) Pena de 2 anos (se concurso material)

Organização criminosa com participação de criança ou adolescente em comparação com outros crimes com participação de criança ou adolescente sem majorante específica			
Antes da Lei nº 12.850/2013	Antes da Lei nº 12.850/2013	Após a Lei nº 12.850/2013	Após a Lei nº 12.850/2013
Crime de organização criminosa não tipificado	Moeda Falsa (art. 289, CP): pena de 3 a 12 anos + Corrupção de menores (art. 1º, Lei 2.252/54 até 06/08/2009 e art. 244-B, ECA após 07/08/2009): pena de 1 a 4 anos = Pena de 3 anos e 6 meses (se concurso formal na fração mínima – 1/6) Pena de 4 anos (se concurso material)	Organização criminosa (art. 2º, da Lei 12.850/2013): pena de 3 a 8 anos + majorante de 1/6 até 2/3 = Pena de 3 anos e 6 meses (se majorante na fração mínima) Pena de 5 anos (se majorante na fração máxima)	Moeda Falsa (art. 289, CP): pena de 3 a 12 anos + Corrupção de menores (art. 244-B, ECA): pena de 1 a 4 anos = Pena de 3 anos e 6 meses (se concurso formal na fração mínima – 1/6) Pena de 4 anos (se concurso material)

* Foi considerada a aplicação da pena mínima, na primeira e segunda fase da dosimetria da pena, para todos os tipos penais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, no atual estágio do dirieto penal juvenil, deve pautar as ações do Estado na tutela de seus direitos e interesses. Antes mesmo da consolidação dessa doutrina protetiva, a Lei nº 2.252/54 previu o tipo penal de corrupção de menores, visando penalizar a conduta do adulto que, aproveitando-se da imaturidade da criança ou do adolescente, o leva para a criminalidade. Esse crime implicava, em regra, na punição do agente pela prática de dois delitos, em concurso de crimes: a corrupção e o outro ilícito penal.

Embora revogada a Lei nº 2.252/54, o crime de corrupção de crianças e adolescentes foi mantido, pois a Lei nº 12.015, de 2009, incluiu sua tipificação no art. 244-B do ECA.

Em 2013, a Lei nº 12.850 alterou, entre outros, dois tipos penais: o antigo crime de quadrilha ou bando, que passou a denominar-se associação criminosa, bem como o crime de organização criminosa, fazendo constar majorante para o caso de prática desses crimes em conjunto com criança ou adolescente. O envolvimento de criança ou adolescente no crime de associação criminosa passou a gerar, para o adulto, majoração de pena até a metade e, na fração de um sexto a dois terços, no caso de organização criminosa (art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013).

A intenção do legislador certamente é a punição mais severa do agente que se utiliza de menores de 18 anos para a prática de crimes, especialmente, no crime organizado, cujo combate é prioridade em todo o mundo, sendo centro de preocupações em todos os setores da sociedade.

Diante dessa alteração, o questionamento que se faz necessário é: o agente deve ser punido pelo delito de corrupção de menores e também pelo crime de associação ou organização criminosa com a incidência da majorante relativa à participação de criança ou adolescente na empreitada delituosa?

Entende-se que a resposta deve ser negativa, na medida em que admitir essa dupla punição violaria os princípios da especialidade e da vedação ao *bis in idem*.

O princípio da especialidade é aquele que estabelece a aplicação da norma especial em detrimento da normal geral, diante disso, no contexto das associações e organizações criminosas, havendo causa especial de aumento de pena para a prática do delito acompanhado de criança ou adolescente, não há sentido em considerar a mesma circunstância para caracterização de outro delito, devendo, portanto, ser considerado crime único majorado.

O princípio *ne bis in idem* veda a dupla punição pelo mesmo fato e deve impedir que uma mesma circunstância, qual seja, a prática de crime juntamente com menor de 18 anos, seja utilizada mais de uma vez em prejuízo do réu.

Constata-se que, ao contrário do que possa parecer, essa majoração específica envolvendo criança e adolescente pouco alterou a aplicação prática das penas em comparação

com a legislação anterior e, na verdade, possibilitou a redução da pena para o adulto, particularmente em relação ao delito de associação criminosa.

A legislação em vigência caracteriza também o abrandamento de pena na hipótese de prática do crime de associação criminosa com participação de criança ou adolescente, se comparado com a prática de outros tipos de delitos onde inexistente essa previsão específica de majoração de pena, pois, nas situações onde não há causa de aumento é viável a condenação em conjunto com o delito de corrupção do art. 244-B, do ECA.

Isso acontece porque, em respeito ao princípio da especialidade, a previsão específica de causa de aumento de pena, no delito de associação, afasta a incidência do outro tipo penal, qual seja, o de corromper menor de 18 anos, antes previsto na Lei nº 2.252/54, atualmente tipificado no art. 244-B do ECA.

Um pouco diferente é a situação envolvendo a prática do crime de organização criminosa com o envolvimento de criança ou adolescente, em que a previsão de aumento de pena provoca efetiva elevação no *quantum* de condenação.

Primeiro porque, apesar da existência de tipo penal específico prevendo punição ao adulto que corrompe moralmente crianças ou adolescentes, com ele praticando crime ou instigando-o a praticá-lo (art. 1º da Lei nº 2.252/54, até 06/08/2009 e art. 244-B, do ECA, a partir de 07/08/2009), o crime de organização criminosa, somente foi tipificado no ordenamento brasileiro pela Lei nº 12.850/2013. Significa dizer que, antes da vigência da referida lei, não havia a possibilidade de condenação pela prática do delito de organização criminosa.

Em segundo lugar porque essa previsão específica de aumento de pena no crime de organização criminosa pode variar de um sexto a dois terços, ou seja, a fração máxima é maior em comparação com a majorante do delito de associação criminosa, cujo limite de aumento é metade.

REFERÊNCIAS

ABREU, W. de. **Ainda o crime de corrupção moral de menores**. Revista dos Tribunais São Paulo, v. 676, (fev. 1992) p. 269-276.

AMARAL E SILVA, A. F. . **O mito da imputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. In: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC, 1998.

AZAMBUJA, M. R. F. de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BALTAZAR JUNIOR, J. P. **Crimes federais**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**. v.4. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, C. R. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. 1º vol. 16º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CERNICCHIARO, L. V. Corrupção de menores. lf-2252 de 1954. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, abr/maio, 2000. n.1, p.35-37.

CUNHA, R. S. **Crime organizado comentários à nova lei sobre o crime organizado lei nº 12.850/2013**. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CURY, M. – coordenador. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

DELMANTO, C. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DAMASIO DE, Jesus. **Direito penal**, 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial e dos crimes contra a paz pública. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal**, 3º volume. 2. Ed. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1965.

GOMES, L. F. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (Coleção ciências criminais; 6/coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha).

GRECO, R. **Curso de direito penal**. v. 3. Niterói: Ímpetus, 2008.

HASSEMER, W. **Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal**. Tradução de PABLO RODRIGO ALFLEN (Professor do Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito d UFRGS), do artigo “Asbhbare Entwicklungen in Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik”, publicado originalmente em Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.) Strafrechtsprobleme na der Jahrtausendwende, 1. Aufl., 2000.

HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

ISHIDA, V. K. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JUNIOR, O. B. J. **Corrupção de menores: um crime formal**. Disponível em: <<http://www.gnmp.com.br/publicacao/78/corruptao-de-menores-um-crime-formal>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

MIRABETE, J. F. **Código penal interpretado**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, R. de A. **A nova lei do crime organizado** – Lei n. 12.850/2013. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

NOGUEIRA, P. L. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990/Paulo Lúcio Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1991.

NORONHA, E. M., 1906-1982. **Direito penal** / E. Magalhães Noronha. São Paulo: Saraiva, 1987-1988.

NUCCI, G. S. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, G. S. **Código penal comentado**. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, G. S. **Organização criminosa**. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, G. S. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense 2014.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro, volume 3: parte especial, arts. 250 a 359-H**. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROSSATO, L. A. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**/Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépure, Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROXIN, C. Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 91, p. 11-20, jul./ago. 2011.

SARAIVA, J. B. C. **Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCALCO, P. A corrupção de menores no Estatuto da Criança e do Adolescente: uma releitura crítica de acordo com o princípio da proteção integral. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v.12, n. 18, p.29-38, out./nov. 2010.

SIQUEIRA, G. **Tratado de direito penal**, parte especial, tomo II, 2. Ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

SILVA, A. R. I. da (organizador). **Temas de direito penal, criminologia e processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, J. G. da. **Leis penais especiais anotadas**/José Geraldo da Silva, Wilson Lavorenti, Fabiano Genofre. 10. Ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

SILVA, P. R. A. da. **Financiamento ou custeio para o tráfico e violação ao princípio “ne bis in idem”**. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/11303/financiamento-ou-custeio-para-o-traffic-e-violacao-ao-principio-ne-bis-in-idem>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

SILVA, E. A. **Crime organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

SPOSATO, K. B. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RESENHA

ROMANO, BRUNO. DISCORSO E DIRITTO:
PULIZIA/POLIZIA DELLE PAROLE E GIUSTIZIA.
ROMA: BULZONI EDITORE, 1993, P. 74.

Odalcir Antoninho Guth

ROMANO, BRUNO. **DISCORSO E DIRITTO: PULIZIA/POLIZIA DELLE PAROLE E GIUSTIZIA**. ROMA: BULZONI EDITORE, 1993, P. 74.

*Por Odalcir Antoninho Guth
Pós-graduando em Direito Imobiliário pela Universidade Positivo*

*Por Gustavo Guth
Bacharelado, 3º ano, em Direito pela Universidade Federal do Paraná*

guthgustavo@yahoo.com.br

Bruno Romano (1942-), renomado filósofo e jurista italiano, desvenda, em sua obra “*Discurso e diritto: pulizial/polizia delle parole e giustizia*”, a construção do conhecimento e da subjetividade de cada pessoa por meio da língua e dos discursos. Para isso, utiliza as teorias de Martin Buber e Jacques Lacan como pressupostos teóricos. Enquanto o primeiro sustentava que as relações entre as pessoas existem somente a partir da comunicação¹, o segundo defendia que o discurso linguístico leva à formação da subjetividade de cada indivíduo².

Dessa forma, Romano entende que a linguagem não é meramente instrumental, porque não somente forma como manifesta a subjetividade das pessoas por meio da exposição de ideias em palavras. As pessoas tornam-se quem são pelo contínuo contato umas com as outras, ou seja, as constantes **relações intersubjetivas** no discurso constroem e moldam cada subjetividade.

Porém, a linguagem usada nos discursos pode levar a diferentes fins. Pode ser tanto a simples cópia da realidade, representando as coisas tais como são, ou pode sustentar diferentes hipóteses, isto é, possibilitar a exposição de ideias que dão sentido às coisas da realidade. A primeira possibilidade conduz à formação de uma subjetividade vazia, porque se concentra na mera repetição de fatos já ditos no passado, enquanto a segunda pode formar uma subjetividade plena e centrada na criação de ideias para o futuro.

¹ BUBER, M. **II principio dialogico**, 1959, p. 21.

² LACAN, J. **Le séminaire XVII**, 1991, p. 178.

A linguagem como repetição situa-se em uma ordem formal, mimética e, por isso, submissa. Não há espaço para novos pensamentos e a subjetividade de cada pessoa exaure-se na reprodução do que está posto. Essa linguagem pode ser percebida nos aparelhos eletrônicos e nas máquinas inteligentes: há uma série de códigos que determinam comportamentos específicos e previsíveis. Não existe qualquer função simbólica, porque esses instrumentos não estão capacitados para criar ideias no espaço e no tempo do mundo. As ordens são invariavelmente cumpridas.

Por outro lado, a linguagem aberta a novos caminhos situa-se em uma ordem simbólica, na qual cada um expressa livremente suas ideias e, assim, constrói sua subjetividade em contato com as outras pessoas. Nesse sentido, pergunta-se: **o direito é uma ordem repetitiva ou uma ordem simbólica?** Para alcançar respostas, o autor propõe-se a examinar toda a estrutura do discurso, assim como as qualificações dos sujeitos que se manifestam.

O discurso é constituído pela sequência de quatro elementos: a relação eu-outro, o significante principal, a formação de uma memória e, por fim, a relação entre regra e sentido. A relação eu-outro nada mais é que o contato entre si próprio e a pessoa com quem se fala. Essa relação existe por meio de um significante principal, que orienta e molda o discurso, sendo um código linguístico comum diante da pluralidade de sujeitos-falantes.

Segundo Lacan, os poderes da linguagem surgem a partir da oposição entre significado e significante³. O significado representa tudo o que existe na realidade presente, ou seja, não se refere ao campo das possibilidades. Por outro lado, o significante é uma pergunta de sentido, porque se abre para a criação de novas hipóteses. Assim, cada significante encontra-se no espaço aberto entre o sentido já posto e a criação de outro sentido, o que eleva exponencialmente a subjetividade do sujeito-falante, visto que o significante representa tudo o que pode vir a ser. É um caminho a ser trilhado sem qualquer direção definida.

Dessas possibilidades oferecidas pela linguagem, formam-se as memórias, ou seja, o conhecimento já experimentado e construído, a produção homogênea de resultados. Porém, até mesmo as memórias podem servir como instrumento para diferentes fins: ora utilizadas como repetição obrigatória de conhecimentos, ora vistas como base para a construção de novos caminhos. Portanto, o destino da linguagem e das relações

³ LACAN, J. **Scritti**, 1974, p. 617.

intersubjetivas é definido ou pelas memórias de ordem mimética ou pelas memórias de ordem simbólica.

Assim, a história da linguagem se dá pela relação entre dois polos: o do **reconhecimento** ou o do conhecimento. Reconhecer o outro significa compreendê-lo em sua alteridade única, conforme suas próprias escolhas, como sujeito livre no tempo. Já conhecer o outro é percebê-lo apenas naquilo que é, sem levar em consideração toda a sua criatividade direcionada ao futuro.

Em virtude da complexidade da subjetividade humana, não se pode conceber um modelo objetivo de ações e discursos. As relações intersubjetivas, quando inclusivas, são simbólicas, ou seja, possuem sentido exatamente naquilo que possibilitam: a infinita extensão do campo de possibilidades, hipóteses e ideias. Assim, as relações de ordem simbólica são tríades, porque permitem um espaço livre, não redutível ao eu nem ao outro, em que se formam novos caminhos e onde não há submissão de nenhum dos sujeitos-falantes, apenas aprendizado.

Por sua vez, o direito, como ordem simbólica, manifesta-se nas regras de cada ordenamento jurídico positivo que garantem a possibilidade de criação de novos sentidos a partir das diferenças entre as pessoas. Desse modo, apresenta-se como **diferença nomológica**, isto é, suas regras não fixam um significado correto e absoluto, mas cada sujeito, ao examinar o significado inicial e a função da regra para si, constrói um sentido específico. É essa liberdade, por conseguinte, que permite a cada um imprimir noções de si mesmo na regra, de modo que o discurso jurídico se torna uma ampla rede de contatos entre diferentes subjetividades.

Porém, um direito que nasce em uma ordem mimética, com uma linguagem rígida e repetitiva, não possui outra escolha senão a *pulizia/polizia delle parole*, ou seja, o controle e imposição de verdades, assim como a proibição de ideias para além do que está posto. Disso cria-se uma estrutura jurídica à serviço da mera repetição e execução de ordens, uma simples memória fisiológica – ou mecânica, se se pensa nas máquinas de inteligência artificial.

Nesse contexto, é fundamental que o direito seja sempre inclusivo, propiciando, para isso, um ambiente confortável de liberdade de expressões a todas as pessoas. Quando se reconhece a subjetividade e as diferenças do outro, descobre-se a sua própria subjetividade, na medida em que se abre um espaço para a desconstrução de suas próprias noções,

alcançando novamente sua subjetividade originária e, desse modo, reconstruindo-a com novos sentidos e parâmetros. É somente ao reconhecer no outro diferentes ideias em relação às suas que se pode aperfeiçoar e desenvolver novas concepções.

Por isso, para se investigar a verdade ou falsidade das coisas, pressupõe-se a possibilidade de criar hipóteses e não a simples e contínua reprodução de ideias, na qual há uma espécie de subjetividade sem sujeito, porque este é visto como mero objeto genérico. Assim sendo, a questão da verdade ou falsidade está para além da discussão sobre o sentido de cada significante, ela reside na possibilidade ou não de relações livres entre os sujeitos-falantes.

Desloca-se, portanto, a noção de verdade da essência das coisas para as relações intersubjetivas. Em um ambiente de exclusão do outro, há não-verdade, porque tudo o que se produzirá será memórias repetitivas, enquanto, em um ambiente de diferentes opiniões, há possibilidade de verdade, porque se poderá construir livremente novas concepções. E o sentido do **direito como ordem simbólica** reside exatamente nessa possibilidade.

Desse modo, qualquer discussão a respeito da estrutura do discurso não se dá pela gramática ou por regras formais, mas pela condição dos sujeitos-falantes nas relações intersubjetivas. Toda interpretação lógica ou funcional do discurso será excludente, porque não considera as subjetividades como grande motor do conhecimento.

Por exemplo, em uma relação entre patrão e seu servo, este é dominado por aquele. Não há direito, apenas poder irrestrito do patrão. O servo é constringido como um outro genérico, impessoal e substituível, porque deve tão somente executar as ordens que lhe são destinadas. E é cada vez maior o poder do patrão conforme se ilude o servo de que é efetivamente um sujeito livre pensante.

O direito, por isso, deve ser concebido como espaço de interação, inclusive para as **minorias**. Apesar de as leis vigentes serem ordens de repetição, porque fixam determinadas condutas à vida de cada cidadão, o direito deve sempre possibilitar a criação de novas ideias em um ambiente de **tolerância e liberdade**. Somente assim será essencialmente uma ordem simbólica, porque, caso contrário, seria a própria negação do ser tanto como sujeito quanto como sujeito de direitos.

No encontro de diferentes ideias, forma-se um espaço intermediário e aberto de conhecimento, em que o saber anterior já não é mais conhecido, porque parcialmente

apagado no contato entre diferentes ideias, e o saber futuro ainda está por ser formado. Esse espaço é conhecido como **inconsciente**, cuja mola de formação é o contato entre diferentes significantes e códigos subjetivos.

Contra essa importante construção do conhecimento, impõe-se um direito como burocracia, isto é, como saber vazio e formal destinado a constringer discursos e tornar verdades absolutas. Assim nasce a *pulizia/polizia delle parole*, que regula as relações intersubjetivas por meio de um único código linguístico – enraizado no presente e privado do futuro.

A remoção de diferentes significantes, portanto, é o primeiro e necessário passo em direção ao direito como burocracia. A concepção da linguagem como instrumento de fala de sujeitos já definidos – e não como espaço de reconstrução constante de subjetividades – impede que as regras do discurso sejam mensuradas pela qualidade da relação. Ou seja, o que diferencia o direito que recebe seu limite pelo inconsciente e o direito que se impõe como saber burocratizado é a relação intersubjetiva, e não questões intralinguísticas e formais.

É possível que, muitas vezes, determinadas ideias permaneçam em voga, a questão é jamais proibir a possibilidade de novas ideias surgirem. Se há controle constante dos pensamentos, não há verdadeiro acesso ao direito. Se as palavras são vigiadas, as minorias são oprimidas e a liberdade é suprimida. Não se constrói o saber, não se vive em um espaço democrático. E nessa toada finaliza o autor: *la pulizia/polizia delle parole non è la giustizia*.

RESENHA

ARISTÓTELES. ÉTICA A NICÔMACO. SÃO
PAULO: MARTIN CLARET, 2015.

Gabriel Cassiotti

ARISTÓTELES. **ÉTICA A NICÔMACO**. SÃO PAULO: MARTIN CLARET, 2015.

*Por Gabriel Cassiotti
Acadêmico do 5º semestre B do Curso de Direito da Faculdade Católica Rainha da Paz-
FCARP, Araputanga-MT.*

gabrielcassiotti@gmail.com

Aristóteles foi um importante filósofo grego, que viveu entre 384 e 322 a.C, nascido na Estágira, Macedônia. Aos dezessete anos, entrou para a academia de Platão, na cidade de Atenas, tornou-se um discípulo de destaque ao longo dos vinte anos em que permaneceu na academia, chegando a ser professor. Foi mentor de Alexandre, sucessor do rei Felipe II, o conquistador da Grécia. O rei Alexandre ficou conhecido como **o grande**, por ter conquistado diversos povos e fundado a cidade de Alexandria. Aristóteles fundou sua escola, com o nome de o Liceu, em Atenas, por volta de 335 a.C, importante centro de estudos divididos em especialidades. Aristóteles tinha o hábito de dar aula e debater caminhando; sua obra inclui diversas especialidades como lógica, física, metafísica, moral, política e retórica. O filósofo, assim como seu mestre, Platão, foi perseguido por causa de suas ideias e teve que se exilar, falecendo, em 322 a.C, com sessenta e dois anos.

Esta obra tem por objetivo apresentar as características do comportamento humano, o autor faz uma análise sobre o comportamento ético e suas características. Aristóteles deseja que o conhecimento ético não fique apenas no campo das ideias, mas que também seja praticado e ensinado. O comportamento humano sempre reflete o seu caráter, por isso o autor traz fatos do cotidiano para tentar aproximar a análise e estudo para a ação prática.

A obra foi organizada em dez livros: I- Discute o bem, as ações e as escolhas; II- Virtude moral e a importância do meio termo; III- Ato moral e as paixões; IV- As virtudes morais; V- A justiça; VI- Virtudes da alma e racionalidade; VII- Vícios e ações que o homem virtuoso não deve praticar; VIII- Amizade; IX- Amizade política; X- Conclui a obra discutindo os prazeres as virtudes e o papel da política.

No primeiro livro, questiona-se o que é o bem, todas as ações e escolhas tendem a um bem. Então, para tudo que é feito existe um bem, se o bem que desejamos é um bem em si mesmo, e não o desejamos para obter outro bem, esse é o bem supremo. O objetivo das

ações é a felicidade, porém a felicidade para o homem comum é distinta para o homem sábio. Portanto, a felicidade é a melhor coisa que existe, e não se confunde com a honra, o prazer e a riqueza, porém condiciona-se a esses para a sua realização.

O segundo livro, aborda as virtudes e suas duas espécies, intelectuais e morais. A virtude intelectual é aquela que resulta do ensino, já a virtude moral resulta do hábito e pelo exercício, do mesmo modo que se formam essas virtudes podem-se destruí-las. As relações com homens justos e injustos, e atos praticados são meios de destruir as virtudes. É importante, desde cedo, praticar as boas ações e com elas se habituar. O excesso ou a falta da virtude também pode ser destrutivo. É importante chegar ao meio termo, isso quando há excesso ou falta de ações ou paixões. Além disso, não há meio termo em paixões e ações que visem à maldade, não se pode buscar meio termo entre atos injustos. Somente por meio de atos justos é possível formar homem justos.

O terceiro livro, trata sobre o ato moral. A virtude relaciona-se com paixões e ações, que são voluntárias ou involuntárias. É involuntário quando o ato ocorre pela coação ou ignorância, pela força ou para evitar algo mais grave. Já o ato moral voluntário possibilita a escolha de fazer ou de não fazer algo. Entretanto, quando as ações possibilitam escolha do indivíduo mas esse de alguma forma é pressionado a decidir de uma determinada forma, essa ação assemelha-se à involuntária. Também, podem ocorrer atos voluntários praticados sob impulso; esses não são escolhidos, mas são praticados sem que exista a força externa que obrigue o agente.

No quarto livro, são apresentadas as virtudes morais. A primeira a ser tratada é a liberalidade, que é o meio termo entre adquirir e distribuir as suas riquezas materiais, entre a prodigalidade e a avareza. A virtude da magnificência se vincula à riqueza, e diz respeito aos grandes gastos, que almejam a honra. Portanto, o homem magnificente precisa ser um homem liberal para poder alcançar seus objetivos. O homem pobre não consegue ser magnificente, pois não pode ter grandes gastos, assim o homem magnificente realiza atos de tal forma que esses se tornam difíceis de se superar. Para alcançar esse resultado é necessário grande gasto. Já o homem humilde é aquele que sempre se julga menor do que realmente é, e o homem que é digno de pequenas coisas e se julga digno delas é o homem temperante. Por último, a calma é uma virtude moral, meio termo entre a cólera e a pacatez. O homem calmo é aquele que apenas se enfurece por motivos justos, e os que não se perturbam por nada são os tolos.

O livro quinto analisa a justiça e a injustiça. A justiça é a virtude mais perfeita e está nas

outras virtudes. O justo traz a virtude ao próximo e não somente a si, ele é aquele que obedece a lei, é íntegro e honrado, enquanto o injusto é desonesto. Também, a justiça está na distribuição igualitária de acordo com a desigualdade. O justo é proporcional. Já a justiça corretiva intervém para resolver uma desigualdade, é intermediária entre ganho e perda. O juiz é o meio termo que resolve a desigualdade e restaura a igualdade para as partes.

O sexto livro aborda as virtudes da alma e sua parte racional, dividida em duas partes: a parte científica e a calculativa. Pertencem à alma três fatores predominantes; a sensação, o intelecto e o desejo. A ação é o meio para atingir um fim desejado, é uma escolha que não pode ocorrer sem pensamento e disposição moral. O princípio da ação é o homem. Contudo, as duas partes intelectuais da alma têm a verdade como função. Afirma quais são estados que a alma expõe a verdade: arte, conhecimento científico, sabedoria prática, sabedoria filosófica, razão intuitiva. Tendo esses estados como base, o homem alcança os fins de suas ações.

No sétimo livro, são apresentados os vícios e outras práticas que os homens virtuosos não praticam. O primeiro deles é a brutalidade, que é a total ausência de virtudes e até mesmo os vícios, e está vinculada aos bárbaros. Outra disposição de caráter a ser analisada é a incontinência. Homem incontinente é aquele que sabe julgar racionalmente o que é certo e errado e mesmo tendo um julgamento justo age de forma incorreta. Sócrates, entretanto, afirma não existir a incontinência, pois ninguém age de forma contrária ao próprio pensamento. A incontinência é muito complexa, pois envolve o raciocínio do homem em choque como os prazeres, as opiniões e as paixões, que fazem o homem agir em desacordo com seu próprio julgamento.

Há também a incontinência absoluta. Essa está ligada ao dinheiro, a cólera e a honra. Contudo, muitos prazeres são necessários para o homem, e muitos não são prejudiciais, mas quando são prejudiciais se tornam muito maléficos. É importante que o homem seja forte e saiba ser temperante e não se deixe levar pela frouxidão.

O oitavo livro aborda a amizade. Ela é a virtude mais nobre e necessária ao homem. Nada valeria ter muitos bens, autoridade, poder, e não ter amigos. Além disso, a amizade traz apoio e segurança, indispensáveis até mesmo aos mais poderosos, porque os homens são mais fortes quando agem em grupo, e faz parte da natureza do homem a facilidade para fazer novas amizades. Entretanto, a amizade é diferente de muitas maneiras. Há aqueles que buscam a utilidade, o prazer ou a paixão, então possuem uma amizade frágil.

Também há aqueles que possuem afeição e amor recíproco pela pessoa por ser quem é, não por aquilo que a pessoa pode dar. Assim, homens bons, virtuosos e que desejam o bem ao outro, possuem amizade forte e duradoura. Contudo, não se pode confundir amizade como benevolência, mesmo que seja recíproca, pois desejar o bem a uma pessoa não é o mesmo que amizade.

O nono livro dá continuidade ao anterior, e aborda a amizade política em que há remuneração proporcional, que deve parecer justa para ambas as partes. Nessas amizades, não se ama a pessoa em si, mas sim, os benefícios que esperam receber, essas amizades não são duradouras. Os acordos feitos são pagos com dinheiro. De acordo com a atividade ou o objeto negociado, ocorrem desacordos quando os amigos obtêm coisas diferentes do que imaginaram. É muito importante retribuir os benefícios dos benfeitores, agradar os amigos e sempre pagar a dívida assumida. As amizades que tem como base o prazer e a utilidade e se desfazem quando os amigos não são mais os mesmos que antes. Também, se o homem que antes era bom se torna mau, é impossível amá-lo, pois não se deve amar o que contém vício. Portanto, as pessoas más se unem para praticar o mau, e as pessoas virtuosas se unem para praticar o bem.

O livro décimo fala sobre o prazer, pois ele faz parte da natureza do homem. Muitos consideram o prazer um bem e outros um mau, mas é preciso encontrar um meio termo para não se tornar escravo do prazer. Também, os prazeres são diferentes de acordo com a forma, se vêm de fontes nobres são nobres, mas se vêm de fontes viciosas assim serão. O homem justo só sente prazer com coisas justas. Assim, o prazer não é um bem e nem todos os prazeres são desejáveis pelo homem. O homem precisa ser educado e estimulado para a virtude. Os legisladores têm um papel fundamental para o bem comum. Eles podem regular o comportamento e combater os vícios, e as coisas desonestas, e punir com sanções aqueles que não se comportarem de forma adequada. Para tanto, o legislador precisa ter conhecimento para adequar os indivíduos que praticam uma má conduta. Esse é o papel da ciência legislativa.

As ações buscam a felicidade, que se condiciona ao prazer, à honra e à riqueza. A virtude é o meio termo entre paixões e ações, são intelectuais quando ensinada, e morais se vêm pelo hábito. Também, o ato moral pode ser voluntário, quando responsabiliza o agente, ou involuntário, se não responsabiliza o agente. A justiça é a virtude mais perfeita, é a igualdade de acordo com a lei, e também na distribuição das riquezas. A amizade é necessária ao homem, sem ela não há apoio e todo o poder e a riqueza não tem valor. Os homens tendem a agir em coletivo, e tem facilidade para fazer novas amizades, mas é

difícil ter uma amizade duradoura. O prazer não é um bem, e nem todo prazer é benéfico ao homem. É fundamental que o prazer tenha fontes nobres.

Com base na obra de Aristóteles, concluímos que é de suma importância estudar as diferentes ações dos homens, estudar a ciência do comportamento e usar o conhecimento para contribuir para a sociedade. O livro deixa muito clara a sua mensagem: as ações devem ser virtuosas, justas e temperantes. O meio termo é sempre mais justo que um dos extremos. Por fim, a política tem o poder de contribuir para o crescimento e para o amadurecimento dos valores morais da sociedade, onde os homens visem sempre ao bem e à justiça.

A obra é atemporal e constitui a base para o estudo da ética. É dirigida a todas as áreas do conhecimento, e recomendada a acadêmicos de Ciências Humanas, Direito, História, Teologia, Filosofia, antropologia, sociologia, e aos professores e pesquisadores.

RESENHA

CAVALCANTE, P. R. CONTRIBUIÇÕES DA
PSICOLOGIA NO ACESSO À JUSTIÇA: (DES)
CONSTRUÇÕES NO CAMPO SOCIOJURÍDICO,
DESAFIOS E POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO
NA DEFENSORIA PÚBLICA. RIO DE JANEIRO:
LUMEN JURIS, 2016, P. 296.

Rita Eliana Mazaro
Aline Rosa Antunes

CAVALCANTE, P. R. **CONTRIBUIÇÕES DA PSICOLOGIA NO ACESSO À JUSTIÇA: (DES)CONSTRUÇÕES NO CAMPO SOCIOJURÍDICO, DESAFIOS E POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO NA DEFENSORIA PÚBLICA.** RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2016, P. 296.

*Por Rita Eliana Mazaro
Professora do curso de Psicologia da Universidade Federal de Mato Grosso
Doutora em Psicologia Social e do Trabalho, Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil.*

*Por Aline Rosa Antunes
Graduanda em Psicologia, Universidade Federal de Mato Grosso. Brasil.*

ritamaza@uol.com.br

De capa enigmática, a leitura desta obra é necessária para todos aqueles que buscam ampliar o entendimento sobre a atuação de psicólogas(os) imersos no campo sociojurídico¹, e aos que nada conhecem sobre este *locus*, possibilidade tão nova de trabalho dentro do fazer da psicologia, ciência contribuinte no acesso à justiça.

Em sua dissertação de mestrado, Cavalcante contempla as mais diversas esferas pelas quais a psicologia tem avançado na contribuição no acesso à justiça pelos usuários da Defensoria Pública, como é o caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – DPESP². Apesar de limitar-se ao Estado de São Paulo como campo de estudo, esta obra já reverbera cotidianamente junto aos colegas de profissão pioneiros pelo Brasil, em lugares em que há um(a) psicólogo(a) exercendo o atendimento ao cidadão ou à cidadã e seus familiares que estão em busca de audição, em outros em que este trabalho inexistente ou ainda é incipiente e nos meios acadêmicos como propulsor de discussões sobre a área tão fundamental e promissora.

Para o leitor impaciente, a autora apresenta várias seções que permitem a navegação

¹ O campo sociojurídico é o espaço de trabalho interdisciplinar no âmbito de sistema de garantia de direitos humanos (individuais, coletivos e difusos) em instituições do universo jurídico ou a eles relacionados, tais como o poder judiciário, ministério público, defensoria pública, centros de defesa de direitos entre outros espaços de intersecção com o direito e a justiça. BERNARDI, D. C. F. In: Prefácio de CAVALCANTE, P. R. **Contribuições da Psicologia no Acesso à Justiça: (des)construções no campo sociojurídico, desafios e possibilidades de atuação na Defensoria Pública**, 2016, p. 296.

² Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP) é uma instituição permanente cuja função, como expressão e instrumento do regime democrático, é oferecer, de forma integral e gratuita, a orientação jurídica, a promoção de direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos. Tem como referência o disposto no artigo 5º da Constituição Federal brasileira, inciso LXXIV, segundo o qual “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”

alternante livro afora. Seções essas que contém autores referenciados que foram escolhidos cuidadosamente para serem citados iniciados pela convidada que prefaciou a obra: Dayse Cesar Franco Bernardi, especialista em psicologia jurídica e mestre em psicologia social, dentre outros grandes feitos profissionais que não nos cabe citar aqui. As palavras cunhadas por Bernardi selam, mesmo estando fisicamente no início da obra, toda a argumentação da autora. De expressão contundente, o enlace proposto pela prefacista com o tema é adequado e explicita saberes e considerações necessárias para a compreensão de todo o processo encapsulado pela obra. Além de encantar, o prefácio motiva o leitor para o que vem a seguir, ilustrando-o com vivacidade.

O livro é leve e de fácil leitura, assim como a consolidação das entrevistas de cada depoente que dão corpo à obra. A categorização apresentada é bastante didática e faz do leitor seu cúmplice na incursão dos muitos excertos das falas transcritas. Para os menos atuantes e/ou frequentadores no/do âmbito da Psicologia e do Direito, recomenda-se o acompanhamento do desenrolar da leitura com um dicionário físico ou eletrônico à mão para que alguns sentidos sejam captados e apreendidos de imediato em sua essência e não comprometam a continuidade da leitura diante do uso indispensável no âmbito acadêmico do jargão comum às áreas jurídica e psicológica.

A escrita de Cavalcante, dá voz aos profissionais inseridos neste novo universo, tão desejosos de atuarem como uma equipe multidisciplinar por onde está hoje a Psicologia que transita e alicerça. Em síntese, Cavalcante buscou refletir sobre o que pode fazer um(a) psicólogo na Defensoria Pública? Como pode ser a sua atuação? Quais as contribuições da Psicologia neste novo campo? Há algo de diferente? Há algo que se repete de outras áreas de atuação? Como a Psicologia pode colaborar com a garantia de direitos, sobretudo das pessoas em situação de maior vulnerabilidade em nossa sociedade?

O trabalho exaustivo retratado na obra é revelador de um universo cheio de contradições e de desbravamentos, onde pode-se notar o pioneirismo de seus protagonistas em busca de respostas para todas essas questões por meio da transcrição das entrevistas respondidas por todos as(os) psicólogas(os) inseridos neste contexto lotados na DPESP em conjunto com a pesquisa bibliográfica e a experiência profissional na área desde 2007, que culminou em 2009, com a sua aprovação e posse para o quadro efetivo da instituição no primeiro concurso de ingresso para agentes de Defensoria Pública em São Paulo, incluindo a especialidade Psicologia. Cavalcante cumpre o que promete e elenca as práticas que vem sendo desenvolvidas, desafios e possibilidades em consonância com o perfil profissiográfico, se assim podemos chamar, do trabalho diário do psicólogo sociojurídico, termo que ainda

não configura-se uma especialização. Tornar-se-á?

A obra trilha um caminho que convida-nos ao aprofundamento majestoso em cada etapa da viagem, desde conhecer o trabalho da DPESP até a discussão tão premente sobre a judicialização da vida, da pobreza e do papel da interdisciplinaridade nesta jornada. O conteúdo traz um histórico sobre a área e esquadrinha perspectivas em relação à Psicologia, Políticas Públicas e Compromisso Social. Sob à luz do debate da Psicologia no sistema de justiça, preocupa-se em notificar que a Psicologia não pode ser só pericial, mas também grande aliada na garantia de direitos daqueles que buscam verem assegurados seus direitos fundamentais, aqui representados pela população mais pobre, alvo de discriminações e humilhações sociais.

Esta publicação é um marco da Psicologia que retrata como a assistência jurídica e judiciária podem ser tão melhores e mais humanizadas se realizadas de forma interdisciplinar. De que modo? Fazendo com que as(os) profissionais da Psicologia possam realizar além da tão conhecida perícia, a escuta qualificada e a mediação de conflitos extra e intrajudiciais, facilitando o emergir da subjetividade das pessoas.

Não senhores, não se trata de clinicar na Defensoria. Trata-se de acolher com cuidado o outro num momento vulnerável de suas vidas, de dar continuidade à vida cidadã, outrora esquecida em tempos de ubiquidade, ou seja, o fazer da Psicologia em contraposição ao controle tão peculiar a que faz jus a ciência do Direito, em maioria no âmbito das defensorias brasileiras. De tal forma, que mesmo que por um instante, a população possa construir ativamente o seu papel na solução de seus problemas e não só estar assistida em relação aos seus direitos e garantias, de forma célere, o que sabemos que na maioria das vezes não acontece.

Cavalcante e seus depoentes convidados vão tecendo as linhas pelas quais as(os) psicólogas(os)enigmática pertencentes à essa instituição trabalham. Vale ressaltar que a maior parte do livro (151 páginas) versa sobre o perfil e reflexões das/dos psicólogas/os iniciantes e atuantes neste novo campo sociojurídico. As demandas recebidas, os desafios enfrentados e as atividades executadas foram coletadas a partir de entrevistas das(os) primeiras(os) psicólogas(os) ingressantes da DPESP. De posse desses discursos, Cavalcante expõe os principais aspectos encontrados e os analisa a partir de três categoriais: História, Atividades e Necessidades.

A primeira categoria intitulada História apresenta-se em três tópicos:

a) Entrada na instituição: este tópico descreve o histórico da chegada das(os) psicólogas(os) à DPESP.

b) Entraves iniciais: este tópico revela por meio dos relatos que foram descritos alguns entraves e dificuldades que as(os) profissionais enfrentaram no início da atuação.

c) Referências utilizadas: este tópico tece considerações sobre a construção das intervenções neste campo frente ao pioneirismo desta atuação.

A segunda categoria intitulada Atividades: descrição apresenta-se em dez tópicos e descreve as atividades desenvolvidas pelas(os) psicólogas(os):

d) Demandas encaminhadas às(aos) psicólogas e psicólogos da DPESP: este tópico refere-se às demandas encaminhadas e a insatisfação diante da ausência de reconhecimento e abertura para a construção de intervenções, implicando negativamente na capacidade colaborativa dos profissionais da Psicologia.

e) Atividades desenvolvidas: este tópico descreve as atividades desenvolvidas pelo Centro de Atendimento Multidisciplinar (CAM) que podem ser englobadas na articulação com as redes de serviço, composição extrajudicial de conflitos, produção técnica e como práticas autocompositivas que constituem potencialidades emancipatórias e educativas à população atendida. O CAM é “um órgão auxiliar dentro da Defensoria Pública composto por pessoas formadas em Psicologia e Serviço Social do quadro da instituição” (p.42).

f) Especificidades e inovações em curso: este tópico salienta as práticas consideradas inovadoras para atuação do psicólogo(o) na tentativa de qualificar novas possibilidades de resolução de conflitos.

g) Relações de trabalho com profissionais de outras formações: este tópico delinea a multidisciplinariedade das relações de trabalhos que favorecem a construção de uma rede colaborativa articulada que potencializa e complementa a prática profissional.

h) O papel do CAM: este tópico apresenta os objetivos norteadores das ações do CAM que efetivam o desenvolvimento do trabalho dos profissionais e qualificam as áreas de trabalho. As ações atribuídas ao CAM contribuem para o acolhimento da subjetividades e a ampliação da autonomia das(os) usuárias(os), viabilizam a comunicação e orientações jurídicas, possibilitam inovações e construções de estratégias de resolução de conflitos e

expandem o olhar restrito sobre a demanda jurídica às demandas sociais e emocionais.

i) Aspectos favoráveis à atuação: este tópico considera aspectos favoráveis para o desenvolvimento laboral dos profissionais e de uma melhor qualidade de atendimento à população.

j) O que desperta mais interesse para estas(es) profissionais: este tópico elenca as áreas de maior interesse, motivação e satisfação dos profissionais de Psicologia.

k) Indícios sobre como estas/es profissionais estão se sentindo: este tópico expõe indícios satisfatórios e insatisfatórios considerados pelas(os) psicólogas(os) que permeiam a sua atuação. Os indícios satisfatórios correspondem ao retorno positivo do trabalho visualizado através da garantia de espaço e valorização profissional e os insatisfatórios relacionam-se ao desgaste e descontentamento com demandas previamente estabelecidas pelos operadores do Direito impossibilitando a atuação em equipe uma análise mais refinada.

l) Opiniões sobre psicólogas e psicólogos atuando em Defensorias Públicas: este tópico evidencia as opiniões externas acerca das ações e contribuições das(os) psicólogas(os) neste campo sociojurídico que proporcionam melhorias para as usuárias e usuários atendidos através da escuta psicológica qualificada.

m) Principais obstáculos: são reunidos os principais entraves e dificuldades identificados pelos psicólogos no trabalho desenvolvido, bem como as limitações encontradas na atuação interdisciplinar e institucional. Estas limitações são evidenciadas pela limitação do tempo de atendimento diante da numerosa demanda, pela limitação institucional que reflete impotência diante da carência de políticas públicas e serviços, pela sobrecarga de trabalho e desgaste emocional e pela ausência de abertura para criação e inovações devido ao contexto judicial enrijecido.

A terceira categoria intitulada Necessidades apresenta-se em dois tópicos e traz sugestões que visam a melhoria do trabalho interno e as novas formas e oportunidades de intervenção:

n) Sugestões para a melhoria do trabalho e enriquecimento da atuação: este tópico apresenta alguns elementos que potencializam a atuação destes profissionais, tais como: a proposta de melhoria de ações, ampliação dos espaços de discussão e capacitação profissional.

o) Futuras possibilidades de intervenção: este tópico propõe a abertura de novas áreas de

atuação e intervenção ainda pouco aperfeiçoadas pelo CAM que possibilitará a ampliação no atendimento e a consolidação de novas frentes de trabalho.

Por fim, Cavalcante revela as contribuições da Psicologia no Acesso à Justiça. A obra contempla de forma minuciosa os entraves perpassados pela vida laboral dos profissionais envolvidos junto às(os) psicólogas(os) e descreve suas atividades em decorrência da luta que foi e ainda é para que as(os) profissionais psicólogas(os) estejam inseridas(os) no corpo efetivo da instituição das defensorias do país. Elenca as demandas recebidas por estes profissionais no cotidiano laboral e demonstra-as por meio de dados estatísticos atuais, o que leva o leitor à uma pausa reflexiva e ao mesmo tempo de perplexidade sobre a vida humana e seu destino.

REFERÊNCIAS

BERNARDI, D. C. F. In: Prefácio de CAVALCANTE, P. R. **Contribuições da Psicologia no Acesso à Justiça:** (des)construções no campo sociojurídico, desafios e possibilidades de atuação na Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 296.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Brasília: Senado Federal, 1988

PROJETO GRUPO DE ACOLHIMENTO
PSICOLÓGICO AOS ASSISTIDOS DA DPU:
COMPARTILHANDO VIVÊNCIAS, RE-
CONSTRUINDO CAMINHOS

Por Natalia Isis Leite Soares

BOAS PRÁTICAS

PROJETO GRUPO DE ACOLHIMENTO PSICOLÓGICO AOS ASSISTIDOS DA DPU: COMPARTILHANDO VIVÊNCIAS, RE-CONSTRUINDO CAMINHOS

PROJECT GROUP OF PSYCHOLOGY HELP FOR PEOPLE ASSISTED BY DPU: SHARING LIVING, RE-BUILDING PATHWAYS

*Por Natalia Isis Leite Soares
Analista Técnica de Políticas Sociais
Graduada em Psicologia.
natalia.soares@dpu.def.br*

INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública da União no estado do Ceará conta com um setor de Psicologia e, assim como qualquer experiência inovadora, permite espaço para o exercício da criatividade e para a experimentação de olhares sobre a função do psicólogo na instituição.

A Defensoria tem como missão constitucional garantir o direito de ter direitos, constituindo-se como uma das mais relevantes Instituições públicas, essencialmente comprometida com a democracia, a igualdade e a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Entende-se como dever da Psicologia, no seu lócus de trabalho, criar espaços propícios para tomada de consciência sobre a própria realidade, o fortalecimento identitário, o empoderamento e a ressignificação da realidade.

O grupo pode proporcionar, em sua estrutura, potencial para um processo de fortalecimento dos sujeitos, à medida que desenvolve conjuntamente habilidades e recursos para, com comprometimento, consciência e criticidade, transformar seu ambiente e a si mesmo.

1. APRESENTAÇÃO DO PROJETO

O projeto **Grupos de Acolhimento Psicológico aos Assistidos/as da DPU: Compartilhando vivências, re-construindo caminhos**, da Defensoria Pública da União no Ceará – DPU/CE, consiste na realização de grupos periódicos com quantidade de encontros pré-definida e temas que estejam presentes na realidade de um coletivo de assistidos pela instituição, por meio da utilização de metodologias e vivências adequadas ao processo de facilitação de grupos pelas psicólogas e/ou estagiários de Psicologia da DPU/CE. Objetiva criar um espaço de socialização, de conscientização e de ressignificação da relação dos assistidos com as temáticas específicas tratadas nos grupos, provocando a construção conjunta de novas possibilidades, individuais ou não, de construção ou reconstrução da própria realidade.

A atuação de uma Psicologia Social amparada pelo paradigma da Libertação fornece possibilidades reais de emancipação, conscientização e mobilização, devendo ter cunho coletivo e político no tocante ao compromisso com a transformação da realidade.

Sabe-se que o grande contingente de assistidos pela Defensoria encontra-se em situação de vulnerabilidade social. A imersão em uma realidade cotidiana opressora, com processos de vivência que envolvem violação de direitos, marginalização e negligência do Estado ou da sociedade, abre caminho para o desenvolvimento do fatalismo como forma de resiliência. Para Freire, o fatalismo pode paralisar o sujeito diante da história e fazendo-o pensar que não tem direito a escolher, decidir, projetar e sonhar.³ Martín-Baró propõe uma atuação em psicologia que busque superar as condições de opressão e fatalismo às quais os oprimidos estão imersos para a libertação pessoal e social.⁴

Martín-Baró afirma que o fatalismo gera uma descrença nas mudanças, o que causa conformismo, resignação e passividade. Porém, ao tratar do processo de conscientização, o indivíduo passa a emergir dessa situação de fatalismo e compreende-se como capaz de realizar transformações em sua realidade.⁵

Processos de conscientização constituem um objetivo da atuação em Psicologia,

³ FREIRE, P. **Pedagogia da autonomia: Saberes necessários à prática educativa**, 2000.

⁴ MARTÍN-BARÓ. Toward a liberation psychology. In: **Writings for a liberation psychology**, 1996.

⁵ MARTÍN-BARÓ, I. **Psicología de la Liberación**, 1998.

especialmente nas Psicologias Social, Comunitária ou da Libertação, e consiste, segundo Freire, no ato de desvelar a realidade acreditando no diálogo capaz de problematizar, gerar trocas de conhecimento em que diversos temas são aprofundados, havendo ampliação do olhar, gerando apropriação e identificação, assim como consistindo em um processo vivencial.⁶

Desta forma, considera-se que o trabalho do psicólogo da DPU deve se dar de forma coerente com a realidade de vida dos assistidos, buscando formas de problematizá-la e de fomentar transformações através do diálogo e de métodos vivenciais. A realização de grupos envolvendo coletivos de assistidos pode influenciar a criação ou fortalecimento de vínculos, entrelaçamento de histórias de vida, convivência, compartilhamento de sonhos e objetivos em comum, o que pode impulsionar maior identificação entre os participantes e maior sentimento de acolhimento, pois o grupo possibilita o relacionar-se com o outro, o que proporciona o descobrimento da identidade.

2. A MISSÃO DO PROJETO

Promover espaços de diálogo, socialização, construção e ressignificação da realidade de indivíduos atendidos pela Defensoria Pública da União no Ceará, contribuindo para processos de conscientização dos assistidos por meio da realização de grupos com temas e encontros pré-definidos facilitados pelas/os psicólogas e/ou estagiárias de psicologia da DPU.

3. OBJETIVOS

3.1. Geral:

Cumprir a missão constitucional da Defensoria Pública da União de promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos e das populações hipossuficientes por meio da realização de grupos com assistidos/as pela DPU que contribuam para processos de conscientização acerca dos direitos constitucionais, além de constituir-se como um espaço acolhedor, de trocas de histórias de vida.

⁶ FREIRE, P. **Conscientização: teoria e prática da libertação: uma introdução ao pensamento de Paulo Freire**, 2001.

3.2. Objetivos específicos:

- Criar espaços que possibilitem aos assistidos compartilhar suas histórias de vida e os motivos pelos quais procuraram a Defensoria, quais as implicações disso na sua vida, o que enxergam para o futuro etc.
- Facilitar o processo de identificação entre os assistidos a partir de suas demandas específicas, gerando acolhimento e sentimento de pertencer.
- Possibilitar encontros onde a afetividade constitua-se como elemento primordial dentro das técnicas e dos métodos de facilitação de grupo, buscando promover sempre o acolhimento daquele assistido, contribuir com sua autoestima e apropriação da própria realidade.

4. METODOLOGIA

O projeto consiste em realização de grupos com temas, cronograma e objetivos pré definidos de acordo com as demandas identificadas pelos índices de atendimento gerados no sistema e-PAJ, além de indicação de temas pelos defensores e demais profissionais da Defensoria.

Primeiramente, define-se o tema que será trabalhado e faz-se uma triagem de assistidos utilizando como recurso o sistema e-PAJ para que estes sejam convidados a participarem do grupo.

Cada grupo deve ter uma quantidade de encontros definida para que não seja caracterizado como grupo psicoterapêutico, atividade que não deve ser realizada em instituições que não sejam a clínica psicológica ou equipamentos de saúde pública. O grupo deve ter um cronograma definido, com temáticas para cada encontro, havendo abertura para eventuais mudanças a partir das demandas geradas pelo próprio grupo.

Assim, constrói-se um Plano de Ação para cada grupo, constando datas dos encontros, horário, tema de cada encontro, metodologia que será utilizada, objetivos e eventuais recursos que serão utilizados. As metodologias de facilitação de grupo ficam à critério do facilitador.

A Defensoria disponibiliza materiais de escritório e audiovisual quando necessário, para que sejam utilizados durante os encontros e a divulgação do projeto é feita pela DPU/CE por meio de material institucional, como cartazes, além de utilização de redes sociais e ligações telefônicas para os assistidos filtrados pelo sistema e-PAJ por temática.

O projeto apresenta baixíssimo custo institucional para sua execução, tendo em vista que quase todos os recursos necessários para sua execução já são ordinariamente utilizados pela Defensoria de forma regular no cotidiano de trabalho. A DPU fornece estrutura para realização dos encontros, que inclui psicóloga/o ou estagiária/o de psicologia, reserva de auditório no prédio da Defensoria, assim como material de consumo e permanente da instituição somente durante a execução da ação. De custo especial, somente é necessária a confecção de cartazes para divulgação do projeto.

5. PRIMEIRAS EXPERIÊNCIAS

Como público alvo para iniciar as atividades do Projeto, foram escolhidos, por meio da triagem pelo sistema e-PAJ, assistidos que procuraram a Defensoria com a pretensão previdenciária - concessão ou restabelecimento de auxílio-doença. Foram efetuados contatos telefônicos para apresentar a proposta do grupo e divulgar o cronograma de realização da atividade.

Foram formados dois grupos, um no período da manhã e um no período da tarde. Cada grupo foi facilitado por duas pessoas (psicóloga e estagiárias de Psicologia) e teve um total de cinco encontros, realizados quinzenalmente, com duração de 2 horas. Foram convidados 20 assistidos para compor cada grupo, comparecendo uma média de 10 participantes em cada. Os encontros foram iniciados em setembro de 2016.

Para a realização dos encontros, foi pensado o seguinte cronograma:

PLANO DE GRUPO INCAPACIDADE LABORAL	
INSTITUIÇÃO:	DPU
PUBLICO ALVO:	ASSISTIDOS COM INCAPACIDADE LABORAL

ENCONTRO	TEMA	OBJETIVO	METODOLOGIA	RECURSO	TEMPO
1º ENCONTRO	Auto Conhecimento e Integração do Grupo	Integração dos participantes: NOME, O QUE FAZ ATUALMENTE e O QUE LEVOU A DPU	Dinâmica de apresentação por pares: O grupo será dividido em pares, onde cada um terá que apresentar o seu par conforme o que foi proposto.	Não precisa	30 min
		Saber o que os participantes esperam do encontro	Discussão grupal	Não precisa	30 min
		Compartilhar o objetivo do grupo e definir normas de funcionamento do mesmo.	Discussão grupal	Entregar em uma folha de papel A4 um calendário com datas e horários dos encontros já estabelecidos e telefone para contato.	20 min
		Trabalhar a representação dos participantes a respeito do conceito de trabalho	Distribuição de papel e caneta aos participantes para que os mesmos escrevam uma palavra que traduza o seu conceito de trabalho	Papel, caneta	40 min

2º ENCONTRO	Processo de adoecimento no trabalho. O QUE EU ERA?	Levantar informações sobre a descrição do trabalho que eles laboravam.	Exposição dos relatos de experiência de vida	Não precisa	50 min
		Levantar as possíveis causas do adoecimento. Saber qual a relação com o trabalho. Como foi?	Exposição dos relatos de experiência de vida	Não precisa	50 min
		Fechamento com reflexão	Texto reflexivo ou documentário de superação como por exemplo os atletas paraolímpicos	A definir	20 min
3º ENCONTRO	Processo de adoecimento no trabalho. O QUE EU SOU?	Promover discussão sobre as limitações trazidas no cotidiano	Escrever em um quadro ou papel quais as limitações trazidas após a exposição dos relatos de experiência de vida	Papel e caneta ou Quadro branco, pincel, apagador	40 min
		Compartilhar como é viver com a situação atual através de um sentimento	Exposição do que é o sentimento	Não precisa	40 min
		Reunir experiências de vida profissional com a produção da Linha do tempo	Expor no papel em forma de gráfico a experiência da vida profissional que os participantes tiveram até o momento atual, com relatos de sucesso, fracassos e desafios. Mostrar o que foi dito por eles no início e comparar com a linha do tempo criada por eles.	Papel Madeira, revistas, jornais variados, pincel, cola, tesoura, caneta	40 min

4º ENCONTRO	PROJETO DE VIDA	Ampliar o nível de consciência dos participantes na reconstrução da vida ao lidar com a incapacidade, desenvolvendo assim, um sentido da busca de transformação dessa realidade através da atividades de Metas que propoe algumas estratégias.	Orientar aos participantes que colocassem no papel as metas que eles tinham em suas vidas a longo e medio prazo e escolher 4, com uma delas relacionada ao trabalho.	papel madeira, caneta	2hr
5º ENCONTRO	PROJETO DE VIDA	Realizar a distinção das habilidades de cada participante frente as potencialidades e competencias necessarias de oportunidades escolhidas pelos participantes com foco na ressignificação no sentido de trabalho	Atraves de figuras escolhidas de profissoes pelo proprios participantes os mesmos terão que dizer quais as competencias que essa profissão tem e assinalar quais os participantes possuíam e quais não possuíam	revistas, cola, tesoura, folha A4, lapis e caneta	2hr

Como primeira experiência, os grupos formados com assistidos com a pretensão **concessão ou restabelecimento de auxílio doença** alcançaram seus objetivos, além de terem constituído como espaço de catarse onde os assistidos tiveram acesso a escuta sobre suas vivências relacionadas ou não ao mundo do trabalho.

Naturalmente, após o término dos grupos, foram avaliadas as dificuldades para realização dos grupos, que foram: insuficiência financeira por parte dos assistidos para custearem o transporte até a Defensoria; eventuais falecimentos de assistidos que encontravam-se em situação de saúde agravada; e, não necessariamente uma dificuldade, mas um dado sobre a realidade dos assistidos, a necessidade de readequação da metodologia em alguns encontros devido à pouca habilidade de leitura e/ou baixa escolaridade.

As dificuldades encontradas devem ser consideradas no planejamento de novas atividades. O setor de Psicologia da DPU/CE está avaliando e planejando possíveis temas e público

alvo para continuidade da atividade no ano de 2017.

5.1. Monitoramento e avaliação do projeto

Após a realização de cada ação do projeto, as/os facilitadoras/es dos grupos elaboram um relatório das atividades desenvolvidas a ser entregue à chefia da DPU/CE para fins de monitoramento, justificção e avaliação do projeto. Além disto, são realizadas reuniões periódicas entre os participantes das atividades, a fim de avaliarem a execução e objetivos do projeto e proporem soluções para possíveis problemas enfrentados, buscando aprimorar a ação.

Finalmente, evidencia-se que este projeto se adequa à missão da Defensoria e da profissão de psicologia, constituindo como uma ação relevante que pode se tornar constante dentro do que fazer psicológico nesta instituição.

REFERÊNCIAS

FREIRE, P. **Pedagogia da autonomia: Saberes necessários à prática educativa** (15a. ed.). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

FREIRE, P. **Conscientização: teoria e prática da libertação: uma introdução ao pensamento de Paulo Freire**. São Paulo: Centauro, 2001.

MARTÍN-BARÓ, I. **Toward a liberation psychology** (A. Aron, Trad.). In A. Aron & S. Corne (Eds.), *Writings for a liberation psychology* (2ª ed., pp. 17-32). Cambridge: Harvard University Press. (Reimpresso de *Boletín de Psicología*, 5(22), 219-231, 1986), 1996.

MARTÍN-BARÓ, I. **Psicología de la Liberación**. Madrid: Editorial Trotta S.A, 1998.

A IMPORTÂNCIA DA LEITURA E DA ESCRITA
COMO FORMA DE (RE) SOCIALIZAR OS
ALUNOS DA MODALIDADE DE EDUCAÇÃO
DE JOVENS E ADULTOS DO ENSINO
MÉDIO DA CIDADE SÃO LUÍS NO PRESÍDIO
FEMININO E MASCULINO

Por Rachel Bonfim da Silva

BOAS PRÁTICAS

A IMPORTÂNCIA DA LEITURA E DA ESCRITA COMO FORMA DE (RE)SOCIALIZAR OS ALUNOS DA MODALIDADE DE EDUCAÇÃO DE JOVENS E ADULTOS DO ENSINO MÉDIO DA CIDADE DE SÃO LUÍS NO PRESÍDIO FEMININO E MASCULINO

THE IMPORTANCE OF READING AND WRITING AS A WAY OF (RE) SOCIALIZING THE STUDENTS OF THE MODALITY OF EDUCATION OF YOUNG PEOPLE AND ADULTS OF THE HIGH SCHOOL OF THE CITY OF SÃO LUÍS IN THE FEMALE AND MALE PRISON.

Por Rachel Bonfim da Silva

Pedagoga/ Química Licenciada/Psicopedagoga/Especialista em Metodologia do Ensino Superior/Supervisora do Estado lotada na escola da EJA “CE Estado do Pará”/Pedagoga da Aeronáutica prestando serviço na Defensoria Pública da União

rachel.silva@dpu.def.br

RESUMO

Este trabalho apresenta uma pesquisa sobre a escrita e a leitura dos alunos da Educação de Jovens e Adultos no presídio feminino e masculino no estado do Maranhão através da realização do **1º Concurso de Redação da Defensoria Pública da União no Brasil em todas as capitais com o Título: Eu tenho direito e a DPU está comigo**. Teve-se como objetivo geral: analisar de forma crítica e reflexiva a pesquisa, metodologia e o resultado deste trabalho que culminou em duas premiações em **1º lugar, sendo uma aluna do presídio feminino e outro aluno matriculado numa escola regular ambos da modalidade EJA**. Os objetivos específicos foram demonstrar as funções da Defensoria Pública da União e incentivar os alunos escreverem uma redação sobre seus direitos. Diante dos resultados obtidos, percebeu-se que os alunos que tinham mais práticas com as leituras e as escritas tiveram melhor êxito nas suas redações.

Palavras-chave: Leitura. Escrita. Educação de Jovens e Adultos. Defensoria Pública da União.

INTRODUÇÃO

Segundo Foucambert¹, a leitura significa ser questionado pelo mundo e por si mesmo. Significa que certas respostas podem ser encontradas na escrita, significa poder ter acesso à escrita, significa construir uma resposta que integra parte de novas informações ao que já se é.

Partindo do descrito acima, concorda-se que não basta somente permitir o acesso dos alunos à leitura e à escrita: torna-se imprescindível que esse se torne leitor e produtor de textos e mais conhecedor dos seus direitos, o que acabou sendo nosso objeto de pesquisa.

A leitura e a escrita são fatores fundamentais para a inserção do ser humano na atual sociedade. As cobranças por esses dois elementos tem sido cada vez mais acirrado para os jovens e os adultos na escola e no mercado de trabalho diariamente. O ato de ler pode fornecer ao leitor o acesso às informações, á ampliação do vocabulário, o desenvolvimento da criticidade e o interesse na busca pelo conhecimento sobre os assuntos mais variados, que além de instigar o leitor a pensar e conhecer criticamente sobre diversas questões pode impulsionar suas relações sociais e fazer com que estes conheçam e desfrutem dos seus direitos. Daí a importância dessa pesquisa realizada com esses alunos e o concurso feito por estes nessa modalidade de ensino.

A leitura é fundamentalmente um ato cognitivo, o que significa que a percepção que se tem da tarefa de ler e dos seus objetivos desempenha um papel determinante, pois é esta compreensão que vai tornar operacionais e eficazes as outras competências para a leitura. Assim, um bom leitor é aquele que, ao fomentar as operações de tratamento linguístico ao nível lexical e sintático de forma automática, vai, também, focar a sua atenção para a construção de um modelo de texto, interpretando-o.

Ler é decodificar, extrair o significado da escrita, daí que a leitura seja vista como um processo interativo entre o leitor e o texto, por meio do qual o primeiro reconstrói o significado do segundo. Consequentemente através de uma leitura informativa e formativa, o individuo poderá aprimorar sua escrita, desenvolvendo-a com mais coesão e conhecimento científico, cultural, entre outros, composta por informações pertinentes a um determinado assunto.

¹ FOUCAMBERT, J. **A criança, o professor e a leitura**, 1997.

De acordo com Travaglia², se considerarmos a linguagem como um código conhecido, preestabelecido e dominado pelos falantes, deve-se também que a linguagem é um ato social, ou seja, assim acontece a comunicação efetiva. A linguagem é, portanto, considerada como processo de interação social do indivíduo dentro do seu contexto comunicativo.

A escola vem produzindo grande quantidade de leitores que são capazes de identificar qualquer texto, porém, com enorme dificuldade para compreender o que leem. Entende-se que o processo de leitura indica que não se deve ensinar a ler por meio de práticas centradas na decodificação. Propõe-se que se deve fazer o contrário, ou seja, oferecer aos alunos inúmeras oportunidades de aprenderem a ler, usando os procedimentos que os bons leitores utilizam:

Um leitor competente é alguém que, por iniciativa própria, é capaz de selecionar, dentre os trechos que circulam socialmente, aqueles que podem atender a uma necessidade sua. Que consegue utilizar estratégia de leitura adequada para abordá-los de forma a atender a essa necessidade.³

Sobre o processo de escrita, alguns autores apresentam um mesmo consenso, em se tratando da capacidade de criação ou (re) criação, por parte de quem está produzindo um texto. Conforme Luria e Leontiev⁴, “[...] a criança, adolescentes, jovens e adultos precisam entender que a escrita é um sistema simbólico de representação da realidade, que não tem significado em si, mas representa um outro contexto [...]”.

A leitura é, ainda, vista como um processo interativo porque diferentes leitores extraem níveis de informação diversificados sobre o mesmo texto, pois possuem níveis de conhecimento diferentes em relação ao tema de que trata o texto, ou seja, a informação que um leitor retira de um texto está dependente do conhecimento que possui sobre o assunto a que se refere o mesmo. Para Bakhtin⁵, a interação verbal **é fundamental na língua. Ou seja, a verdadeira substância da língua não é um sistema abstrato de formas linguísticas, antes é fundamentalmente interação verbal entre falantes de uma comunidade.**

Este artigo objetivou em explicar aos alunos e alunas as funções e as demandas da Defensoria Pública da União bem como incentivá-los a escrever uma redação sobre seus

² TRAVAGLIA, L. C. **Gramática e interação: uma proposta para o ensino de gramática**, 2009.

³ BRASIL, 1997, p. 54.

⁴ LURIA, A. R.; LEONTIEV, A. N. **Linguagem, desenvolvimento e aprendizagem**, 2003, p. 65.

⁵ BAKHTIN, M. **Estética da criação verbal**, 2003.

direitos e participar do 1º Concurso de redação desta instituição. Considera-se, portanto, que este estudo tem uma relevância social, pois pôde contribuir de maneira significativa por suscitar novas reflexões sobre as práticas de ensino de leitura e escrita desenvolvidas no Ensino Fundamental, Médio e na EJA da Rede Estadual de Ensino de São Luís e de Paço do Lumiar – MA.

Neste sentido, os resultados da pesquisa serão socializados com o intuito de possibilitar a reflexão sobre a temática pesquisada no âmbito das políticas públicas do estado, bem como no ambiente pesquisado no qual as colaboradoras do estudo estão inseridas, constituindo-se numa proposta teórico-metodológica para o Ensino Fundamental, Médio e na EJA na Rede Estadual de Ensino de São Luís e de Paço do Lumiar – MA.

Comungando com esse pensamento da leitura na perspectiva da necessidade e do prazer, alguns autores subsidiam o objeto da pesquisa em questão, tais como: Bakhtin (2003), Freire (2011), Foucambert (1997), Geraldi (2006), Jolibert (1994), Luria e Leontiev (2003), Smith (1999)⁶, dentre outros, que foram fundamentais para nortear a fundamentação.

2 METODOLOGIA

A pesquisa foi organizada com base nos pressupostos da pesquisa qualitativa. Para Bogdan e Biklen⁷, as principais características de uma pesquisa qualitativa são: descrição, interesse pelo processo e não apenas pelo resultado da pesquisa, ter o pesquisador como instrumento chave para o desenvolvimento do trabalho, questionamento do objeto de trabalho e da investigação e análise dos dados.

-
- ⁶ BAKHTIN, M. **Estética da criação verbal**, 2003.
FREIRE, P. **Educação como prática de liberdade**, 2011.
FOUCAMBERT, J. **A criança, o professor e a leitura**, 1997.
GERALDI, J. W. **O texto na sala de aula**, 2006.
JOLIBERT, J. **Formando crianças leitoras**. São Paulo: Artmed, 1994.
LURIA, A. R.; LEONTIEV, A. N. **Linguagem, desenvolvimento e aprendizagem**, 2003.
- ⁷ BOGDAN, R.; BIKLEN, S. **Investigação qualitativa em educação: uma introdução á teoria e aos métodos**, 1994.

Paralelamente a essa pesquisa qualitativa foi realizada a **pesquisa-ação** que é uma

[...] pesquisa com base empírica concebida e realizada em estreita associação com uma ação ou com a resolução de um problema coletivo e no qual os pesquisadores e participantes representativos da situação ou do problema estão envolvidos de modo cooperativo ou participativo [...].⁸

Segundo André⁹ a pesquisa etnográfica busca compreender a prática escolar cotidiana no sentido de descrever as atividades de sala de aula e as representações dos autores escolares. Mas, vale ressaltar que não somente a descrição pela descrição trata-se de uma descrição a luz de um referencial teórico a cerca das concepções relacionadas ao objeto de estudo definido pelo pesquisador.

Os instrumentos utilizados no estudo foram as observações e entrevistas com um roteiro (semiestruturado) aliado a aplicação de questionários a supervisora e as professoras para coletar a percepção, a respeito de suas dificuldades na rotina diária de sala de aula para o trabalho com a leitura e escrita dos detentos e detentas e como lidam com as dificuldades diante desse processo.

Posteriormente foram feitas as palestras sobre o tema do 1º Concurso de Redação da Defensoria Pública da União com o tema “Eu tenho direito e a DPU está comigo” e depois dessas palestras os alunos participaram também de uma oficina em que aprenderam os tipos de redações existentes e a solicitada no concurso e as normas cultas da língua portuguesa, posteriormente começaram a escrever suas dissertações e os professores fizeram as devidas correções e enviaram para banca examinadora em Brasília. Foram realizadas 20 palestras em 11 escolas sendo que uma delas localiza-se no presídio feminino e masculino do nosso estado e também em escolas do Ensino Fundamental, do Médio regular e na EJA nos três turnos de ensino.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

A participação de todos os envolvidos no processo desta pesquisa e deste concurso foi fundamental para a realização e o êxito deste. Desde o planejamento de todas as ações,

⁸ THIOLLENT, M. **Metodologia da pesquisa-ação**, 1985. p. 43

⁹ ANDRÉ, M. E. D. A. de. **Etnografia da prática escolar**, 1995.

as oficinas de redação, as entrevistas, as dissertações e até o envio coletivo das redações tivemos uma solidariedade e companheirismo de todos os atores envolvidos nesse projeto. Há a certeza de que todos esses elementos foram responsáveis para que os membros do estado do Maranhão tivessem ganhado dois prêmios em 1º lugar na categoria da modalidade de Educação de Jovens e de Adultos.

Apesar de ter feito palestras em 11 escolas na capital e numa cidade próxima, e em escolas tradicionais em ganhar vários prêmios de literatura, teve-se uma surpresa no resultado final do concurso. Duas escolas tiveram êxito no ganho das premiações em dinheiro e em certificados que marcarão para sempre a história acadêmica desses alunos. Vale destacar que o único estado do Brasil a realizar esse concurso com alunos e alunas apenados e ainda estudando no presídio foi o Maranhão, e que uma das escolas que participou das palestras e oficinas de redação localiza-se dentro de um presídio feminino em que cerca de 15 mulheres realizaram a redação e uma detenta teve sua redação escolhida para concorrer com as demais da modalidade EJA e esta alcançou o 1º lugar nesta modalidade de ensino, do presídio masculino 10 homens realizaram as redações e selecionamos três melhores, para concorrer mas não obtiveram premiação. Das demais escolas que participaram das palestras e oficinas de redação do Ensino Fundamental e Médio regular também não obtiveram premiação, entretanto outra escola que nos surpreendeu foi uma localizada na cidade do Paço do Lumiar da modalidade EJA um aluno adulto também alcançou o 1º lugar no concurso das redações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir desta pesquisa e deste concurso pode-se perceber como a leitura e a escrita deveria fazer parte à vida dos alunos, pois eles podem conhecer vários tipos de textos e também seus direitos. Alegra-se com a realização, desenvolvimento e conclusão desta pesquisa e concurso, pois o objetivo principal foi alcançado que era explicar as funções da Defensoria Pública da União para os alunos e alunas e a partir desse conhecimento multiplicar essas informações aos seus familiares, vizinhos e amigos, para assim fazerem uso dos seus serviços jurídicos gratuitos, além de permitir que os alunos e alunas lessem e escrevessem sobre o tema proposto.

As duas premiações em 1º lugar na modalidade da Educação de Jovens e Adultos enche de alegria e entusiasmo, além disso, causa empolgação e traz o desafio de continuar

insistindo numa educação significativa para nossos alunos, principalmente daqueles que na maioria das vezes são esquecidos pela sociedade (que são os apenados) e muitas vezes nem participam de projetos educacionais quiçá de concursos e ainda ganhar um valor em dinheiro e certificados.

Concluiu-se com essa pesquisa e concurso que a leitura é considerada um dos principais meios para que os alunos possam aprimorar as leituras e suas escritas, sendo assim, a escola precisa estar atenta para essa questão, e proporcionar momentos de leituras e escritas para seus alunos, de forma lúdica, significativa e sistematizada, bem como criar condições para que seus alunos participem de concursos culturais como este demonstrado na pesquisa, para termos momentos prazerosos e conhecedores dos seus direitos, além disso, saber que a leitura e a escrita são fundamentais para exercer a cidadania.

REFERÊNCIAS

ANDRÉ, M. E. D. A. de. **Etnografia da prática escolar**. Campinas: Papyrus, 1995.

BAKHTIN, M. **Estética da criação verbal**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BOGDAN, R.; BIKLEN, S. **Investigação qualitativa em educação: uma introdução á teoria e aos métodos**. Porto (Portugal): Porto Editora, 1994.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros curriculares nacionais: língua portuguesa**. Brasília, DF: MEC, 1997.

FOUCAMBERT, J. **A criança, o professor e a leitura**. Porto Alegre: Artmed, 1997.

FREIRE, P. **Educação como prática de liberdade**. São Paulo, 2011.

GERALDI, J. W. **O texto na sala de aula**. São Paulo: Ática, 2006.

LURIA, A. R.; LEONTIEV, Alexis Nikolaevich. **Linguagem, desenvolvimento e aprendizagem**. São Paulo: Ícone, 2003.

SMITH, F. **Leitura significativa**. Porto Alegre: Artmed, 1999.

THIOLLENT, M. **Metodologia da pesquisa-ação**. São Paulo: Cortez, 1985.

TRAVAGLIA, L. C. **Gramática e interação**: uma proposta para o ensino de gramática. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

O PROJETO DE EXTENSÃO “FALANDO
EM FAMÍLIA” COMO VETOR DE ACESSO
À JUSTIÇA E EXERCÍCIO PLENO DE
CIDADANIA

*Por Zilda Mara Consalter
Dirce do Nascimento Pereira*

BOAS PRÁTICAS

O PROJETO DE EXTENSÃO “FALANDO EM FAMÍLIA” COMO VETOR DE ACESSO À JUSTIÇA E EXERCÍCIO PLENO DE CIDADANIA

THE EXTENSION PROJECT “TALKING IN FAMILY” AS A VECTOR FOR ACCESS TO JUSTICE AND FULL EXERCISE OF CITIZENSHIP

*Por Zilda Mara Consalter
Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, Brasil.*

zilda_advocacia@hotmail.com

*Por Dirce do Nascimento Pereira
Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil.*

dircenpereira@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é direito constitucionalmente assegurado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição (1988) e figura entre os direitos fundamentais conferidos à pessoa. Contudo, para ser exercido em sua plenitude, impera que o processo judicial tenha celeridade e seja capaz de solucionar o conflito havido entre as partes em tempo e condições razoáveis.

Diante dessa constatação, é inevitável a busca por uma nova forma de lidar com a resolução de demandas, sendo que as vias da conciliação e mediação despontam como boas alternativas a serem seguidas sendo, inclusive, incisivamente estimuladas pela legislação mais recentes.

Somente a título de ilustração, a base principiológica do novo Código de Processo Civil (CPC) se assenta sob os princípios da conciliação e mediação, buscando estabelecer o diálogo e o entendimento entre as partes e fazendo-se dever de todos – juízes, advogados,

defensores públicos e integrantes do Ministério Público, estimular a resolução pacífica dos conflitos, conforme estabelecido no seu artigo 3º.

Somado ao aporte normativo, tem-se que dos milhares de processos que tramitam nos tribunais brasileiros, boa parcela corresponde a ações afetas ao Direito das Famílias e que, nessa área, despontam com um diferencial: a íntima relação com os sentimentos das partes e o envolvimento de vulneráveis, que nem sempre são partes nos feitos, mas que se mostram como diretamente afetados. Essas peculiaridades fazem com que, na maioria das vezes, as ações perdurem por muito tempo, causando grande sofrimento e desgaste aos envolvidos.

Com base nisso, verifica-se a necessidade de uma abordagem diferenciada para com os jurisdicionados, permitindo-lhes conhecer novas alternativas para a solução de seus conflitos - além da sentença - que lhes garanta de modo efetivo o acesso à justiça. Daí surgiu o Projeto de extensão “Falando em família” como uma prática institucional voltada ao exercício pleno da cidadania.

DESCRIÇÃO DA PRÁTICA INSTITUCIONAL

Em atenção ao panorama acima delineado, o Projeto de Extensão “Falando em Família” é resultante da parceria entre a Universidade Estadual de Ponta Grossa (Departamento de Direito das Relações Sociais), Faculdade Secal e Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por intermédio do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Ponta Grossa-Pr (CEJUSC/PG). Referido Projeto conta com a participação de 10 docentes e mais de 60 discentes, todos ligados aos Cursos de Bacharelado em Direito das duas Instituições de Ensino envolvidas, além de servidores do Poder Judiciário e bacharéis voluntários.

Seu lançamento ocorreu no dia 15 de maio de 2015 - Dia Internacional da Família - em cerimônia que contou com a palestra do Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Conselheiro Honorífico da Escola Nacional de Mediação e Conciliação e atuante junto ao Movimento Nacional pela Conciliação, vinculado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Na ocasião, o Ministro destacou o valor de iniciativas como esta, que vão ao encontro da recomendação contida na Resolução n.º 125/2010 do CNJ e também da política dos CEJUSCs, que tem a função de impulsionar a utilização

de métodos de resolução adequada de conflitos como a conciliação, a mediação e a justiça restaurativa, além de incentivar a participação ativa de todos os atores envolvidos no litígio, fazendo com que sejam protagonistas na busca do consenso e não meros expectadores de uma decisão verticalizada.

Em razão de seus objetivos e da importância das atividades desenvolvidas, o Projeto recebe o apoio da Magistratura e do Ministério Público Estaduais, dos Núcleos de Prática Jurídica, da Ordem dos Advogados do Brasil (Subseção de Ponta Grossa) e da Defensoria Pública do Estado do Paraná da mesma Comarca.

PÚBLICO ALVO E OBJETIVO GERAL

A disseminação da cultura da adoção de práticas adequadas na resolução de conflitos (composição amigável) aos jurisdicionados das Varas de Família da Comarca de Ponta Grossa, Estado do Paraná, que forem parte ativa, passiva ou interessada em processos que contenham demandas com vulneráveis envolvidos é a maior finalidade do Projeto. Para tanto, ele finca-se no tripé “informar => ouvir => sensibilizar” para intentar o seu mote.

CENÁRIO DE ATUAÇÃO

As ações de alimentos e divórcio abrangem espécies de ações do Direito das Famílias, o que, inexoravelmente, atinge as partes, e especialmente os vulneráveis (crianças e adolescentes), que ficam em situação de fragilidade emocional e psicológica. E, em razão dessa circunstância especial, os processos judiciais em trâmite nessa esfera são, via de regra, bastante desgastantes e prolongados, causando diversas consequências às partes e demais interessados. Pela demora natural do tramitar, ocorre um acúmulo de ações nas Varas de Família das Comarcas brasileiras, em que a efetividade esperada sofre diversos percalços.

Por seu turno, a desordem emocional impede a aceitação da sentença e, muitas vezes, não cabe nos estreitos limites do processo, resolver as inúmeras questões que envolvem o conflito que se instala no relacionamento dos ex-parceiros. Nessas condições, em muitas situações os filhos ficam expostos a toda a situação de prejuízo, o que contraria o princípio do melhor interesse e proteção integral erigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Todos esses fatores fazem com que o processo judicial se torne ainda mais lento e uma verdadeira fonte de sofrimento para todos os envolvidos.

Assim, e em atenção a esse cenário, o CNJ orienta que se tente buscar métodos alternativos de resolução de conflitos, a fim de evitar o litígio utilizando-se das ferramentas jurídicas hábeis e possíveis para tanto.

METODOLOGIA E APORTE TEÓRICO

A realização do Projeto ocorre por meio de encontros, corriqueiramente chamados de **oficinas**, entre os seus membros e os jurisdicionados e tem por finalidade preparar as partes em processos das Varas de Família da Comarca de Ponta Grossa para a audiência de conciliação.

Durante essas reuniões, sempre que possível, é destacado o alcance de uma sentença homologatória de acordo, bem como o abrandamento das mágoas e principalmente a preservação dos interesses dos vulneráveis envolvidos no conflito. Nelas é feito o acolhimento da parte e dada a ela a oportunidade de ser ouvida quanto aos questionamentos e relatos, bem como a sensibilização e fornecimento de informações as partes sobre as questões atinentes ao Direito das Famílias, sempre demonstrando interesse pelas manifestações e principalmente, o respeito ao silêncio de cada jurisdicionado.

Cada **oficina** é programada para durar, em média, de uma hora e meia a duas horas, e pode contar com a participação de até 30 jurisdicionados, ocorrendo uma vez por semana na sede do CEJUSC/PG, sendo que as partes de um mesmo processo participam de sessões separadas, como forma de evitar polemizações, confrontos e de propiciar a reflexão de cada polo de modo separado: dessa maneira eles têm a oportunidade de conversar mais a vontade com os membros do Projeto.

Embora a equipe do Projeto seja formada por cerca de 40 acadêmicos e 10 professores (provenientes das duas Instituições de Ensino), as oficinas são conduzidas – e as informações prestadas - por grupos que se revezam semanalmente, formados por 8 acadêmicos e 2 professores coordenadores.

Quanto a esse ponto importa ressaltar que cada integrante da equipe passou por prévia

capacitação técnica, com estudos direcionados para questões de Direito Processual Civil, de Direito das Famílias e princípios da Mediação e Conciliação.¹² Além do estudo do direito material e adjetivo, ainda são apresentadas algumas técnicas de conciliação, pela explicação de um estudo de caso, sendo também disponibilizado ao grupo de alunos material referente à Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário.³

Ao participar dos encontros, os jurisdicionados são convidados a se sentar na forma de um semicírculo, em que todos se apresentam e tem a oportunidade de falar a respeito de suas ações e sanarem dúvidas sobre questões processuais e materiais. Em seguida, são aplicadas dinâmicas e jogos cooperativos a fim de conscientizar quanto à necessidade de eliminação do cenário da disputa e do confronto para evidenciar a importância de valores como a cooperação e o respeito mútuo.⁴ Ainda quanto a parte lúdica, são utilizadas dinâmicas e vídeos que tem por objetivo a reflexão e o incentivo a conciliação. É feita alusão (jamais a sugestão) aos acordos, a fim de estimulá-los a solucionar suas pendências com a outra parte de forma que traga o menor prejuízo para os vulneráveis envolvidos nestas relações e assim manter a relação parental.

Esta postura foi pensada face à Lei nº. 13.105/15, (CPC) já que, desta forma, a autocomposição deixa de ser apenas um método extrajudicial de solução de conflitos, mas ganhando contornos mais definidos:

É a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio. Considerada, atualmente, como legítimo meio alternativo de pacificação social. Avança-se no sentido de acabar com o dogma da exclusividade estatal para a solução dos conflitos de interesses. Pode ocorrer fora ou dentro do processo jurisdicional.⁵

Por outro prisma, a importância da resolução pacífica do conflito mediante conciliação não está

¹ SCALQUETTE, A. C. S. **Família e sucessões**, 2014.

² VILLAÇA AZEVEDO, A. **Direito de família**, 2013.

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**: publicado em janeiro de 2014. Disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. Acesso em: 27 abr 2016.

⁴ CORREIA, M. M. **Trabalhando com jogos cooperativos**, 2012.

⁵ DIDIER JR, F.; **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I, 2015.

apenas na preservação dos laços afetivos, mas também, na questão da celeridade do processo, já que a autocomposição exclui a necessidade de continuar com a lide judicial, resolvendo-se, dessa forma, definitivamente a questão.

O resultado esperado das audiências é a realização do acordo, que será reduzido a termo (escrito), constando minuciosamente todos os pontos pactuados entre as partes e terá natureza jurídica de título executivo judicial, em razão da sua homologação por sentença pelo juiz competente, obedecido do disposto no art. 515, II, do NCPC, facilitando a satisfação do acordo face a uma possível inadimplência de um dos acordantes. [...] É mais do que sabido que o Novo Código de Processo Civil foi projetado visando propiciar uma maior celeridade aos processos, sejam os novos ou os já em curso, posto que a regra processual tem aplicação imediata aos processos pendentes. Como um instrumento, isto é, ferramenta utilizada para se chegar a este resultado, figura a promoção veemente da autocomposição, o que é fato.⁶

No que tange aos estímulos aos meios consensuais de solução de conflito, tem-se que:

O novo Código estimula os mecanismos alternativos (*rectius* adequados) de solução de conflitos e, em uma dessas perspectivas, a regra geral passa a ser a de que, ajuizada uma ação, não sendo o caso de indeferimento da inicial ou improcedência liminar do pedido, o réu será citado, com uma antecedência de pelo menos vinte dias, não para contestar, mas para comparecer à audiência de conciliação ou de mediação. Essa audiência poderá ser realizada também por meios eletrônicos.⁷

Ainda deve-se observar que nessas reuniões, a aplicação do Direito das Famílias quando as dúvidas trazidas pelos jurisdicionados são sanadas ocorre de forma a promover a função social da família, que,

[...] é verificada como reflexo da própria evolução da sociedade, revelando-se claro o redirecionamento das relações familiares no sentido de preservar o que há de mais importante nas famílias: o sentimento afetivo, a solidariedade. A proteção mútua, o respeito, a consideração⁸.

Cientes de tudo isso, e uma vez terminadas as atividades da **oficina**, é solicitado que os

⁶ GOULART, L. H. S.; PINTO, B. S. M. A autocomposição sob a óptica do novo código de processo civil: o encaixe da mediação e da conciliação na nova sistemática processual. **Revista Pós em Revista**, edição 10, 25 de maio de 2015. Disponível em: < <http://blog.newtonpaiva.br/pos/e10-dir02-aautocomposicao-sob-a-optica-do-novo-codigo-de-processo-civil-o-encaixe-da-mediacao-e-daconciliacao-na-nova-sistemática-processual/> > Acesso em: 01 jun. 2016.

⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, T.; MENDES, A. G. de C. **O novo código de processo civil brasileiro**. Quarta, 16 de setembro de 2016. Disponível em: < <http://teste.wambier.com.br/ptbr/artigos-br/o-novo-codigo-de-processo-civil-brasileiro> > Acesso em: 01 jun. 2016.

⁸ GAMA, G. C. N.; GUERRA, L. dos S. Função social da família. In: GAMA, G. C. N. **Função social no direito civil**, 2008.

participantes preenchem um formulário avaliando as atividades desenvolvidas. Com isso, é possível aferir a evolução do Projeto e as mudanças necessárias para maior aproveitamento da comunidade.

Em pouco tempo de Projeto foi possível observar, pela análise dos questionários, que os resultados têm sido positivos. As partes saem das oficinas mais propensas ao diálogo e conscientizadas da importância da solução pacífica de dissensos, preservando, em *ultima ratio*, os vulneráveis, que são, em regra, os mais afetados nesses conflitos.

Finalmente, é de se ressaltar que a participação das partes, apesar de não ser obrigatória, não retira a importância do comparecimento de todos os convidados, na medida em que poderão manifestar seu problema, ouvir experiências de outras pessoas que estejam passando por situação semelhante e receber orientações sobre aspectos relativos ao direito de família. Nesta oportunidade, a presença dos advogados/defensores é facultativa, mas a presença dos causídicos é de suma importância para o incentivo e a orientação aos jurisdicionados, a fim de que participem das oficinas e compreendam a relevância do projeto como forma de pacificação social.

ALGUNS NÚMEROS

Dentre as inúmeras justificativas para a existência de tal Projeto, pode-se mencionar a dificuldade enfrentada na resolução de conflitos familiares que batem às portas do Poder Judiciário, em sua grande maioria envolvendo crianças e adolescentes, bem como o elevado número de processos que tramitam perante a justiça brasileira: mais de 70 milhões, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (no ano de 2014) e, em média 10 (dez) anos para chegar ao fim⁹. Ao mesmo tempo, novas demandas chegam diariamente aos tribunais, favorecendo o aumento dos números na conta final.

No ano de 2014, 77.348.718 processos tramitavam na justiça estadual brasileira.¹⁰ Tais números, além de indicarem que o Poder Judiciário brasileiro passa por difícil cenário, demonstram que é preciso inovar na forma de lidar com os processos judiciais no país.

⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**: publicado em janeiro de 2014. Disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. Acesso em: 27 abr. 2016.

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**: publicado em janeiro de 2014. Disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. Acesso em: 27 abr. 2016.

E todos aqueles que recorrem ao Poder Judiciário têm por objetivo a tutela jurídica de um interesse. As partes objetivam que a sua pretensão seja atendida de maneira imediata e que a resposta estatal lhe seja favorável.

De acordo com dados fornecidos pelo CEJUSC/PG, de junho a dezembro de 2015 foram designadas 335 (trezentos e trinta e cinco) audiências de conciliação com um total de 167 (cento e sessenta e sete) audiências conclusivas (consideradas aquelas que resultaram em acordo formalizado ou encaminhamento para instrução processual). Das 167 (cento e sessenta e sete) audiências conclusivas, 23% (39 audiências) pelo menos uma das partes do processo participou das oficinas do Projeto de Extensão “Falando em Família”; e destas 39 (trinta e nove) audiências, 74% dos processos resultaram em acordo homologado e 26% foram encaminhados para instrução processual.

Também quanto ao Projeto, durante o ano de 2015, no período de junho a dezembro, foram realizadas vinte e duas oficinas com a participação de 63 (sessenta e três) jurisdicionados. Além dos resultados percentuais obtidos, cabe destacar também as respostas dadas a duas perguntas constantes no questionário preenchido pelas partes ao final de cada oficina: a questão de nº 6, que menciona “antes de participar da oficina, tinha conhecimento dos efeitos e consequências de um processo judicial?” e nº 8: “Houve alguma mudança na sua forma de pensar após a participação na oficina (especialmente quanto ao processo)?”.

Do total de participantes das oficinas, cinquenta e seis (56) jurisdicionados responderam a essas perguntas, sendo que para a questão de número 6, trinta e sete (37) pessoas (66%) disseram desconhecer os efeitos e consequências do processo judicial. Nesse contexto, sem o conhecimento de questões como tempo estimado de duração de uma ação judicial ou sem o esclarecimento de questões básicas, atinentes ao direito de alimentos e guarda, por exemplo, muitas das questões levadas a juízo tenderiam a se complicar e a ser motivo de inúmeras discussões ao longo do processo, as quais poderiam ser evitadas se esclarecidas previamente.

Verificou-se, ainda, que 47 pessoas (84%) declararam terem modificado sua forma de pensar após a realização do trabalho nas oficinas, principalmente quanto às questões relacionadas ao processo. Isso indica, que ao terem contato com a informação, muitos assuntos que antes eram motivo de dúvida e discussão com a outra parte foram esclarecidos. Assim sendo, os efeitos dessa nova forma de pensar restam ilustrados no número de audiências

com acordo formalizado (74%) em que ao menos uma das partes participou das oficinas do projeto.

Em 2016 as atividades do projeto de extensão realizaram-se com a dinâmica inicialmente proposta e os percentuais mantiveram-se. Porém, novas medidas foram sendo implementadas para viabilizar o melhor desenvolvimento das atividades do Projeto de Extensão “Falando em Família”, além do que, mediante convênio realizado com o conhecidíssimo Projeto Rondon, no mês de junho, foram levadas as oficinas para a Comarca de Palmeira-Pr, sempre fiéis aos mesmos princípios e finalidades do Projeto original.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das informações apresentadas é possível concluir que a prática institucional ora descrita vem alcançando seus objetivos ao longo de suas atividades. Isso porque a transmissão da informação e a solução de dúvidas possui grande importância na vida de cada indivíduo que procura o Poder Judiciário.

Após a solução de seus questionamentos e o melhor esmiuçar dos trâmites de um processo, as partes tornam-se mais propensas a estabelecer diálogo, o que antes não é viável por uma série de fatores e - conforme constatou-se no desenvolver do Projeto- principalmente, pela desinformação. Nesse sentido, cumpre destacar que a educação para a conciliação e a informação são capazes de não somente modificar as condições pessoais do jurisdicionado, mas sua situação enquanto cidadão. Essa mudança torna-o capaz de problematizar fatos e buscar, por si só, as soluções adequadas e pertinentes para o seu conflito sem a necessidade de recorrer ao Estado-juiz para fazê-lo. Pela informação e esclarecimento há mais chances de alcançar o pleno exercício de suas potencialidades enquanto indivíduo¹¹, dando-lhe o poder de conduzir o seu próprio destino.

Isto porque, ao permitir que a parte conheça seus direitos e ao orientá-la a exercê-los com base no diálogo consciente e respeitoso, permite-se que cada qual tome suas próprias decisões em relação a sua demanda (e aos conflitos a ela correlatos). Quando isso acontece,

¹¹ ANDREUCCI, A. C. P. T.; TEIXEIRA, C. N. Informação e educação para a cidadania: forças motrizes no empoderamento da mulher e concretização da igualdade de gênero no Brasil. **Revista Direito Mackenzie**.

é possível falar em empoderamento da parte¹², uma vez que a partir daí a decisão sobre os rumos de sua vida será fruto de decisões tomadas em conjunto e de forma responsável pelos interessados. Também é por meio da informação e do esclarecimento há mais chances de alcançar o pleno exercício de suas potencialidades enquanto indivíduo.¹³ Desse modo, o jurisdicionado terá condições de escolher o direcionamento de sua demanda, optando entre continuar com o seu tradicional andamento ou constituir acordo na audiência de conciliação, com o imprescindível acompanhamento do seu procurador.

Tal ocorre porque todos os membros do Projeto acreditam que somente o estabelecimento do diálogo é que permitirá que sejam atendidos os interesses de todos os envolvidos no conflito, minimizando os desgastes e abreviando o que poderia tornar-se uma longa batalha judicial.

O fato é que a prática ora descrita revela íntima relação com o bem estar da comunidade na qual se insere vez que com a sua implementação, além do exercício da sua função social da Universidade, diversos indivíduos tiveram suas vidas modificadas e beneficiadas ao longo de quase dois anos de atuação. Essa percepção reforça o propósito inicial e estimula o constante aprimoramento das atividades, superando-se as dificuldades e se avançando-se para novos desafios, sempre em prol do bem estar das famílias e, principalmente, de seus integrantes mais vulneráveis.

Desse modo, ainda que o atual cenário seja crítico e os desafios sejam grandes, com a abertura do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Núcleos de Prática Jurídica e da Defensoria pública para a implantação de projetos como o ora descrito, bem como a colaboração dos profissionais atuantes nos sistemas de justiça, é possível acreditar na construção de um novo sistema para a solução dos conflitos em sociedade mais célere, efetivo e que garanta a todos, indistintamente, o acesso à Justiça e o exercício pleno de sua cidadania.

REFERÊNCIAS

¹² ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan; TEIXEIRA, Carla Noura. Informação e educação para a cidadania: forças motrizes no empoderamento da mulher e concretização da igualdade de gênero no Brasil. **Revista Direito Mackenzie**.

¹³ PORTO, Bárbara Stephanie Calado; FASOLO, Thais da Silva. A informação como ferramenta para o empoderamento da população idosa. **Cadernos da Escola de Educação e Humanidades**.

ANDREUCCI, A. C. P. T.; TEIXEIRA, C. N. Informação e educação para a cidadania: forças motrizes no empoderamento da mulher e concretização da igualdade de gênero no Brasil. **Revista Direito Mackenzie**, v. 5, n. 1, p. 53-66.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, T.; MENDES, A. G. de C. **O novo código de processo civil brasileiro**. Quarta, 16 de setembro de 2016. Disponível em: < <http://teste.wambier.com.br/ptbr/artigos-br/o-novo-codigo-de-processo-civil-brasileiro>> Acesso em: 01 jun. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**: publicado em janeiro de 2014. Disponível em:ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. Acesso em: 27 abri. 2016.

CORREIA, Marcos Miranda. **Trabalhando com jogos cooperativos**. 5 ed. São Paulo : Papyrus, 2012

DIDIER JR, Fredie; **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I. - 17. ed. - Salvador: Jus Podivm, 2015. v. I.

GAMA, G. C, N.; GUERRA, L. S. Função social da família. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Função social no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOULART, L. H. S.; PINTO, B. S. M. **A autocomposição sob a óptica do novo código de processo civil: o encaixe da mediação e da conciliação na nova sistemática processual**. **Revista Pós em Revista**, edição 10, 25 de maio de 2015. Disponível em: < <http://blog.newtonpaiva.br/pos/e10-dir02-aaautocomposicao-sob-a-optica-do-novo-codigo-de-processo-civil-o-encaixe-da-mediacao-e-daconciliacao-na-nova-sistemática-processual/>> Acesso em: 01 jun. 2016.

PORTO, B. S. C.; FASOLO, T. da S. A informação como ferramenta para o empoderamento da população idosa. **Cadernos da Escola de Educação e Humanidades**, Curitiba, vol. 01, n. 04, p. 52-57.

SCALQUETTE, A. C. S. **Família e sucessões**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VILLAÇA AZEVEDO, Á. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2013.

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 e 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 (de 100 a 250 palavras), alinhamento justificado.
- 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 Divisão de Gestão do Conhecimento 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.

