

11

ISSN: 1984-0322

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO



ESCOLA
SUPERIOR

Janeiro/Dezembro de 2018
Brasília/DF

N ° 11

ISSN 1984-0322

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA SUPERIOR

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Janeiro/Dezembro de 2018

Brasília/DF

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Gabriel Faria Oliveira

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Jair Soares Júnior

CORREGEDORA-GERAL FEDERAL

Geovana Scatolino Silva

CONSELHO SUPERIOR

Defensor Público Federal de Categoria Especial

Fabiano Caetano Prestes

Defensor Público Federal de Categoria Especial

Marcos Antônio Paderes Barbosa

Defensora Pública Federal de Primeira Categoria

Karina Rocha Mitleg Bayerl

Defensor Público Federal de Primeira Categoria

Leonardo Cardoso de Magalhães

Defensora Pública Federal de Segunda Categoria

Shelley Duarte Maia

Defensora Pública Federal de Segunda Categoria

Letícia Sjoman Torrano

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA SUPERIOR

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Nº 11 Janeiro/Dezembro de 2018

Brasília, DF

ISSN 1984-0322 (impresso)

ISSN 2448-4555 (online)

© 2018 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://revistadadpu.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 Morais da Rosa – Professor Adjunto de Processo Penal da UFSC e Juiz de Direito
Artur Stamford da Silva – Professor da UFPE
Cesar Augusto Silva da Silva - Professor da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul
Clarissa Marques da Cunha – Advogada e Professora
Clayton de Albuquerque Maranhão - Professor da Universidade Federal do Paraná
Cleber Francisco Alves - Professor da Universidade Católica de Petrópolis
Guilherme Roman Borges - Juiz Federal

Pareceristas desta edição:

Aline Vitalis – Procuradora da Fazenda Nacional
Ana Carolina Jardim - Assistente Social - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
André da Silva Ordacgy – Defensor Público Federal
Antônio Carlos Torres de Siqueira de Maia e Pádua – Defensor Público Federal
Antônio Roversi Júnior - Defensor Público Federal
Bruno Rotta Almeida – Professor da Universidade Federal de Pelotas
Carlos Eduardo Regílio – Defensor Público Federal
Cesar Augusto Silva da Silva - Professor da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul
Clarissa Marques - Professora na Faculdade Damas da Instrução Cristã
Clayton de Albuquerque Maranhão – Professor da Universidade Federal do Paraná
Eduardo Paredes – Defensor Público Federal
Eliana Cogoy - Professora na Universidade Federal de Santa Maria
Eliana Fiorini Vargas – Procuradora Federal
Érica de Oliveira Hartmann – Defensora Pública Federal
Érico Lima de Oliveira – Defensor Público Federal
Eros Belin de Moura Cordeiro– Professor do Centro Universitário Curitiba
Fabiana Galera Severo – Defensora Pública Federal
Fabio Jardel - Professor na Universidade Federal de Santa Maria
Feliciano de Carvalho – Defensor Público Federal
Flávio Roberto Batista - Procurador Federal
Francisco Nogueira - Defensor Público Federal
Grégore Moura - Procurador Federal
Guilherme Roman Borges - Juiz Federal
Gustavo de Oliveira Quandt - Defensor Público Federal
Isabel Penido – Defensora Pública Federal
Itiberê Rodrigues - Professor na Universidade Federal de Pelotas

João Freitas Chaves - Defensor Público Federal
João Paulo de Campos Dorini - Defensor Público Federal
José Alexandre Zachia Alan – Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul
Mari Cristina de Freitas Fagundes – Professora da Faculdade da Anhanguera de Pelotas
Nara Rivitti - Defensora Público Federal
Renato Duro Dias - Professor da Universidade Federal do Rio Grande
Rosa Maria Zaia - Professora da Universidade Federal do Pampa
Rui Carlo Dissenha - Professor na Universidade Federal do Paraná
Sueli Gandolfi Dallari - Professora da Universidade de São Paulo
Thiago Barison - Professor na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
Viviane Ceolin Dallasta Del Grossi – Defensora Pública Federal
Wilton Resplande - Defensor Público Federal

Equipe de Produção Editorial:

Coordenação de Incentivo à Pesquisa e Publicação - COPP
Escola Superior da Defensoria Pública da União - ESDPU

Capa e Diagramação:

ESDPU e Assessoria de Comunicação Social - ASCOM

Revista da Defensoria Pública da União / Defensoria Pública da União. – n. 11

(jan./dez.2018)- .– Brasília : DPU, 2018- .

v. ; 28 cm.

Annual

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

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

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

CDDir 341.46218

SUMÁRIO

Apresentação: Fernando Mauro Barbosa de Oliveira Junior

Editorial: Daniel Mourgues Cogoy

DIREITO COMPARADO E INTERNACIONAL 15

Os caminhos de proteção internacionais acessíveis às vítimas de violações de Direitos Humanos 17
The ways to accessible international protection to human rights violation victims
Lorena Silva Santos

Tráfico de pessoas: uma análise da lei 13.344/2016 sob a perspectiva dos Direitos Humanos 33
Trafficking in persons: an analysis from the perspective of human rights
Vivian Netto Machado Santarém

A batalha juspolítica pela consolidação da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho no Brasil: em defesa dos povos indígenas e tribais 51
The juspolitical battle by consolidation of convention nº 169 of the international labor organization in brazil: in defense of indigenous and tribal peoples
Jarbas Ricardo Almeida Cunha

A Opinião Consultiva n.º 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos: a identidade de gênero como núcleo componente da dignidade da pessoa humana 65
The inter-american court of human rights advisory decision n.24 / 2017: the identity of gender as a core component of the dignity of the human person
Gabriel Saad Travassos

Assistência judiciária no direito Cabo-Verdiano 89
Judicial assistance in Cape Verdian law
José Lopes da Graça

ACESSO À JUSTIÇA E DIREITO PROCESSUAL 109

Ciganos no sul do Estado do Rio de Janeiro: transformações sociais e acesso aos direitos fundamentais 111
Gypsies in the south of Rio de Janeiro: Social transformations and access to fundamental rights
José Roberto Fani Tambasco

Acesso universal e gratuito à saúde e o julgamento do RE 566.471/RN <i>Universal and free access to health and judgment of extraordinary appeal 566.471 / RN</i> <i>Luiz Felipe Ferreira dos Santos</i> <i>Bruno Oliveira Pinheiro</i>	129
--	-----

A interdependência entre a formação do profissional da saúde e a litigância para Judicialização: de que maneira o modelo biomédico repercute negativamente no Poder Judiciário? <i>The interdependence between health professional training and litigation for Judicialization: in what way does the biomedical model negatively impact the judiciary?</i>	151
--	-----

Marco Aurélio Souza Mendes

A revolucionária experiência de defensorar por meio da sistemática de atuação do centro de referência em direitos humanos da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul <i>The revolutionary experience of advocating through the system of action of the human rights reference center of the public defender of Rio Grande do Sul</i> <i>Mariana Py Muniz Cappellari</i>	163
--	-----

CIÊNCIAS CRIMINAIS

179

Dos aspectos (in)constitucionais do regime penitenciário federal <i>The (un)constitutional aspects of the federal prison system</i> <i>Filippe Augusto dos Santos Nascimento</i>	181
---	-----

A resolução e exploração de problema à educação e diversidade prisionais <i>The resolution and exploration of proeducandosblem to prison education and diversity</i> <i>Miguel de Brito Santos</i>	207
---	-----

Penalidade e tolerância zero: do estado social ao estado penal e as consequências na realidade brasileira

Punishment and zero tolerance: from the social state to the penal state and the consequences in brazilian reality 225

Aline Santestevan Oliveira Iribarrem

Marcelo Nunes Apolinário

DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL E PREVIDENCIÁRIO 247

Um enfoque humanizado de pobreza e a assistência social como política pública de direitos 259

A human rights approach to poverty and Social Service as a public policy of rights

Paloma Morais Corrêa

Considerações sobre a decadência contra o beneficiário no âmbito do Direito Previdenciário 271

Considerations about the decadence against the beneficiary in the pension law ambit

Eduardo Levin

FILOSOFIA DO DIREITO E TEORIA GERAL DO DIREITO 289

Entre la religion et la liberté moderne, entre le subi et le voulu : considérations à partir de la pensée de Marcel Gauchet et celle de Pierre Manent 291

Entre a religião e a liberdade moderna, entre o suportado e o desejado: considerações a partir dos pensamentos de Marcel Gauchet e de Pierre Manent

Eduardo Tergolina Teixeira

BOAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS 321

“Que saudade da Amélia...”: uma análise sobre a violência contra a mulher na Região do Cariri cearense e a projeto da Casa Abrigo 323

“I miss Amelia...”: An analysis of violence against women in the region of Cariri, Ceará and the project of the House shelter

Por Priscila Ribeiro Jeronimo Diniz, Debora Cristyna Ferreira Reis e Gustavo Leite

Neves da Luz

Trabalhos apresentados no I painel de debates do grupo “escrevendo a defensoria” 347

Works presented in the I panel of discussions of the group “writing the defender”

Por Edilson Santana Gonçalves Filho

**Direito Constitucional - Acesso à Justiça e o Direito à Moradia:
O caso do Assentamento Urbano Dilma Rousseff conflitos e caminhos para
a pacificação**

Constitutional Law - Access to Justice and the Right to Housing: 367
The case of the Urban Settlement Dilma Rousseff conflicts and ways to pacification.
Por Ricardo da Silva Rodrigues e Enmanuely Sousa Soares

**Justiça fiscal e a cooperativa de crédito mútuo dos membros
da magistratura, ministério público, e defensoria pública do estado
do maranhão: sobras líquidas e a prática de conduit shells –
um estudo de caso**

Fiscal justice and the mutual credit cooperative of members of the judiciary branch, 381
*public ministry, and public defense office of the state of maranhão: sobras líquidas
and conduit shells practice - a case study*
Por Hélder Machado Passos e Pedro Nilson Moreira Viana

Orientações para autores

Guideliness for authors 395

APRESENTAÇÃO

A Revista da Defensoria Pública da União apresenta, nesta 11ª edição, textos versando sobre os seguintes temas: direito comparado e internacional; acesso à justiça e direito processual; ciências criminais; direito à assistência social e previdenciário; e filosofia do direito e teoria geral do direito.

Além das matérias indicadas acima, este periódico também exhibe duas boas práticas institucionais e dois estudos de casos.

Vale destacar que a nossa Revista busca sempre o pluralismo de opiniões. Por esta razão, recebe artigos de pessoas vinculadas à Defensoria Pública da União e à Defensoria Pública dos Estados, bem como de autores sem uma relação direta com a Defensoria Pública. O mesmo ocorre com a avaliação: os artigos recebidos são avaliados, às cegas e em dupla, por Defensores Públicos Federais e, também, por profissionais exógenos à Defensoria.

Destaca-se que chegamos, com esta edição, ao final de mais um mandato do Conselho Editorial e, nesta oportunidade, agradeço o indispensável e excelente trabalho e dedicação dos atuais membros: Daniel Mourgues Cogoy (editor-chefe), Érica de Oliveira Hartmann, Érico Lima de Oliveira e Viviane Ceolin Dallasta Del Grossi; ressaltando-se que a ESDPU procurou, sempre que possível, prestigiar estes valorosos colegas, com capacitação, conferindo autonomia na condução da Revista da DPU e trabalhando em parceria para a valorização e engrandecimento de nossa publicação.

Encerra-se, também, o mandato deste Diretor da Escola Superior da Defensoria Pública da União (ESDPU), cujo intento foi reunir as condições para que a Revista da Defensoria Pública da União fosse um instrumento para transmissão de conhecimento, debate de ideias e discussão de assuntos polêmicos, atuais, sensíveis e nem sempre unânimes; motivo de orgulho da ESDPU.

Informo que, nestes últimos quatro anos, a Revista da Defensoria Pública da União está mais conhecida no mundo jurídico, exemplo disso é a quantidade de artigos que recebe para serem avaliados, a sua presença em diversas bases de dados e a sua disponibilização em distintas bibliotecas nacionais e internacionais. Nesse contexto, agradeço à equipe da Coordenação de Publicações e Incentivo à Pesquisa – COPP, às demais Coordenações da ESDPU e à Giovanna Frisso; à Dra. Olinda Moreira (vice-diretora da ESDPU) e

aos Defensores Público-Gerais Federais com quem trabalhei: ao Dr. Haman Tabosa pela nomeação como Diretor da ESDPU; ao Dr. Carlos Paz pela recondução, nomeando-me para o segundo mandato; e ao Dr. Gabriel Oliveira, por ter respeitado o mandato deste diretor e incentivado a minha manutenção nesta diretoria.

Uma excelente leitura a todos!

FERNANDO MAURO BARBOSA DE OLIVEIRA JUNIOR

Diretor da Escola Superior da Defensoria Pública da União

EDITORIAL

Com muito orgulho apresentamos aos nossos leitores a 11ª edição da Revista da Defensoria Pública da União. Novamente o que se pretende é produzir e divulgar ciência jurídica a partir do olhar de quem exerce ou necessita da defesa pública. Neste sentido, ofertamos aos nossos leitores artigos com temas diretamente afetados à atuação dos defensores, tais como o atendimento às vítimas de violação de direitos humanos, o tráfico de pessoas, o acesso à saúde e a proteção às comunidades tradicionais como indígenas e ciganos. O direito criminal também se faz presente na discussão de temas afetos à execução penal. Discutem-se ainda políticas públicas em assistência social e temas de direito previdenciário.

Esta nova edição tem alguns ineditismos que a diferencia de números anteriores. Pela primeira vez, publicamos um artigo de autor estrangeiro – A assistência Judiciária no direito Cabo-Verdiano – reforçando-se o caráter internacional de nossa publicação. No mesmo sentido, os últimos anos têm sido marcados pela intensa busca de qualificação de nossos colegas defensores públicos, inclusive perante instituições de ensino superior localizadas fora do país. É notável a contribuição que esta troca de experiências tem trazido à DPU e vários dos trabalhos acadêmicos de nossos colegas têm sido, rotineiramente, publicados em nossa revista. Dentre estes, cabe destaque ao artigo do colega Dr. Eduardo Tergolina Teixeira, fruto de suas pesquisas no Canadá e que vem publicado na sua língua original, o francês. Finalmente, trazemos uma seção dedicada aos debates do grupo “Escrevendo a Defensoria”.

A Revista da DPU vem buscando se tornar cada vez mais plural. Para tanto, o periódico está aberto a pesquisadores externos (exógenos) à instituição, seja para que aqui publiquem os seus artigos ou ainda atuem como membros do conselho editorial ou na emissão de pareceres. Interessa-nos a divulgação de boa ciência afeta aos direitos humanos, ao acesso à justiça e à defensoria pública, seja esta produzida ou não por membros da carreira.

Mais uma vez, deixo o meu efusivo agradecimento ao conselho editorial, à direção da ESDPU, à equipe de editoração, aos nossos autores, leitores e pareceristas, sem os quais esta edição não seria possível.

Uma boa leitura!

DANIEL MOURGUES COGOY

Editor-Chefe da Revista da DPU

DIREITO COMPARADO
E INTERNACIONAL

COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW

OS CAMINHOS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAIS ACESSÍVEIS ÀS VÍTIMAS DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

THE WAYS TO ACCESSIBLE INTERNATIONAL PROTECTION TO HUMAN RIGHTS VIOLATION VICTIMS

Lorena Silva Santos

*Advogada
Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco.
Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia.*

lenalorenassantos@gmail.com

RESUMO

O presente artigo parte do pressuposto de que a conscientização dos direitos é tão essencial quanto o acesso às informações de como protegê-los em caso de violações. Neste sentido, esta pesquisa tem o objetivo de analisar a possibilidade de acesso ao mecanismo universal de proteção após uma busca não exitosa da vítima ao sistema regional interamericano, sob a possível problemática do Comitê de Direitos Humanos da ONU encontrar-se impedido de analisar o caso, devido este já ter sido decidido no plano regional pela Corte Interamericana, com o esgotamento de todas as formas de impugnação, isto é, já ter ocorrido a coisa julgada. Entretanto, com base numa metodologia exploratória de cunho essencialmente bibliográfico, legislativo e jurisprudencial, buscou-se perquirir se a ausência de tutela pela Corte Interamericana não comprometeria o fim maior de salvaguardar os direitos humanos a que se destina o sistema internacional, ainda que numa perspectiva reparatória, e se assim tal constatação não seria capaz de tornar inócua a discussão acerca da positivação ou aplicação da teoria da coisa julgada implícita do direito internacional ao singular sistema de proteção de direitos humanos.

Palavras-chave: Subsidiariedade. Coisa julgada. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Comitê de Direitos Humanos da ONU.

ABSTRACT

This article assumes that awareness of rights is as essential as access to information on how to protect them in the event of violations. In this sense, this research aims to analyze the possibility of access to the universal protection mechanism after an unsuccessful search of the victim to the inter-American regional system, under the possible problem of the ONU Human Rights Committee being prevented from analyzing the case, as the Inter-American Court has already decided at the regional level, with the exhaustion of all forms of impugnation, that is, the case has already occurred. However, based on an exploratory methodology that was essentially bibliographical, legislative and jurisprudential, it was sought to determine whether the absence of protection by the Inter-American Court would not compromise the greater purpose of safeguarding the human rights of the international system, even though from a perspective and if such a finding could not render the debate about the positivization or application of the theory of the implicit judgment of international law to the singular system of protection of human rights impossible.

Keywords: Subsidiarity. *Res judicata*. Inter-American Court of Human Rights. ONU Human Rights Committee.

Data de submissão: 29/03/2018

Data de aceitação: 30/07/2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. METODOLOGIA 2. LIMITE JURÍDICO À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO PROCESSO INTERNACIONAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos como frutos de uma longa luta travada no plano das mentalidades e no *front* social e político¹ podem ser apreendidos, com fulcro na liberdade e na igualdade, como um conjunto de direitos essenciais, indispensáveis a uma vida humana digna.

Em que pese a discussão acerca da natureza e origem dos direitos humanos,² as necessidades humanas variam e, de acordo com o contexto histórico de uma época, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas na lista dos direitos humanos, cujo caminho da interdisciplinaridade, conduz a um olhar mais integral sobre a sua efetividade, proporcionando um espaço de diálogo aberto entre os diversos saberes, uma interconectividade do conhecimento propulsora de ações mais inclusivas.

Malgrado não se possa condicionar o progresso da proteção dos direitos humanos, exclusivamente, ao avanço normativo institucional, tendo em vista que as reivindicações em outros espaços de luta se mostraram ao longo da história da humanidade imprescindíveis à sua efetividade,³ o Direito, dentre os saberes, enquanto ferramenta para a garantia dos direitos humanos, busca conferir, por meio dos seus institutos jurídicos, uma procedimentalização do anseio de justiça, sob o crivo da equidade.

Assim, na seara normativa, com vistas a se evitar interpretações divergentes e a duplicação de procedimentos capazes de gerar o enfraquecimento e o abalo da confiança no sistema internacional de direitos humanos, passou-se a discutir nos últimos anos a necessidade de criação de meios de coordenação entre os diversos mecanismos global e regional de responsabilização do Estado, sob a proposta de alinhamento procedimental, frente ao desenvolvimento da proteção dos direitos humanos, que é pautado na diversidade de diplomas normativos internacionais.⁴

Nesse sentido, é possível encontrar instrumentos que refletem essa preocupação, quais

¹ HUNT, L. **A invenção dos Direitos Humanos uma história**, 2016, pp. 13-33.

² Teorias subjetivistas (releitura do jusnaturalismo e enfoque na liberdade individual, v.g. Rawls e Dworkin), teorias intersubjetivistas (identificação de valores comuns aos seres humanos, v.g. Habermas), teorias objetivas (buscam encontrar uma ética material dos valores, identificando os direitos caracterizados pela universalidade, atemporalidade e preexistência), perspectiva positivista (direitos humanos são aqueles positivados no ordenamento jurídico) ou realista (Noberto Bobbio aduz que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justifica-los, mas o de protegê-los). (GARCIA, Leonardo de Medeiros (Org.). *Legislação Internacional Comentada*. Salvador: Juspodium, 2016. p. 23).

³ PRONER, C. Projeto Universitários pela Paz da ONU-BR – Nações Unidas no Brasil. **Youtube**, [21 de janeiro a 1 de fevereiro de 2013].

⁴ RAMOS, A. C. de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**, 2015. p. 345.

sejam, a Declaração de Viena, em seu item 4 ao recomendar que “Os órgãos e agências especializadas relacionados com os direitos humanos devem, portanto, reforçar a coordenação de suas atividades com base na aplicação coerente e objetiva dos instrumentos internacionais de direitos humanos.”

No Sistema Regional de proteção dos direitos humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ao aduzir em seu artigo 64 que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é competente para emitir Parecer Consultivo sobre todo tratado de direitos humanos aplicável aos Estados americanos, traz o juízo de compatibilidade como instrumento de coordenação.

Em âmbito interno, a Recomendação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ n.º 49, do ano de 2014, pautada no Protocolo de Istambul, trouxe um manual a ser utilizado pelos magistrados na documentação e investigação de casos de crimes de tortura, visando a coordenação procedimental no Brasil, numa proposta de simetria com a ordem internacional.

Como objeto de estudo dessa pesquisa está o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ao exigir em seu artigo 5⁵ que a questão sob análise do Comitê de Direitos Humanos da ONU não deva estar em curso perante outra instância internacional. Esta norma como um requisito de apreciação das questões de violações de direitos humanos, representa um meio de coordenação das demandas a serem apreciadas pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU.

Todavia, questiona-se se esta condição não seria insuficiente, capaz de levar a uma inconsistência de todo o sistema de proteção dos direitos humanos, diante da possibilidade de pairar sobre um caso concreto já analisado, isto é, que não esteja mais em curso em outra instância, uma nova avaliação pelo Comitê de Direitos Humanos? Posto que no referido Protocolo Facultativo não se estipulou como requisito de admissibilidade de uma

⁵ “Art. 5 – 1. O Comitê examinará as comunicações recebidas em virtude do presente Protocolo, tendo em conta informações escritas que lhe sejam submetidas pelo indivíduo e pelo Estado Parte interessado. 2. O Comitê não examinará nenhuma comunicação de um indivíduo sem se assegurar de que: a) A mesma questão não esteja sendo examinada por outra instancia internacional de inquérito ou de decisão;”

petição, a inexistência de **coisa julgada**⁶ internacional, mas tão somente a **litispêndência**.⁷

1. METODOLOGIA

A metodologia aplicada para a realização da pesquisa proposta teve natureza exploratória, cujas principais fontes de pesquisas foram a bibliográfica, legislativa, jurisprudencial e documental, com ênfase em materiais doutrinários e acadêmicos já elaborados, incluindo livros, publicações periódicas, artigos científicos. Ademais, legislações, documentos e decisões dos órgãos que compõem o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, a presente pesquisa tem abordagem metodológica essencialmente dogmática, com detida análise do Direito vigente (nacional e internacional), com o objetivo de não só contribuir para a discussão dos limites à promoção dos Direitos Humanos no atual contexto de recrudescimento e neo-conservadorismo, como também fornecer uma resposta adequada para o problema enfrentado.

2. LIMITE JURÍDICO À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO PROCESSO INTERNACIONAL

As vítimas de violações de direitos humanos devem esgotar os meios ou recursos internos disponíveis para a concretização do direito protegido, uma vez que se reconhece como dever primário do Estado a função de prevenir violações de direitos ou ao menos reparar os danos causados. Com isso, somente após seu fracasso, a proteção internacional pode ser invocada. A atuação dos mecanismos internacionais, portanto, seja o regional, que

⁶ Haverá coisa julgada material a partir do momento em que não for mais cabível qualquer recurso ou tendo ocorrido o exaurimento das vias recursais, em que a decisão não mais poderá ser alterada ou desconsiderada em outros processos. NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**, 2011. p. 530.

⁷ Haverá litispêndência quando dois ou mais processos idênticos existirem concomitantemente, caracterizando-se a identidade pela verificação no caso concreto da tríplice identidade (mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido). NEVES, D. A. A. *Op., cit.*, p. 349.

no caso sob estudo⁸ é o interamericano, e seja o universal, onusiano, é permitida apenas subsidiariamente ao insucesso da tentativa nacional de resolução de conflito.⁹ As investigações das violações de direitos humanos, além de tratarem de conflito de interesses na ordem interna, refletem fenômenos político-sociais que a ordem internacional também enfrenta, como bem pronuncia Francisco Rezek ao aduzir que:

Não deve existir no mundo contemporâneo um país tão desarvorado a ponto de que sua ordem jurídica interna dependa, para que suas regras de maior peso sejam eficazes nas horas mais graves, de uma conjugação política de circunstâncias favoráveis, de uma não-oposição ao interesse e à estratégia dos núcleos de poder. É isso entretanto, em linhas rudes, o que se passa ainda – ou talvez mais que nunca – com a ordem internacional.¹⁰

Neste cenário, surge a discussão quanto à efetividade dos direitos humanos mediante a perspectiva da autoridade da **coisa julgada**, cujo pano de fundo é se referido instituto normativo responde a um anseio de restabelecimento da paz, com a reparação de danos ou a uma necessidade dogmática de estabilidade jurídica, esvaziada de efetividade social. Posto que, malgrado, os mecanismos global e regional tenham a nobre missão em comum de tutelar os direitos humanos, cada um deles comporta estrutura bem distinta, que pode vir a comprometer a satisfatividade da pretensão.

Nesse sentido, o estudo do acesso aos meios de defesa dos direitos humanos no plano internacional à luz da aplicabilidade do instituto da **coisa julgada** no processo internacional de proteção dos direitos humanos vem ganhando importância teórica e prática devido ao crescimento expressivo de informações veiculadas na sociedade, quanto à tutela dos direitos humanos pelo sistema de petições individuais contido nos mecanismos universal

⁸ Caso Nogueira de Carvalho e outro *versus* Brasil (n.º. 12.058 com sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos prolatada em 28/11/2006), referindo-se ao homicídio de advogado defensor de direitos humanos no Estado do Rio Grande do Norte por membros de esquadrão da morte, em que o Brasil fora acusado de não ter investigado e punido, a contento, os responsáveis pela morte do Sr. Gilson. Entretanto, a Corte considerou a ação **improcedente**, com base no entendimento de que a obrigação de investigar, perseguir criminalmente e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos é uma obrigação de **meio** e não de resultado, e que portanto o Brasil se esforçou para cumprir sus obrigações de garantia de direitos humanos, ainda que tenham sido pífios os resultados (apenas um dos pretensos responsáveis foi processado e absolvido pelo Júri popular). (RAMOS, A. C. de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**, 2015, p. 448).

⁹ RAMOS, A. C. de. *Op. Cit.* pp. 76-78.

¹⁰ REZEK, *apud* CALDEIRA BRANT. **A autoridade da coisa julgada no Direito Internacional Público**, 2002, prefácio.

e regional de proteção internacional. Visibilidade conferida ao processo internacional de proteção dos direitos humanos em território brasileiro a partir da Constituição de 1988, uma vez que a redemocratização do Brasil foi o marco inicial na história da intensificação da busca pela efetividade dos direitos humanos no País, cuja Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989, inaugurou o processo de vinculação do Brasil a Tratados Internacionais de Direitos Humanos pós-redemocratização.¹¹

Todavia, em que pese a subsidiariedade da atuação protetiva internacional, é defensável a disseminação do entendimento de que a proteção dos direitos humanos não se resume ao domínio reservado do Estado,¹² tornando cada vez mais próximos dos indivíduos os meios de acesso às instâncias internacionais de proteção. Diante desse marco ideológico, entende que pode ser crescente a quantidade de casos de violações de direitos humanos a serem submetidos à ordem protetiva internacional.

O estudo da temática proposta neste artigo, portanto, está centrado no postulado da dignidade da pessoa humana no campo do direito internacional, que nas palavras do Professor Francisco Rezek é:

Um ramo do direito mais do que simplesmente nos circunda, de certo modo, ele desaba sobre nós, com sua riqueza conceitual, com o fascínio de sua história, com a extraordinária grandeza da causa a que serve sua disciplina; e ao mesmo tempo nos comove pela pungente modéstia dos seus meios de afirmação e prevalência, pela intrínseca fragilidade que o torna objeto frequente da mistificação, da evasão, da afronta pura e simples.¹³

O discurso da segurança jurídica introduz a linha argumentativa em defesa da positivação ou aplicação da teoria da coisa julgada material implícita do direito internacional ao singular sistema de proteção internacional de direitos humanos, posto que para estes estudiosos a coisa julgada material ao impedir a revisitação do caso consubstanciado numa decisão garante a estabilização das relações jurídicas, fator indispensável à sobrevivência de

¹¹ PIOVESAN, F; AMARAL JR, A; JUBILUT, L. L. Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In: AMARAL Jr., A; JUBILUT, L.L. (Orgs.) **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, 2009, v. 01, p. 123-145.

¹² LUCK, A. S. **O sistema internacional de direitos humanos**.

¹³ REZEK, F. Prefácio. In: CALDEIRA BRANT, Leonardo Nemer. **A autoridade da coisa julgada no Direito Interacional Público**, 2002.

uma sociedade democrática.¹⁴

Para a doutrina positivista, a segurança corporificada na autoridade da coisa julgada se afigura como um dos valores mais importantes do plexo axiológico da experiência jurídica, sinalizando a importância da estabilidade e da previsibilidade nas relações como meio para a concretização do direito justo, uma vez que a ideia de justiça liga-se intimamente à ideia de ordem. O que impende destacar que o efeito da coisa julgada do ponto de vista formal¹⁵ não pode se dissociar do seu efeito material, devido à boa fé, ao interesse do Estado em preservar o crédito e à confiança na comunidade internacional.

O direito internacional apresenta características próprias que o distingue do direito interno, mas não são capazes de afastar a aplicabilidade do princípio da autoridade da coisa julgada no processo internacional de proteção dos direitos humanos, uma vez que a sentença internacional existe no interesse geral, tanto quanto no interesse das partes, corroborando com o entendimento de que a garantia da manutenção da estabilidade jurídica num plano internacional a todos importa como uma solução de garantia democrática.

Assim sendo, é que se por um lado, a coisa julgada é um instituto que não está previsto nos Tratados que regem os mecanismos interamericano e o universal do Comitê de Direitos Humanos da ONU, por outro, há como considerá-la regra implícita ao sistema internacional de direitos humanos¹⁶, diante da realidade de órgãos criados por tratados de direitos humanos, tais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Humanos estarem utilizando-se constantemente dos conceitos da teoria geral da responsabilidade internacional do Estado, tais como esgotamento de recursos internos, imputação e obrigação de reparação. Assim, considerando a coisa julgada um instituto da teoria geral da responsabilidade internacional do Estado, apto a ser utilizado no processo internacional de proteção dos direitos humanos pelos mecanismos de proteção supracitados, implícita se encontra essa regra no sistema de proteção dos direitos humanos.

¹⁴ NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**, 2011. p. 549.

¹⁵ Ocorre a **coisa julgada formal** quando não mais for possível qualquer recurso ou tendo ocorrido o exaurimento das vias recursais a sentença transitar em julgado, ocorrendo, assim a preclusão máxima, que impede a modificação da decisão por qualquer meio processual dentro do processo em que foi proferida. Configura um fenômeno endoprocessual. (NEVES, D. A. A. *Op. Cit.* pp. 529-530).

¹⁶ Embora tanto a primeira e a II Convenção de Haia de 1899 e de 1907, respectivamente, quanto o próprio Estatuto da CIJ, em seus arts. 59 e 60, admitam claramente a legalidade da aplicação do princípio da autoridade da coisa julgada, o presente projeto de pesquisa tem como objeto de estudo a sua aplicabilidade no processo de responsabilização dos Estados iniciado por petições de particulares no mecanismo regional e no Comitê de direitos humanos, da ONU.

Nessa linha de intelecção, com o fim de se afastar a possível dupla apreciação de um mesmo caso por mecanismos distintos, impor reserva na adesão ao Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, tal como fizeram alguns Estados europeus contratantes da Convenção Europeia de Direitos Humanos,¹⁷ poderia vir a configurar uma fundamentação legítima em prol da aplicação da coisa julgada material.

Ademais, partindo-se do entendimento de que inexistente eficácia vinculante das deliberações do Comitê de Direitos Humanos, pode-se afirmar numa perspectiva da hierarquização dos procedimentos de responsabilização do Estado, que a decisão revestida de caráter jurisdicional do mecanismo interamericano goza de grau superior à decisão de um órgão não jurisdicional, como o Comitê de Direitos Humanos da ONU, ainda que doutrinariamente entendido como um órgão quase judicial.¹⁸

Não há no meio acadêmico um posicionamento uníssono sobre o caráter vinculante das decisões do Comitê de Direitos Humanos.

De um lado estão os defensores do caráter não vinculante destas deliberações, que enfatizam a ausência de disposição expressa nos tratados internacionais. Apontam, também, o estágio atual do Direito Interamericano dos Direitos Humanos, que exigiria a cooperação dos Estados para o cumprimento de suas normas.¹⁹

A falta de eficácia vinculante das decisões proferidas pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU fortalece o discurso do respeito à definitividade da decisão prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e pois o de impedimento de se levar a mesma questão já decidida pela Corte Interamericana ao Comitê de Direitos Humanos da ONU.

O entendimento quanto ao caráter não vinculante das decisões do Comitê de Direitos Humanos da ONU é objeto de crítica no discurso da Professora Juliana Neuenschwader Magalhães. Referida argumentação inicia o caminho contrário à positivação ou aplicação da teoria da coisa julgada implícita do direito internacional ao singular sistema de proteção internacional de direitos humanos:

¹⁷ RAMOS, A. C. de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**, 2015, p. 363.

¹⁸ “Os mecanismos quase judiciais são aqueles previstos na **fase de controle** da observância de direitos humanos, na qual analisam-se petições individuais e interestatais que se insurgem contra violações de direitos humanos e pleiteiam reparação, como exemplo, cite-se o Comitê de Direitos Humanos com a capacidade de processar tais petições” (RAMOS, A. C. de. *Op. Cit.* p. 363).

¹⁹ RAMOS, A. C. de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**, 2015, pp. 363-364.

Assim é que, em nome da preservação da paz entre os Estados soberanos, concebeu-se um direito das gentes que se constituiu em verdadeiro “direito à guerra” ou, nas palavras de Kant, um direito “para a guerra”. Por isso, quando, a partir dos instrumentos do direito internacional, pretende-se dar feição jurídica a uma organização do tipo da ONU, que tem por missão a garantia da paz e a salvaguarda dos direitos humanos, essa ordem não encontra uma unidade política ou jurídica na afirmação de qualquer soberania ‘global’. Ou seja, a ONU deve desempenhar sua tarefa sempre com respeito ao princípio da não-intromissão e, portanto, da primazia da soberania estatal. O paradoxo é que, de um lado, não se concebe a ONU como uma instância política capaz de tomar decisões que vinculem os Estados e, de outro, espera-se da ONU e do direito internacional uma garantia da paz entre os Estados.²⁰

Ainda sob o prisma da hierarquização dos procedimentos de responsabilização do Estado, com base, todavia, em premissa contrária à anteriormente invocada, o caráter universalista da ONU há de se sobrepor ao regional interamericano, legitimando uma possível rediscussão de um caso, cuja reparação não fora concedida.

Nesse sentido, impende concluir que a falta de positivação do instituto da coisa julgada junto ao Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos direitos Civis e Políticos fora a real intenção dos legisladores internacionais. Afinal, quando quiseram utilizar conceitos da teoria geral da responsabilidade do Estado o fizeram expressamente, a exemplo do artigo 5º, do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em suas alíneas “a” com o instituto da litispêndência e “b” com o esgotamento de recursos internos.

O princípio da autoridade da coisa julgada não pode ser dissociado do corpo social a que se refere a sua aplicabilidade e do fim maior que alicerça todo o sistema de proteção internacional de direitos humanos, qual seja, a dignidade da pessoa humana.²¹ Assim, comungando dessa idealização, encontra-se a corrente que defende a força vinculante das decisões do Comitê de Direitos Humanos da ONU, sob pena de se diagnosticar incongruente o sistema universal de proteção:

A interpretação sistemática e finalística dos tratados de direitos humanos deve ser feita em prol do aumento da carga protetiva, já que os mesmos foram celebrados justamente para proteger o indivíduo e não para dar vantagens materiais aos contratantes. Além disso, o poder

²⁰ MAGALHÃES, J. N. Paradoxos da democracia: A soberania dos direitos humanos. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 2010, p. 485-499.

²¹ SOARES, R.M.F. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**, 2010, p. 149.

de apreciar as petições pelos Comitês foi conferido, em geral, graças à adesão à cláusula facultativa. Logo, o Estado pode aderir ao tratado sem concordar com tais cláusulas, ficando imune ao sistema de petições. Mas se expressamente aceita tal sistema seria ilógico considerar as deliberações finais dos mesmos como meros conselhos ou recomendações.²²

Em linhas conclusivas, o princípio da prevalência da norma mais favorável à pessoa humana, *régle d'or* da máxima proteção, pode ser encontrado em parte dos Tratados, tanto em âmbito regional quanto universal, a exemplo do Pacto das Nações Unidas sobre direitos civis e políticos (artigo 5); do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 5); da Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigo 60); da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 29, b). Assim, as decisões prolatadas devem buscar alcançar a maior efetividade dos direitos, o que permite apreender que o esgotamento de um mecanismo não exaure o direito da vítima de utilizar-se de outro no caso da reparação não ter sido obtida, não se podendo impedir, portanto, que a vítima percorra outro caminho na busca por maior proteção.²³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após criteriosa análise sobre a efetivação dos direitos humanos frente às possibilidades de acesso aos sistemas internacionais de proteção, seja o regional interamericano, seja o universal, onusiano, percebeu-se que a discussão em torno da coisa julgada, enquanto instituto jurídico a ser considerado como pressuposto de admissibilidade das petições individuais de vítimas levadas ao Comitê de Direitos Humanos, reverberou em duas posições contrárias de entendimento. A segurança jurídica como instrumento de estabilização das relações jurídicas, imprescindível à uma sociedade democrática, inaugura a linha de fundamentação pautada na defesa da positivação ou aplicação da teoria da coisa julgada implícita do direito internacional ao singular sistema de proteção internacional de direitos humanos, posto que o respeito à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos por outros mecanismos de proteção internacional confere garantia de estabilidade jurídica

²² RAMOS, A. C. de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**, 2015, pp. 363-364.

²³ TRINDADE, A. A. C. Co-existence and co-ordination of mechanism of international protection of human rights – at global and regional levels. In: 202 **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, 1987, p. 409.

que a todos importa, como fim último do próprio sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Na sequência dessa linha de pensamento, a **coisa julgada**, enquanto instituto da teoria geral da responsabilidade internacional do Estado,²⁴ pode ser considerada como uma regra implícita ao sistema de proteção internacional de direitos humanos, tal como se observa nos conceitos de esgotamento de recursos internos, imputação e obrigação de reparação. Nesse sentido, estão os Estados europeus ao impor reserva na adesão do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, com o fito de se impedir dupla apreciação de um mesmo caso por mecanismos distintos.

Ademais, o respeito à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que repercute na impossibilidade de análise do mesmo caso pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, e portanto na defesa da positivação ou aplicação da teoria da coisa julgada implícita do direito internacional ao singular sistema de proteção internacional de direitos humanos, encontra guarida na fundamentação de que as decisões da Corte são revestidas de definitividade, enquanto as decisões do Comitê da ONU não guardam força vinculante.

O caráter não vinculante das decisões da ONU, por outro lado, é objeto de críticas por parte de estudiosos que entendem ser um paradoxo a concepção da referida organização como uma instância política incapaz de tomar decisões que vinculem os Estados em paralelo à esperança de que dela advenha a garantia da paz.

Assim resta inaugurada a escrita sobre a linha de argumentação que dialoga com a efetividade da decisão, uma vez que a autoridade da coisa julgada não pode estar dissociada do objeto social ao qual se presta, qual seja, o respeito à dignidade humana, posto que uma sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que não confere total reparação à vítima não pode ser capaz de afastar o direito da mesma utilizar outro mecanismo.

A *régle d'or* da máxima proteção, o princípio da prevalência da norma mais favorável à pessoa humana vem sedimentar o entendimento segundo o qual a coisa julgada não pode ser considerada como um valor absoluto, que a priori e em qualquer situação se mostre mais importante do que a efetiva reparação à vítima.

Neste sentido, seria legítimo o afastamento da tese de positivação ou aplicação da teoria

²⁴ Artigos 59 e 60 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

da coisa julgada implícita do direito internacional ao singular sistema de proteção internacional de direitos humanos, frente à consideração de casos de vítimas que não tiveram seus pleitos de reparação atendidos na Corte Interamericana de Direitos Humanos, permitindo-se com isso a busca pela acolhida do Comitê de Direitos Humanos da ONU, enquanto órgão do sistema global de proteção dos direitos humanos, criado a partir do Primeiro Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, cuja competência é receber petições individuais de violações de direitos humanos dirigidas contra Estados.²⁵

Assim sendo, a aceitabilidade da **coisa julgada** frente a uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que não conferiu total reparação à vítima funcionaria como um “manto protetor sem nada a ser protegido no caso concreto” conforme preleciona Cândido Rangel Dinamarco,²⁶ o que torna clara e direta a ofensa ao fim “autoevidente”²⁷ do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

²⁵ O caso Nogueira de Carvalho e outro *versus* Brasil explicitado na referência de número 8 haveria de poder ser submetido à análise da ONU, por parte de seu Comitê de Direitos Humanos, diante do não acolhimento do pleito reparatório pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²⁶ DINAMARCO, C. R. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**, n. 127, pp. 245-249.

²⁷ Adjetivo conferido aos direitos humanos e objeto de discussão na obra da historiadora Lynn Hunt em “A invenção dos Direitos Humanos uma história”. **A Página**, 2016.

REFERÊNCIAS

BRANT, L. N. C. **A autoridade da coisa julgada no Direito Interacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CANÇADO, A. A T. Co-existence and co-ordination of mechanism of international protection of human rights – at global and regional levels. In: **202 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, 1987, p. 409.

DINAMARCO, C. R. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 109, 2003.

GARCIA, L. M. de. (Org.). **Legislação Internacional Comentada**. Salvador: Juspodium, 2016.

HUNT, L. **A invenção dos Direitos Humanos uma história**. Curitiba: A Página, 2016.

MAGALHÃES, J. N. Paradoxos da democracia: A soberania dos direitos humanos. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 2010. v.6. p.485-499. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=-mTyxlsyFzQC&pg=PA485&clpg=PA485&dq=paradoxo>>.

NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Método, 2011.

PIOVESAN, F; AMARAL JR, A; JUBILUT, L.L. Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In: AMARAL, Jr; JUBILUT, L. L. (Orgs.) O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 01, p. 123-145. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2014.

PRONER, C. **Projeto Universitários pela Paz da ONU-BR – Nações Unidas no Brasil**. Youtube. Disponível em: <<https://m.youtube.com/watch?v=M-QWKLYMMK8>>.

RAMOS, A. C. de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REZEK, F. Prefácio. In: CALDEIRA BRANT, L. N. **A autoridade da coisa julgada no Direito Interacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LUCK, A. S. **O sistema internacional de direitos humanos**. Disponível em: <http://www.ambitouridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos=7067>. Acesso em: 10 maio. 2016.

SOARES, R. M. F. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRÁFICO DE PESSOAS: UMA ANÁLISE DA LEI 13.344/2016 SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

TRAFFICKING IN PERSONS: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF HUMAN RIGHTS

Vivian Netto Machado Santarém

Defensora Pública Federal

Mestranda em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

viviansantarem@dpu.def.br

RESUMO

O tráfico de pessoas representa uma grave forma de violação dos direitos humanos, subjugando a pessoa humana à condição de mercadoria. Ao longo dos anos, a definição do conceito de escravo passou por profundas alterações, evoluindo da limitação da liberdade para atingir outras formas de exploração humana. O Protocolo de Palermo representa o marco internacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas, definindo o conceito de escravidão moderna em um contexto de repressão à criminalidade organizada transnacional e de proteção aos direitos humanos das vítimas. Apesar de ratificar a Convenção, o Brasil permaneceu, por décadas, sem legislação específica para regulamentação do tema, contribuindo para a perpetuação das violações. A promulgação da Lei 13.344/2016 surge, nesse contexto, com o objetivo de sanar a omissão estatal no campo legislativo, honrando os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro no campo internacional. O presente artigo objetiva analisar as principais alterações introduzidas pela lei, correlacionando-as com o Protocolo de Palermo, bem como os seus reflexos sob a perspectiva dos direitos humanos das vítimas.

Palavras-chave: Tráfico de Pessoas. Vulnerabilidade. Consentimento. Direitos Humanos. Legislação brasileira.

ABSTRACT

Human trafficking represents a serious violation of human rights, one that subjugates a human being as commodity. Throughout the years, the definition of slavery went through profound changes, evolving from limitation of freedom to other methods of human exploitation. The Palermo Protocol represents the international milestone for fighting human traffic, placing the modern slavery concept in the context of transnational organized crime and of protection of the victims' rights. Despite having ratified the Convention, Brazil lacked, during decades, specific legislation related to the topic, contributing, therefore, to the perpetuation of these types of violation. The promulgation of Law 13.344/2016 was intended to put an end to the Government's failure in the legislative field, honoring the country's commitment with the international community. This paper has the objective to analyze the main changes implemented by this new law, to correlate them with the Palermo Protocol, and to analyze the consequences to the existing legal system in regard to the victims' human rights.

Keywords: Trafficking in persons. Vulnerability. Consent. Human Rights. Brazilian Law.

Data de submissão: 20/03/2017

Data de aceitação: 17/07/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE TRÁFICO DE PESSOAS 2. A COMPREENSÃO DO FENÔMENO DO TRÁFICO DE PESSOAS 2.1. Do Protocolo de Palermo 2.2. Da Lei 13.344/2016: o marco legal sobre tráfico de pessoas no Brasil 2.3. Do enfrentamento sob a perspectiva dos direitos humanos das vítimas. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A falta de legislação específica no campo interno sobre o tráfico de pessoas sempre foi um dos maiores desafios do Estado brasileiro, especialmente após a promulgação, através do Decreto n.º 5.017, de 12 de março de 2004, do “Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças”, também conhecido como Protocolo de Palermo.

A sanção da Lei 13.344 após mais de 10 (dez) anos da vigência do referido Protocolo atende, embora com certo atraso, ao reclamo de adequação da legislação interna aos princípios e diretrizes previstos pelo instrumento internacional que constitui marco regulatório da matéria.

Atende, da mesma forma, às diretrizes da Política Nacional, instituído pelo Decreto Presidencial n.º 5.948, de 26 de outubro de 2006, e que representa um marco histórico em termos de política pública relacionada à temática.

Todos: Protocolo, Política Nacional e lei apoiam-se em três eixos fundamentais para o enfrentamento: prevenção, repressão e atendimento/proteção às vítimas.

A lei, publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 7 de outubro de 2016, com *vacatio* de 45 (quarenta e cinco) dias e vigência no país a partir de 21 de novembro de 2016, teve origem a partir de proposta (PLS - Projeto de Lei do Senado 479/2012) da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas no Brasil, que funcionou no Senado Federal entre 2011 e 2012.

O objetivo do presente trabalho é abordar as principais alterações introduzidas pela Lei 13.344/2016 na legislação interna no que tange ao tráfico de seres humanos, em especial sob a perspectiva dos direitos humanos das vítimas, bem como produzir uma análise crítica de sua adequação com a legislação internacional.

1. BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE TRÁFICO DE PESSOAS

O tráfico de pessoas – em especial para fins de exploração laboral – já merecia atenção da comunidade internacional a partir de meados do século XIX, antes do tardio fim da escravidão negra no Brasil.

Se, inicialmente, o combate ao tráfico de seres humanos visava proteger os escravos africanos, tanto por razões econômicas, quanto por razões humanitárias, no início do século XX a exploração de mulheres brancas para fins de prostituição passou a ser objeto de proteção.

À preocupação inicial com o tráfico de negros da África, para exploração laboral, agregou-se a do tráfico de mulheres brancas, para prostituição. Em 1904, é firmado em Paris o Acordo para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, no ano seguinte convocado em Convenção. Durante as três décadas seguintes foram assinados: a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas (Paris, 1910), a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças (Genebra, 1921), a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (Genebra, 1933), o Protocolo de Emenda à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (1947), e, por último, a Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (Lake Success, 1949).¹

Nessa fase, a prostituição é vista como um mal que merece ser extirpado, um grave desvio ao bem-estar social e à família. As mulheres são vistas como seres fragilizados e incapazes de se autodeterminarem.

Com o fim da Segunda Grande Guerra e após a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), a Convenção para Repressão do Tráfico de Pessoas e Lenocínio (Lake Success, 1949)² ampliou a proteção, não mais limitando-a às mulheres, mas incluindo todas as pessoas.

A referida Convenção também reconhece a dignidade da pessoa humana como valor a ser

¹ CASTILHO, E. W. V. **Tráfico de Pessoas**: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo.

² Concluída em Nova Iorque, em 21 de março de 1950. Assinada pelo Brasil, em 5 de outubro de 1951. Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 6, de 1958. Depósito do instrumento de ratificação na ONU, em 12 de setembro de 1958. Promulgada pelo Decreto nº 46.981, de 8 de outubro de 1959. Publicada no Diário Oficial de 13 de outubro de 1959.

perseguido pelos Estados no combate ao tráfico de seres humanos.

A definição de tráfico de pessoas, aqui, apresenta um viés abolicionista (que pretende a abolição da prostituição) e permanece atrelado exclusivamente à exploração sexual para fins de prostituição.

Venson e Pedro³ apontam que a relação entre tráfico de pessoas e prostituição transnacional defendida ao longo dos séculos - e reforçada pela Convenção de 1949 – também está interligada ao reclamo internacional de contenção dos movimentos migratórios.

A ampliação do conceito de tráfico de pessoas para abranger outras formas de exploração humana além da prostituição surge a partir da Convenção de Genebra⁴, em 1956.

Se, até então, a escravidão era conceituada como “estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercitam os atributos do direito de propriedade ou de alguns deles”⁵, a partir da Convenção passa-se a reconhecer situações análogas à escravidão, tais como a servidão por dívida e o casamento forçado.

A questão do tráfico de pessoas permaneceu sem relevantes alterações legislativas até o início dos anos 90, quando o fenômeno da globalização propiciou ambiente facilitado à atuação de organizações criminosas.

O livre acesso à informação, a mobilidade entre fronteiras e o crescimento dos movimentos migratórios contribuiu para o avanço da criminalidade transnacional, caracterizada pela atuação de organizações destinadas à prática do tráfico internacional de pessoas e migrantes, atividades consideradas extremamente lucrativas.

Nesse cenário, no ano de 2000, foi aprovada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional⁶, seguida de seus três protocolos adicionais.

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado

³ VENSON, A. M.; PEDRO, J. M. **Tráfico de pessoas**: uma história do conceito.

⁴ Aprovada pelo Decreto Legislativo nº. 66, de 1965. Depósito do instrumento brasileiro de adesão junto à Organização das Nações Unidas e entrada em vigor, para o Brasil, em 6 de janeiro de 1966. Promulgadas pelo Decreto nº 58.563, de 1º de junho de 1966. Publicadas no “Diário Oficial” de 3 e 10 de junho de 1966.

⁵ CASTILHO, E. W. V. **Tráfico de Pessoas**: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo.

⁶ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº. 5.015, de 12 de março de 2004.

Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, entrou em vigor em 2003, sendo promulgado no Brasil pelo Decreto n.º. 5.017, de 12 de março de 2004.

O Protocolo de Palermo, como ficou conhecido, representa o marco legislativo internacional na regulamentação do tráfico de pessoas, tal como concebido atualmente, baseando-se na ideia de promoção dos direitos humanos à dignidade, à liberdade e à autodeterminação das vítimas.

Muito embora tenha nascido a partir de uma Convenção criada para o combate ao crime organizado transnacional, o Protocolo de Palermo também se revela como um importante instrumento de proteção aos direitos humanos das vítimas, prevendo uma série de medidas de prevenção e reparação que vão além da repressão ao crime pura e simplesmente.

Parte-se da premissa de que o efetivo combate ao tráfico de pessoas depende da identificação e eliminação de contextos de vulnerabilidade vivenciados pelas vítimas, da cooperação interna e internacional e especialmente da prevenção.

E acolhendo essa perspectiva de proteção dos direitos humanos, o Brasil instituiu a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, através do Decreto Presidencial n.º. 5.948, de 26 de outubro de 2006, apoiando-se, da mesma forma, em três eixos fundamentais: prevenção, repressão e atendimento/proteção às vítimas.

Resultado dessa Política, em 2008, foi promulgado o I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, com validade entre os anos de 2008 a 2010 (Decreto n.º. 6.347, de 8 de janeiro de 2008).

Em seguida, o Brasil instituiu o II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, aprovado pela Portaria Interministerial n.º. 634, de 25 de fevereiro de 2013, do Ministério da Justiça, da Secretaria de Direitos Humanos e da Secretaria de Política para as Mulheres, e com objetivos aprovados pelo Decreto n.º. 7.901/13, com vigência de 2013 a 2016.

Buscando adequar a legislação brasileira ao Protocolo de Palermo, a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, incluiu os artigos 231 e 231-A no Código Penal, tipificando, respectivamente, o tráfico internacional para fins de exploração sexual e o tráfico interno para o mesmo fim.

No entanto, limitou-se a tipificar o tráfico de pessoas para a finalidade de exploração sexual, omitindo-se em relação às demais modalidades de tráfico possíveis.

A falta de legislação específica sempre foi considerada um dos maiores desafios para a execução da Política Nacional, elaborada como verdadeira política de Estado e tendo como base todos os compromissos assumidos pelo Brasil com a ratificação do Protocolo de Palermo, em especial no que tange à proteção às vítimas.

Nesse cenário, surgiu o Projeto de Lei do Senado 479/2012 (PLS 479/2012), denominado marco nacional de combate ao tráfico de pessoas, que teve origem na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas no Brasil do Senado, que vigorou no período de 2011 a 2012.

Após algumas discussões e duas emendas ao projeto, foi sancionada, em 6 de outubro de 2016, a Lei 13.344, com início de vigência a partir de 21 de novembro de 2016.

2. A COMPREENSÃO DO FENÔMENO DO TRÁFICO DE PESSOAS

2.1. Do Protocolo de Palermo

Para compreendermos o conteúdo e o alcance da Lei 13.344/2016 e refletirmos sobre a sua adequação ao documento internacional de proteção aos direitos humanos das vítimas de tráfico de pessoas, é indispensável a análise do Protocolo de Palermo, em especial no que tange ao conceito e às modalidades de tráfico de seres humanos.

O Protocolo de Palermo define o que vem a ser tráfico de pessoas em seu artigo 3º, que assim dispõe:

Para efeitos do presente Protocolo:

a) A expressão 'tráfico de pessoas' significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);

c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;

d) O termo “criança” significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

O tráfico de pessoas possui três elementos principais: **Ação** (recrutamento, transporte, transferência, alojamento e acolhimento), **Meio** (ameaça, uso da força, outras formas de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade, abuso de uma situação de vulnerabilidade ou a entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração) e **Fim** (finalidade de exploração).

O Protocolo elenca, ainda, algumas das modalidades de tráfico, definindo que pode ser a exploração sexual, a exploração laboral, o trabalho forçado, a remoção de órgãos, mendicância forçada, adoção ilegal de crianças, casamento forçado, ou outra finalidade de exploração envolvendo graves violações a direitos humanos, evidenciando aqui que o rol não é taxativo.

Embora possamos elencar modalidades principais, o fenômeno do tráfico de pessoas é complexo, dinâmico e multidimensional, de forma que outras situações de exploração da vulnerabilidade humana para fins comerciais podem configurar tráfico de pessoas, tais como mendicância forçada, casamento servil, adoção ilegal de crianças, exploração de adolescentes no futebol e na prática de delitos, entre outras.⁷

Ainda, para o Protocolo, o comportamento da vítima assume papel relevante para a ação dos aliciadores. Vítimas mais vulneráveis são mais facilmente capturadas pelas redes de tráfico humano.

Em que pese os termos “vulnerável” e “vulnerabilidade” possam apresentar definições

⁷ A Pesquisa Enafron – Diagnóstico sobre tráfico de pessoas nas áreas de fronteiras, do Ministério da Justiça (2013), por exemplo, encontrou indícios nas fronteiras brasileiras de tráfico para finalidades como casamento servil, exploração de adolescentes no futebol e na prática de delitos.

distintas a depender do contexto, do meio social e do tempo, a compreensão da situação de vulnerabilidade humana como uma das causas ou facilitadores do tráfico de pessoas é de suma importância para o entendimento do próprio fenômeno.

Sem pretender nos aprofundar sobre o tema da vulnerabilidade, posto que não é o objeto do presente artigo, forçoso reconhecer, no entanto, que a vulnerabilidade para o tráfico de pessoas mereceu especial atenção do Protocolo de Palermo, que em seu artigo 9º, item 4, define fatores que tornam as pessoas vulneráveis ao tráfico:

4. Os Estados Partes tomarão ou reforçarão as medidas, inclusive mediante a cooperação bilateral ou multilateral, para reduzir os fatores como a pobreza, o subdesenvolvimento e a desigualdade de oportunidades que tornam as pessoas, especialmente as mulheres e as crianças, vulneráveis ao tráfico.

Assim, para o Protocolo Adicional, pobreza, subdesenvolvimento e desigualdade social são fatores que determinam contextos de vulnerabilidades propícios ao empoderamento das vítimas pelo crime organizado.

No entanto, para além do contexto social, outros fatores de vulnerabilidade, ligados ao indivíduo e à família, também são apontados como facilitadores do tráfico, tais como orientação sexual, racismo, machismo, sociedade patriarcal, migração irregular, etc.

Ressaltando ainda mais a importância da vulnerabilidade, o Protocolo também prevê que o consentimento da vítima é irrelevante quando fornecido a partir do emprego de um dos meios de execução do crime descritos pela norma internacional (ameaça, uso da força, outras formas de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade, abuso de uma situação de vulnerabilidade ou a entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios).

Depreende-se, assim, que para o Protocolo, vulnerabilidade é um termo intimamente ligado à necessidade de proteção aos direitos humanos das vítimas e que assume especial relevância para a prevenção ao tráfico, exigindo uma série de medidas por parte dos Estados-membros para enfrentamento do problema.

Vale mencionar que a Política Nacional de Enfretamento ao Tráfico de Pessoas adotou o mesmo conceito da Convenção Internacional, acrescentando, todavia, que o consentimento da vítima é sempre irrelevante, independentemente do meio utilizado para obtê-lo.

2.2. Da Lei 13.344/2016: o marco legal sobre tráfico de pessoas no Brasil

A Lei 13.344/2016 surge no cenário jurídico interno como o marco legal de enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil, tendo em vista constituir a primeira lei a tratar especificamente do assunto.

A norma é ampla e não se limita ao endurecimento das penas para o crime de tráfico de pessoas. Apresenta regramentos, que serão abordados a seguir, sobre conceito, modalidades, prevenção, proteção e valorização dos direitos humanos das vítimas.

A lei se coaduna, ainda, com a Política Brasileira de Combate ao Tráfico de Pessoas, na medida em que prevê não só medidas de repressão ao crime, mas como também elenca medidas de prevenção, proteção às vítimas e cooperação jurídica-internacional, transitando sobre todos os eixos do enfrentamento.

A Lei 13.344/16 revogou os artigos 231 e 231-A, que tratavam, respectivamente, do tráfico internacional e interno para fins de exploração sexual, e introduziu o artigo 149-A ao Código Penal, inserindo o tráfico de pessoas dentro do Capítulo VI, que versa sobre os crimes contra a liberdade individual.

A nova lei assim tipificou o crime de tráfico de pessoas:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;

IV - adoção ilegal; ou

V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Finalmente, a lei promoveu a adequação do conceito da legislação interna àquele previsto pelo Protocolo de Palermo e também pela Política Nacional.

A pena passou a ser de 4 a 8 anos de reclusão e multa, unificando-se o tráfico internacional e o tráfico interno. A retirada da vítima do território nacional passou a ser prevista como causa de aumento de pena (inciso IV).

Uma primeira crítica que se faz aqui é que ao prever a retirada da vítima do território nacional apenas como causa de aumento de pena, incorreu em falha técnica o legislador, tendo em vista que o mesmo tratamento não foi previsto para o tráfico internacional que promove a entrada de vítima no Brasil.

Assim, o tráfico internacional não é mais tipificado como delito autônomo, mas apenas como causa de aumento de pena, aplicável apenas aos casos de retirada de vítimas do país para o exterior.

Outro ponto a se ressaltar é que, apesar de expandir o conceito para não abranger somente a finalidade de exploração sexual, o artigo 149-A limita a tipificação para apenas algumas das diversas modalidades possíveis de exploração do ser humano, tais como a remoção de órgãos; a submissão de trabalho em condições análogas à de escravo; servidão; adoção ilegal; ou exploração sexual.

A tipificação *numerus clausus* exclui, assim, outras formas de exploração da vulnerabilidade humana, como, por exemplo, a do casamento forçado e a mendicância.

Além disso, a Lei 13.344/2016 também não se alinha perfeitamente com o Protocolo de Palermo quando prevê os meios de execução do crime.

Dispõe o artigo 149-A que o tráfico de pessoas poderá ser praticado mediante grave ameaça, violência, fraude, coação ou abuso.

Infelizmente, exclui do rol o aproveitamento da situação de vulnerabilidade da vítima e a entrega e aceitação de pagamentos.

Nesse ponto, como já esmiuçado alhures, o conceito de vulnerabilidade humana é adotado pelo Protocolo de Palermo e pela Política Nacional como de fundamental importância para a compreensão dos mecanismos de recrutamento e aliciamento das vítimas pelas organizações criminosas na atualidade.

Diversos fatores constituem causas de vulnerabilidade. Não só fatores econômicos, como o desemprego, a miséria e pobreza, mas também fatores culturais e políticos. Apenas como exemplo para melhor compreensão, fatores culturais como a discriminação de grupos sociais (afrodescendentes, homossexuais, LGBT, transgêneros), a desigualdade de gênero, raça, geracionais e a cultura patriarcal também revelam situações de vulnerabilidade propícias ao tráfico de seres humanos.

E ainda, após ser traficada, a vítima torna-se vulnerável no local de exploração por razões diversas, seja pela falta de conhecimento da língua ou cultura locais, pela falta de confiança (ainda que infundada) das autoridades locais, o isolamento e até mesmo o medo de represálias. Tudo isso contribui para sustentar uma relação contínua de exploração pelos traficantes.

O maior problema nesse aspecto é que estando o Direito Penal subsumido ao Princípio da Taxatividade, a nova lei acaba por excluir da proteção legal parcela considerável de potenciais vítimas do crime.

Ao ir aquém da norma internacional, a Lei 13.344/2016 acaba por fragilizar a proteção e as próprias políticas públicas de prevenção.

Diretamente relacionado à questão da vulnerabilidade, está o consentimento da vítima, considerando irrelevante para o Protocolo de Palermo e para a Política Nacional para fins de descaracterizar o crime.

Preocupação que surge com a vigência da Lei 13.344/2016 sem esta previsão é justamente a possibilidade de enfraquecimento da repressão (inclusive porque o consentimento da

vítima pode ser sustentando como causa suprallegal de exclusão da culpabilidade) e a perpetuação de processos de revitimização, que se perfaz através da falta de políticas públicas para fortalecimento de direitos e consequente empoderamento das pessoas inseridas nesses contextos.

Sem o reconhecimento da relevância da vulnerabilidade humana como causa do tráfico de pessoas e, por conseguinte, da própria relativização do consentimento da vítima nesses crimes, a própria Política de Prevenção e Promoção dos Direitos Humanos está ameaçada.

Problematizando a importância do conceito de vulnerabilidade para o tráfico internacional de Pessoas, Castilho⁸ aponta que:

Possivelmente o primeiro documento importante para utilizar o conceito foi a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos em 25/06/1993. No item 24 consta que grande importância deve ser dada à promoção e proteção dos direitos humanos de pessoas pertencentes a grupos que se tornaram vulneráveis, como o dos trabalhadores migrantes, visando à eliminação de todas as formas de discriminação contra os mesmos e ao fortalecimento e implementação mais eficaz de direitos humanos existentes. Os Estados têm a obrigação de criar e manter mecanismos nacionais adequados, particularmente nas áreas de educação, saúde e apoio social, para promover e proteger os direitos das pessoas em setores vulneráveis de suas populações e garantir a participação dessas pessoas interessadas na busca de soluções para seus problemas.⁹

Os Estados-membros devem se comprometer a adotar políticas sociais e econômicas de eliminação destes contextos de vulnerabilidade, de modo a promover a reinclusão social das pessoas capturadas pelo tráfico e a evitar processos de revitimização.

2.3. Do enfrentamento sob a perspectiva dos direitos humanos das vítimas

A Lei 13.344/2016 transita sobre os três eixos fundamentais de enfrentamento ao tráfico de pessoas: prevenção, repressão e proteção às vítimas (artigo 1º, parágrafo único).

⁸ CASTILHO, E. W. V. Problematizando o conceito de vulnerabilidade para o tráfico internacional de pessoas. In: **Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. Fernanda Alves dos Anjos *et al.* (orgs.), 2013, p. 139.

⁹ ALVES, 1994, p. 159.

Dentre os princípios a serem observados, destacamos a dignidade da pessoa humana, a promoção e a garantia dos direitos humanos, a universalidade, a indivisibilidade, interdependência, a não discriminação, a transversalidade, a atenção às vítimas diretas e indiretas e a proteção à criança e ao adolescente (artigo 2º).

Seguindo o exemplo do Protocolo de Palermo e também da Política Nacional, a lei confere especial atenção às vítimas, enfatizando a necessidade de respeito, dentre outras, às questões de gênero, à orientação sexual e à religião; na não discriminação em razão de raça, etnia, nacionalidade ou situação migratória e, especialmente, na proteção integral independentemente de colaboração da vítima com o processo investigatório ou judicial.

A lei prevê expressamente a atuação articulada entre governo e sociedade civil, o trabalho em rede, fortalecimento da atuação em áreas ou regiões de maior incidência do delito, como as de fronteira, portos, aeroportos, rodovias e estações rodoviárias e ferroviárias, cooperação internacional, respeito à privacidade das vítimas, gestão integrada e incentivo à realização de estudos e pesquisas na área (artigo 3º).

A assistência e proteção às vítimas inclui o atendimento humanizado, assistência jurídica, social, de trabalho e emprego e saúde (artigo 6º) .

A nova lei traz também importante alteração no que tange à situação migratória das vítimas, autorizando a concessão de residência permanente às vítimas (diretas e indiretas) de tráfico de pessoas no território nacional, independentemente da regularidade de sua condição migratória e de colaboração em procedimento administrativo, policial ou judicial.

Repare que a possibilidade de regularização migratória se estende aos familiares das vítimas, constituindo importante medida de promoção de reinclusão social e de proteção do estrangeiro em situação migratória irregular.

No campo da prevenção, a lei prevê, ainda, a possibilidade de criação de um banco de dados sobre tráfico de pessoas pelo Poder Público (artigo 10), medida esta de suma importância para a orientação de políticas públicas eficazes e para a real compreensão e identificação das diversas modalidades do fenômeno no território nacional.

A ausência de sistematização nacional acerca dos dados sobre o tráfico de pessoas ainda é apontada como um dos maiores problemas de combate ao crime, caracterizando o tráfico

de seres humanos como um crime invisível.

De fato, a implementação de políticas públicas de prevenção, especialmente àquelas de identificação e promoção dos direitos dos grupos mais vulneráveis, depende dessa sistematização, para identificação de perfil das vítimas, rotas de tráfico, situações de vulnerabilidade, o que ainda não acontece no Brasil.

Portanto, a previsão legal de criação de um banco de dados, de âmbito nacional, de forma a uniformizar todas as situações de tráfico, representa avanço que deve fortalecer a atuação do Estado brasileiro no desenvolvimento da temática.

A lei prevê ainda disposições processuais penais (artigo 9º ao 12º) e, na esfera de repressão, inegável o endurecimento das penas para o crime. Destaque para o artigo 12, que altera o artigo 83, inciso V, do Código Penal e inclui o crime de tráfico de pessoas como àqueles equiparados a hediondos, concedendo livramento condicional apenas após o cumprimento de 2/3 da pena.

Por fim, institui o dia 30 de julho como o Dia Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (artigo 14), seguindo a diretriz da campanha mundial da ONU (*Blue Heart*).

Em linhas gerais, o que se percebe é que a edição da Lei 13.344/2016 representa, de fato, o marco legal de enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil, tendo em vista que introduziu profundas alterações no conceito de tráfico de pessoas.

Revela, ainda, conformidade com as diretrizes assumidas pelo Protocolo de Palermo e pela Política Nacional, especialmente no que tange ao reconhecimento da necessidade de proteção às vítimas como forma de prevenção e combate ao crime, de promoção dos direitos humanos de minorias especialmente vulneráveis e da criação de instrumentos capazes de promover uma maior cooperação e conscientização sobre esta violenta forma de violação dos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico de seres humanos constitui uma violação grave a direitos humanos, em especial à vida, à liberdade e à dignidade das pessoas, afetando mulheres, crianças, adolescentes, homens, travestis e transexuais, ainda que de maneira desigual.

É um crime que aniquila sonhos e usa como mola propulsora aquilo que o ser humano tem de mais precioso, que é a capacidade de sonhar em ter uma vida melhor, com mais dignidade.

Nesse cenário, o combate ao tráfico de seres humanos deve partir da aplicação de um sistema holístico de proteção à vítima, com uma abordagem global do fenômeno e com ênfase na proteção dos direitos humanos violados, de forma a efetivamente retirar a vítima da situação de vulnerabilidade que deu origem ao seu empoderamento pelos perpetradores.

A edição da Lei 13.344/2016 vem atender a esse objetivo, adequando a legislação interna brasileira aos princípios e diretrizes estabelecidos pelo Protocolo de Palermo e pela própria Política Nacional.

Assim como os demais instrumentos de proteção, a lei baseia-se principalmente nos três eixos de atuação: prevenção, repressão e proteção às vítimas. Prevê, ainda, a cooperação internacional e o trabalho em rede como importantes instrumentos de valorização dos direitos humanos e de combate ao crime.

Entretanto, a sua concreta aplicação dependerá da superação de obstáculos que há tempos vêm sendo apontados como os maiores desafios de combate ao crime, tanto no campo internacional, quanto no campo interno, tais como: a impropriedade dos sistemas de informação das instituições de segurança pública e justiça criminal; ausência de atuação integrada e cooperação; impunidade; subnotificação; falta de capacitação dos agentes públicos e falta do reconhecimento da condição de vítima.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº. 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

_____. Lei 13.344, de 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº. 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

CASTILHO, E. W. de. **Tráfico de Pessoas:** da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-depessoas/artigo_trafico_de_pessoas.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2017.

_____. Problematizando o conceito de vulnerabilidade para o tráfico internacional de pessoas. In: **Tráfico de pessoas:** uma abordagem para os direitos humanos. Fernanda Alves dos Anjos *et al.* (orgs.). 1.ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA DROGAS E CRIME. Pesquisa ENAFRON – **Diagnóstico sobre Tráfico de Pessoas nas Áreas de Fronteira**. Brasília, 2013.

SOARES, I. V. P. Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas sob a Ótica dos Direitos Humanos no Brasil. In: **Tráfico de pessoas:** uma abordagem para os direitos humanos. Fernanda Alves dos Anjos *et al.* (orgs.). 1º edição. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

VENSON, A. M.; PEDRO, J. M.. Tráfico de pessoas: uma história do conceito. **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 33, nº 65, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbh/v33n65/03.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

A BATALHA JUSPOLÍTICA PELA CONSOLIDAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NO BRASIL: EM DEFESA DOS POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS

*THE JUSPOLITICAL BATTLE BY CONSOLIDATION OF CONVENTION Nº 169 OF THE
INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION IN BRAZIL: IN DEFENSE OF INDIGENOUS AND
TRIBAL PEOPLES*

Jarbas Ricardo Almeida Cunha

*Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília.
Analista Técnico de Políticas Sociais.*

jarbas.ricardo@yahoo.com.br

RESUMO

Este artigo objetiva discutir a constante batalha pela integral ratificação da Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho no Brasil, analisando três pontos principais: a) sua implementação juspolítica e seus reflexos organizacionais e doutrinários; b) os retrocessos institucionais que obstaculizam sua consolidação normativa; c) o princípio da proibição do retrocesso social como ferramenta democrática para a defesa e garantia dos direitos dos povos indígenas e tribais em nosso país. Para a investigação da temática aventada utilizou-se a metodologia da revisão de literatura de tipo narrativa. Constatou-se que a batalha pela afirmação da Convenção nº. 169 é de fundamental importância para o robustecimento dos direitos humanos e do Estado Democrático e Social de Direito no Brasil.

Palavras-chave: Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho. Retrocessos Sociais. Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

ABSTRACT

This article aims to discuss the constant battle by whole ratification of Convention nº. 169 of the International Labor Organization in Brazil, analyzing three main points: a) its *juspolitical* implementation and its organizational and doctrinal reflections; b) the institutional setbacks that hinder its normative consolidation; c) the principle of prohibition of social regression as a democratic resource for protecting and guaranteeing the rights of indigenous and tribal peoples in our country. For the investigation of the matter it was used the literature review methodology of narrative type. It was found that the battle for the affirmation of Convention nº. 169 is of fundamental importance for the strengthening of human rights and of the Democratic and Social State of Law in Brazil.

Keywords: Convention nº. 169 of the International Labor Organization. Social Setbacks. Principle of Prohibition of Social Regression.

Data de submissão: 19/03/2017

Data de aceitação: 13/08/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. A RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NO BRASIL 2. OBSTÁCULOS JUSPOLÍTICOS QUE FRAGILIZAM A EFETIVIDADE DA CONVENÇÃO Nº. 169 DA OIT NO BRASIL CARACTERIZANDO RETROCESSOS SOCIAIS 3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo apresentar a batalha juspolítica pela consolidação da Convenção nº. 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que trata de povos indígenas e tribais, analisando seus potenciais avanços e retrocessos no Brasil. Para esse intuito, destacaremos três importantes considerações analíticas sobre a questão a fim de tentarmos esmiuçar essa temática.

A primeira consideração diz respeito à implementação histórico-normativa da Convenção em nosso país, destacando seus avanços de cunho jurídico e político. Já a segunda consideração abarca retrocessos sociais que fragilizam a efetivação da Convenção no território brasileiro, prejudicando, dessa forma, os povos indígenas e tribais. E, por fim, na terceira consideração, discute-se o princípio constitucional da proibição do retrocesso social como instrumento de ratificação da Convenção nº. 169 da OIT em nossa conjuntura.

Para a consecução do objetivo delineado, utiliza-se a metodologia da revisão de literatura de tipo narrativa, em que consiste relatar “publicações amplas, apropriadas para descrever e discutir o desenvolvimento ou o ‘estado da arte’ de um determinado assunto, sob ponto de vista teórico ou contextual.”¹ Nesta revisão narrativa, utilizam-se artigos científicos, doutrina, jurisprudência e um conjunto de normativos, além de alguns documentos jurídicos, sempre em uma tentativa de análise crítica pessoal do autor.

1. A RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NO BRASIL

A Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais foi promulgada no Brasil, na data em que se comemora o dia do índio, pelo Decreto nº. 5.051, de 19 de abril de 2004², pelo ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva.

Antes de sua promulgação, no desenvolver do trâmite da Convenção supramencionada, o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº. 143, de 20 de junho

¹ ROTHER, E. T. Revisão Sistemática x Revisão Narrativa. **Acta Paulista de Enfermagem**, 2007.

² BRASIL. Decreto nº. 5.051, de 19 de abril de 2004.

de 2002³, o texto integral da Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada em Genebra, em 27 de junho de 1989.

Deve-se destacar que a Convenção nº. 169, da OIT, é considerada pela doutrina e jurisprudência um Tratado Internacional de Direitos Humanos, dessa forma, é classificada como norma de hierarquia intermediária, na medida em que se apresenta como infraconstitucional mas supralegal, ou seja, está abaixo da Constituição Federal mas acima das leis ordinárias, sintetizando a teoria dualista mitigada ou moderada do Direito Internacional⁴.

A Convenção nº. 169 da OIT é considerada um dos melhores tratados já redigidos sobre povos indígenas e tribais, atualizando a antiga Convenção nº. 107, de 1957, sobre a mesma temática. A Convenção 169 foi ratificada por 20 países⁵, em sua imensa maioria da América Latina e Caribe e, segundo Christian Courtis⁶, há alguns fatores comuns que explicam a tendência preponderante da aceitação da Convenção nessa região: a) relação entre processos de reforma constitucional e de transição ou consolidação democrática; b) expansão da justiça constitucional; c) ratificação e concessão de *status* legal privilegiado aos tratados internacionais de direitos humanos; d) fortalecimento do sistema regional de direitos humanos; e) reconhecimento constitucional de novos direitos.

Todos esses fatores comuns – respeitando as idiossincrasias e peculiaridades de diferentes países da mesma região – contribuíram para a ratificação da democracia representativa e participativa com o protagonismo dos movimentos sociais, especificamente dos movimentos em defesa dos povos indígenas e tribais.

Como ressalta a professora Raquel Fajardo⁷, importante também salientar o caráter atípico da Convenção nº. 169 pois, apesar de constar no rol da Organização Internacional do Trabalho, não se refere especificamente a um grupo de trabalhadores ou empregadores -

³ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-143-20-junho-2002-458771-convencao-1-pl.html>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

⁴ A teoria dualista mitigada ou moderada compreende que a internalização de uma norma internacional pode ocorrer por meio de ato infralegal, como um decreto presidencial, como por exemplo, o que ocorre com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

⁵ Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Dinamarca, Dominica, Equador, Espanha, Fiji, Guatemala, Holanda, Honduras, México, Nepal, Noruega, Paraguai, Peru e Venezuela.

⁶ COURTIS, C. Anotações sobre a Aplicação da Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas por Tribunais da América Latina. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, 2009, p. 52-81.

⁷ FAJARDO, R. Y. Aos 20 anos do Convênio da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. In: **Povos Indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina**, 2009.

no sentido formal do termo subsumido na relação capital/trabalho -mas sim à situação laboral e de convivência de povos e organizações indígenas, respeitando suas próprias características e identidade.

Segundo os pesquisadores César Baldi e Lilian Ribeiro⁸, a Convenção nº. 169 da OIT, embora alvo de algumas críticas, avançou em pontos importantes para os povos indígenas residentes em nosso país: a diferenciação conceitual entre povos e população, com consequências de garantia à consolidação da cultura indígena em seu território; a proteção em relação às questões de seguridade social, envolvendo políticas públicas de saúde, educação e assistência social específicas e de acordo com a cultura dos povos indígenas; o reconhecimento da autoidentificação dos povos indígenas pelo Estado brasileiro; e a importante medida de possibilitar consulta a todo o povo indígena ou tribal atingidos por medidas legislativas e administrativas que gerem consequências ao seu modo de vida, tal qual a construção de hidrelétricas e barragens, tendo essa consulta amparo em consentimento livre, prévio e informado que tenha como escopo a participação ativa e consciente dos povos indígenas.

E como destacam Raquel Fajardo⁹ e Ela Wiecko de Castilho e Paula da Costa,¹⁰ a Convenção nº. 169 ratificou o denominado “horizonte pluralista”, sendo um marco na sistematização do pluralismo jurídico brasileiro ao reconhecer a natureza pluricultural de conceitos como Estado, Nação e República, o direito de povos indígenas e tribais além de comunidades camponesas e a consolidação de um direito indígena e sua respectiva jurisdição especial, abarcando, dessa maneira, a pluriétnicidade dos povos indígenas reconhecidos como, finalmente, sujeitos políticos.

Dessa forma, a ratificação da Convenção nº. 169 serve de instrumento juspolítico fundamental para ações e iniciativas de resistência, especialmente em prol dos direitos e garantias dos povos indígenas e tribais no Brasil. Como exemplo, podemos citar a atuação

⁸ BALDI, C. A.; RIBEIRO, L. M. C. de. **A Proposta de Revogação da Convenção 169 da OIT pelo Brasil e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social**, 2015.

⁹ FAJARDO, R. Y. Horizonte Del Constitucionalismo Pluralista: Del Multiculturalismo a La Descolonización. In: **El Derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico Del siglo XXI**, 2011.

¹⁰ CASTILHO, E. W. V. de; COSTA, P. B. F. M. da. O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. In: **Revista de Informação Legislativa**, n.183, 2009.

da Defensoria Pública da União (DPU)¹¹ em caso recente e já emblemático do início deste ano de 2017, qual seja o ajuizamento de Ação Civil Pública (ACP) com o intuito de impedir a expedição da licença de instalação de uma mineradora de ouro na região da Volta Grande do Xingu, próxima à barragem da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, em Altamira, no Estado do Pará, onde residem várias tribos indígenas, com base no artigo 6º da referida Convenção.¹²

2. OBSTÁCULOS JUSPOLÍTICOS QUE FRAGILIZAM A EFETIVIDADE DA CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT NO BRASIL CARACTERIZANDO RETROCESSOS SOCIAIS

Apesar da nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 1º afirmar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, ou seja, a Convenção nº. 169 da OIT deveria ser aplicada respeitando integralmente sua normatividade em nossa jurisdição, deve-se observar que seus parâmetros não vêm sendo cumpridos e há perda considerável de sua efetividade perante os casos relacionados diretamente aos povos indígenas e tribais como, por exemplo, a ausência de consulta sobre o impacto de grandes obras e empreendimentos executados pelo complexo financeiro-empresarial no Brasil.

Em nosso trabalho, destacamos dois exemplos paradigmáticos de constatação de obstáculos jurídicos e políticos que fragilizam a implementação da Convenção nº. 169 da OIT em nosso país, caracterizando, dessa forma, gritantes retrocessos sociais. O primeiro é a Portaria nº. 303, de 2012¹³, da Advocacia Geral da União – AGU¹⁴ e o segundo é a

¹¹ De acordo com o Art. 134 da Constituição Federal: “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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)”.

¹² DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/noticias-para/35378-dpu-propoe-acao-para-impedir-licenca-de-instalacao-de-mineradora-no-xingu>> Acesso em: 17 mar. 2017.

¹³ BRASIL. Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012, da Advocacia Geral da União – AGU.

¹⁴ De acordo com o art. 131 da Constituição Federal: “A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.” Esclareça-se a devida deferência pela atuação da AGU no contexto institucional brasileiro, a análise crítica que relatamos decorre estritamente sobre a Portaria nº 303, de 2012.

proposta de revogação da Convenção por meio de denúncia apresentada pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural da Câmara dos Deputados em 2014.¹⁵

A Portaria nº. 303, de 16 de julho de 2012, da AGU, que “dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR” reflete, de forma explícita, o desrespeito às normas exaradas pela Convenção nº. 169 ao citar os seguintes itens em sua portaria:

“(V) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados **independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI**” (grifo nosso).

“(VI) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará **independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI**” (grifo nosso).

Dessa forma, está explícito que a Portaria nº. 303, de 2012, da AGU, confronta o artigo 231 da Constituição Federal que defende o reconhecimento “...aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam...” e também contesta a própria União vide redação do mesmo artigo 231 *in fine*: “...competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

Em relação específica à Convenção nº. 169 da OIT, há um desacordo e uma agressão jurídica por parte da Portaria da AGU, principalmente em relação aos artigos 6.1 e 6.2 que tratam sobre a consulta aos povos indígenas e/ou tribais que sofrem ações coordenadas e executadas pelos Governos e empreiteiras nas construções de grandes obras de energia, transporte, entre outros.

Ou seja, há uma clara afronta à Constituição e à Convenção 169 da OIT por parte da Portaria exarada pela AGU em relação aos direitos dos povos indígenas, consubstanciando num retrocesso social de duras consequências, não somente no aspecto jurídico mas,

¹⁵ BRASIL. Comissão debate revogação de Convenção da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

principalmente, no aspecto político.¹⁶

Outro retrocesso social foi a tentativa de revogação da Convenção nº. 169 da OIT, por meio do instrumento de denúncia (artigo 39.1,¹⁷ C169) proposta pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural da Câmara dos Deputados, iniciativa esta liderada pela bancada ruralista e em defesa do agronegócio do Congresso Nacional.

O então Deputado Federal Paulo Cezar Quartiero, filiado ao Democratas – DEM/RR¹⁸ requereu audiência pública para o dia 3 de junho de 2014 com o argumento de que a Convenção “fere as normas constitucionais pertinentes a direito econômico, tributário e diretamente a soberania nacional”. No sentido oposto, representantes do Ministério Público Federal (MPF), Ministério da Defesa e Ministério das Relações Exteriores (MRE) pronunciaram-se de forma contrária à revogação da Convenção nº. 169 da OIT.

O Subprocurador-Geral da República Luciano Mariz Maia (MPF), aventando o caso Saramaka vs. Suriname, lamentou que a audiência pública não consultou os principais interessados em discutir o tema, os povos indígenas e seus respectivos representantes. E afirmou que a Convenção nº. 169 está condizente com os parâmetros constitucionais brasileiros, em consonância com a democracia participativa e a ratificação do Estado Democrático e Social de Direito no Brasil.

Ainda mencionou o respeito que devemos ter pela efetivação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, que consolida normativos já em vigor, como a Convenção nº. 169, e o respectivo dever de não retroagir na conquista de direitos humanos e sociais por parte do exercício parlamentar.

¹⁶ Afrenta constitucional comprovada também por manifestações da Fundação Nacional do Índio – FUNAI e pelo Conselho Indigenista Missionário – CIMI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/notas/2336-nota-tecnica-da-funai-sobre-a-portaria-n-303-12-da-agu>> e <<http://seculodiario.com.br/15582/10/cimi-alerta-portaria-303-esta-em-vigor-desde-o-dia-5-de-fevereiro-1>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁷ “Art. 39.1. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la após a expiração de um período de dez anos contados da entrada em vigor mediante ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia só surtirá efeito um ano após o registro.”

¹⁸ Paulo Cezar Quartiero, atualmente Vice-Governador do Estado de Roraima e liderança dos ruralistas, é acusado de cometer vários crimes como o de ordenar tiroteios contra o povo indígena Makuxi no caso da demarcação de terras Raposa Serra do Sol e também de responder a várias ações penais relacionadas a sequestro, cárcere privado, roubo, dano, homicídio qualificado, dentre outras; é considerado o “campeão em processos no STF”. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/campeao-em-processos-no-stf-sera-vice-governador/>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

Já o representante do Ministério da Defesa, Coronel Rodrigo Martins Prates, explanou que a Convenção nº. 169 está alinhada com a defesa da soberania nacional, atuando conjuntamente com a participação dos povos indígenas, consolidando o ideal democrático de participação e autonomia, juntamente às forças de defesa: Marinha, Exército e Aeronáutica.

E, por fim, o representante do Departamento de Direitos Humanos e Temas Sociais do MRE, Alexandre Peña Ghisleni, afirmou que a Convenção nº. 169 da OIT é referência mundialmente reconhecida, tendo influenciado a construção da Declaração dos Povos Indígenas pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), no ano de 2007, além de estar em consonância com a Lei Federal nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, mais conhecida como Estatuto do Índio¹⁹, e, obviamente, com a Constituição Federal de 1988.

Com todos esses argumentos pró-Convenção, o Governo brasileiro à época, presidido pela ex-presidenta Dilma Rousseff, não denunciou à Organização das Nações Unidas (ONU) e à Organização Internacional do Trabalho (OIT) a Convenção nº. 169 sobre povos indígenas e tribais, adotada em Genebra em 27 de junho de 1989. Foi, portanto, uma importante vitória dos povos indígenas e tribais no Brasil; fato que, na conjuntura hodierna, marcada por vários retrocessos sociais, não saberíamos afirmar se teria o mesmo desfecho.

3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Na audiência pública em que se discutiu a tentativa de revogação da Convenção nº. 169 da OIT no Brasil, o representante do Ministério Público Federal mencionou o Princípio da Proibição do Retrocesso Social como salvaguarda da Convenção e, conseqüentemente, garantia de proteção aos povos indígenas e tribais. Mas o que definiria propriamente este Princípio?

A sistematização inicial do Princípio da Proibição do Retrocesso Social deu-se no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, em seu artigo 2.1:²⁰

‘Cada um dos Estados Signatários do presente Pacto se compromete

¹⁹ BRASIL. Lei nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

²⁰ PIDESC. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.**

a adotar medidas, tanto isoladamente quanto mediante a assistência e a cooperação internacional, especialmente econômicas e técnicas, até o máximo dos recursos de que disponha, para **progressivamente** obter, por todos os meios apropriados, inclusive a adoção de medidas legislativas em particular, a plena efetividade dos direitos aqui reconhecidos' (**grifo nosso**).

O Princípio em análise tem teleologicamente a função de garantir o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais e, mais que isso, a permanente obrigação constitucional de desenvolver essa concretização, não permitindo, de forma alguma, que se retroceda a um quadro sociojurídico já esgotado, distante do ideal proposto pela Carta Magna. É, portanto, uma teleologia dialética, pois ao mesmo tempo que é garantista (negativa), também é avançada (positiva).

Assim, Felipe Derbli²¹ observa que tal princípio constitucional emana uma qualidade retrospectiva, já que exerce uma tarefa de conservação de um estado de coisas já consolidado, tanto na prática como no inconsciente coletivo dos cidadãos. É preciso, portanto, para a aplicação do referido princípio o respeito ao consenso básico, ou seja, a garantia de que o núcleo central do direito fundamental social continuará vigendo sobre a realidade dos cidadãos, propiciando para estes uma sensação de segurança, no caso específico, segurança e proteção aos povos indígenas.

Já Pablo Miozzo²² aponta uma proposta mais progressista ao defender que o Princípio da Proibição do Retrocesso Social se encontra elencado na Constituição de 1988, em seu artigo 3º, inciso II, que diz: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...) II - garantir o desenvolvimento nacional”.

Em nossa singular análise, compreende-se como desenvolvimento nacional o respeito à cultura e à tradição, assim como aos direitos e garantias dos povos e comunidades indígenas no Brasil, resguardando, dessa forma, a Convenção nº. 169 da OIT.

O jurista Pablo Miozzo²³ sustenta que existe um mandamento constitucional dirigido ao Estado determinando um dever de progresso, ou seja, um dever de não ocasionar um retrocesso, portanto, o princípio da proibição do retrocesso social possui previsão constitucional específica e explícita.

²¹ DERBLI, F. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**, 2007.

²² MIOZZO, P. C. **A Dupla Face do Princípio da Proibição do Retrocesso Social e os Direitos Fundamentais no Brasil: uma Análise Hermenêutica**, 2010.

²³ MIOZZO, P. C. *Op. Cit.*

A discussão em torno desse assunto vem conquistando espaço na doutrina, nos encontros jurídicos e na jurisprudência de tribunais superiores brasileiros ainda que de forma tímida, porém, constante. Um exemplo é o Supremo Tribunal Federal (STF), que, apesar de não ter sistematizado tal conceito, tem discutido com base nos votos de ex-ministros e de ministros titulares como Sepúlveda Pertence e Celso de Melo, respectivamente.

Observa-se trecho da transcrição do voto do ex-ministro Sepúlveda Pertence, resgatado pela obra de Derbli, na ADIn 2065 – DF,²⁴ em que pela primeira vez no STF interpretava-se com base no princípio da proibição do retrocesso social:

[...] Certo, quando, já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subseqüentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa de preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; **mas não pode retroceder – sem violar a Constituição** – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência de complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de norma constitucional.²⁵²⁶

²⁴ Esta ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT), com o escopo de impugnar o art. 17 da Medida Provisória 1911-10/99 que revogava os artigos 6º e 7º da Lei 8212/91 e os artigos 7º e 8º da Lei 8213/91, extinguindo, desta forma, o Conselho Nacional de Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social.

²⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

²⁶ DERBLI, F. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988** 2007, p.188.

Já em voto mais explícito e direto em relação ao princípio em análise, o ministro Celso de Melo, no julgamento da ADIn 3105 - DF,²⁷ que recolhemos também da obra de Derbli,²⁸ ratifica o seguinte entendimento:

Refiro-me, neste passo, **ao princípio da proibição do retrocesso**, que, em tema de direitos fundamentais, de caráter social, e uma vez alcançado determinado nível de concretização de tais prerrogativas (como estas reconhecidas e asseguradas, antes do advento da EC nº 41/2003, aos inativos e aos pensionistas), impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.²⁹

Portanto, analisando com base no Princípio da Proibição do Retrocesso Social, o Estado brasileiro deve aplicar a Convenção nº. 169 da OIT em toda sua integralidade, em defesa dos povos e comunidades indígenas e tribais no Brasil, negando, dessa maneira, qualquer possibilidade de retrocesso juspolítico em relação à proteção social, econômica e cultural dos povos abrangidos pela Convenção destacada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº. 5.051, de 2004, deve ser cumprida em toda sua integridade pelas autoridades competentes a fim de garantir segurança jurídica para os povos indígenas e tribais.

Vimos que há iniciativas por parte da institucionalidade de viés nitidamente conservador que podem ser consideradas obstáculos juspolíticos à implementação da Convenção em nosso país. No contexto da conjuntura atual, em que há uma coleção de retrocessos sociais em todas as searas relativas a direitos humanos, necessita-se utilizar instrumentos constitucionais que possam contrapor retrocessos e tentar apontar para uma solução progressista, tal qual o Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

²⁷ A referida ação direta de inconstitucionalidade foi movida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) com vistas à declaração de inconstitucionalidade do artigo 4º, *caput*, e respectivo parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 41/2003, que instituiu a contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e pensionistas.

²⁸ DERBLI, **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**, 2007, p.190 e 191

²⁹ Disponível em: <www.stf.jus.br>.

A questão dos direitos humanos relativos especificamente à população indígena e tribal passa a se configurar, hodiernamente, em uma questão estratégica para a ratificação do Estado Social e Democrático de Direito no Brasil, dessa forma, urge fomentar a democracia participativa e autônoma desses povos não somente na discussão em que estão diretamente envolvidos, mas na essência da questão democrática nacional.

REFERÊNCIAS

BALDI, C. A.; RIBEIRO, L. M. C. de. **A Proposta de Revogação da Convenção 169 da OIT pelo Brasil e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social**. Fragmentos de Cultura, Goiânia, V.25, n.2, abr/jun. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2016.

_____. Comissão debate revogação de Convenção da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/AGROPECUARIA/469394-COMISSAO-DEBATE-REVOGACAO-DE-CONVENCAO-DA-OIT-SOBRE-POVOS-INDIGENAS-E-TRIBAIS.html>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

_____. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm> Acesso em: 19 fev. 2017.

_____. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm> Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012, da Advocacia Geral da União – AGU. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/596939>> Acesso em: 19 fev. 017.

CASTILHO, E. W. V. de; COSTA, P. B. F. M. da. O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a.46, n.183, jul/set 2009.

COURTIS, C. **Anotações sobre a Aplicação da Convenção 169 da OIT sobre Povos**

Indígenas por Tribunais da América Latina. Sur Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Vol.6, n.10, 2009 pp. 52-81. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000100004> Acesso em: 19 fev. 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DPU ajuíza ação para impedir licença de instalação de mineradora no Xingu. **Assessoria de Comunicação Social da Defensoria Pública da União.** Brasília, 1º de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/noticias-para/35378-dpu-propoe-acao-para-impedir-licenca-de-instalacao-de-mineradora-no-xingu>> Acesso em: 18 mar. 2017.

DERBLI, F. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MIOZZO, P. C. **A Dupla Face do Princípio da Proibição do Retrocesso Social e os Direitos Fundamentais no Brasil:** uma Análise Hermenêutica. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

PIDESC. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 19 fev. 2017.

ROTHER, E. T. Revisão Sistemática x Revisão Narrativa. **Acta Paulista de Enfermagem.** São Paulo, Vol. 20, n.2., 2007, Editorial. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002007000200001>. Acesso em: 19 fevereiro 2017.

FAJARDO, R. Y. Aos 20 anos do Convênio da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. In: **Povos indígenas:** constituições e reformas políticas na América Latina, Brasília, Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

_____. Horizonte Del Constitucionalismo Pluralista: Del Multiculturalismo a La Descolonización. In: **El Derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico Del siglo XXI.** 1.ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011.

A OPINIÃO CONSULTIVA N.º. 24/2017 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: A IDENTIDADE DE GÊNERO COMO NÚCLEO COMPONENTE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS ADVISORY DECISION N.24 / 2017: THE IDENTITY OF GENDER AS A CORE COMPONENT OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Gabriel Saad Travassos

*Defensor Público Federal
Especialista em Direito Penal e Criminologia
pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal
Chefe da Defensoria Pública da União em Cáceres, Mato Grosso*

gabriel.travassos@dpu.def.br

RESUMO

O artigo busca entender e singularizar o conceito de identidade de gênero. Em meio à confusão de conceitos, o preconceito se difunde com base em dogmas sociais e morais. Como forma de enfrentamento, a educação em direitos e a intervenção do campo jurídico no reconhecimento do direito à identidade de gênero como substrato integrante da dignidade da pessoa humana representam caminhos necessários a uma democracia que respeite o direito das minorias. A partir do paradigma da Corte Interamericana de Direitos Humanos, veiculado na Opinião Consultiva n.º. 24/2017, o Supremo Tribunal Federal se coloca diante de mais uma decisão elementar para assegurar que o processo de autoidentificação se desenvolva livre de ingerências judiciais que estipulem condições cirúrgicas ou outros requisitos que violam as liberdades consagradas na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Identidade de Gênero. Direito ao nome. Direitos Humanos. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The article seeks to understand and single out the concept of gender identity. Amidst the confusion of concepts, prejudice is diffused on the basis of social and moral dogmas. As a form of confrontation, rights education and the intervention of the legal field in the recognition of the right to gender identity as a substrate integral to the dignity of the human person are necessary ways for a democracy that respects the right of minorities. Based on the paradigm of the Inter-American Court of Human Rights, published in Opinion Consultative n. 24/2017, the Federal Supreme Court places itself before another elementary decision to ensure that the process of self-identification develops free of judicial interference that stipulate surgical conditions or other requirements that violate the freedoms enshrined in the Federal Constitution and international treaties of humans rights.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights. Gender Identity. Right to name. Human rights. Dignity of human person.

Data de submissão: 06/03/2018

Data de aceitação: 20/06/2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. O CONCEITO DE IDENTIDADE DE GÊNERO. O CAUDALOSO RIO DAS DEFINIÇÕES INDEFINIDAS 2. A IDENTIDADE DE GÊNERO COMO ELEMENTO CONFORMADOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 3. O PARADIGMA DA OPINIÃO CONSULTIVA Nº. 24/2017, O RECONHECIMENTO INTERNACIONAL E O DIÁLOGO DE CORTES COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A compreensão da identidade de gênero como um direito existencial percorre a compreensão do seu conceito, a evolução protetiva internacional, a sua inserção dentro do rol ampliativo de direitos humanos e a abordagem das cortes internacionais de direitos humanos sobre a matéria, em conjunto com os precedentes do Supremo Tribunal Federal.

A realidade de diversos países ainda aponta para uma discriminação estrutural em razão das escolhas sexuais e de gênero. No Informe sobre a violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexuais, publicado em 2015, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apontou pelo menos 11 países do continente que mantêm leis criminalizadoras da escolha individual correspondente ao sexo ou ao gênero.¹

Antígua e Barbuda, Barbados, Belize, Dominica, Granada, Guiana, Jamaica, São Cristóvão e Neves, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Trinidad e Tobago são exemplos de países americanos que criminalizam a conduta privada como “sodomia” ou delito “antinatural”.

Sem embargo de o Brasil não criminalizar tal direito, ainda vivemos em uma sociedade preconceituosa em sua gênese, em que se multiplicam os casos de violência homofóbica e desrespeito às identificações de gênero de cada um.

Porém, paulatinamente a educação em direitos abre as portas para uma nova compreensão sobre a garantia de **ser individual** independentemente de qualquer tipo de discriminação. Base importante para essa mudança é a assecuração de direitos promovida pelo Poder Judiciário em diversas matérias, como no Direito da Família (união entre pessoas do mesmo sexo) e no Direito Previdenciário (Pensão por morte ao companheiro supérstite), por exemplo.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário nº. 670.422/RS², cuja questão de fundo é a possibilidade de retificação do registro civil da pessoa natural independentemente da realização da cirurgia de transgenitalização.

¹ OAS/Ser.L/V/II.rev.2. Original: inglês. 12.11.2015.

² Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 670.422/RS. Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli.

Discute-se no ponto o conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual, isto é, qual é a irradiação do referido direito (v.g., dignidade da pessoa humana, intimidade, saúde, etc.) e quais são os limites externos - se é que existem - ao exercício desse direito (v.g., princípio da publicidade e da veracidade dos registros públicos).

O Recurso Extraordinário sob exame visa combater decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que sedimentou que os princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos “devem corresponder à realidade fenomênica do mundo”, de forma que seria necessária a realização de cirurgia de modificação do fenótipo feminino para o masculino como condição para a alteração do assentamento do sexo no registro civil.

Consta ainda do acórdão do Tribunal de Justiça gaúcho a possibilidade de se utilizar a denominação “transsexual” no registro civil do requerente, mesmo contra sua vontade, criando uma terceira categoria de gênero. Isso, sem dúvida, aperfeiçoa uma política discriminatória na medida em que se afasta por completo a possibilidade de o indivíduo ter reconhecida sua condição de gênero feminino ou masculino de acordo com sua identidade.

Desdobra-se nesse cenário um percuciente debate que envolve o choque entre direitos fundamentais, cuja resolução – nunca fácil – perpassa por uma análise transdisciplinar do tema.

A repercussão geral do caso já foi reconhecida por decisão da lavra do Ministro Dias Toffoli e, atualmente, os autos se encontram com vista ao gabinete do Ministro Marco Aurélio de Melo. Cabe ressaltar que cinco ministros, incluindo o relator, já votaram pelo provimento do Recurso Extraordinário, pela garantia do direito de alteração do assentamento civil independentemente da cirurgia de transgenitalização.

Paralelo a esse importante julgamento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu, em 24 de novembro de 2017, a Opinião Consultiva nº. 24/2017³, cujo campo de análise era justamente o direito à não discriminação, o direito ao nome e o direito à intimidade que circundam a alteração do registro civil independentemente de procedimentos cirúrgicos de alteração física do corpo humano.

Pois bem. Constatamos aí que o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 670.422/RS,

³ Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva n. 24/2017. Julgado em 24.11.2017.

para além da repercussão jurídica e social no âmbito do ordenamento nacional, também desperta a atenção da comunidade acadêmica para o **Diálogo de Cortes** que se estabelecerá com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja diretriz interpretativa já fora exposta na Opinião Consultiva nº. 24/2017.

Destaca-se, ainda, que a Defensoria Pública da União, além de participar como *amicus curiae* no Recurso Extraordinário nº. 670.422/RS, também teve participação ativa no decurso da Opinião Consultiva nº. 24/2017, comparecendo nas audiências públicas, apresentando memoriais e acompanhando o julgamento ocorrido em 24 de novembro de 2017.

Impossível deixar de citar aqui o papel da Defensora Pública Federal e Defensora Pública Interamericana **Isabel Penido de Campos Machado**, bem como do Defensor Público-Geral Federal **Carlos Eduardo Barbosa Paz**, que, em conjunto com demais colegas que atuam no Grupo de Trabalho da DPU **Identidade de Gênero e Cidadania LGBTI**, realizaram impecável trabalho de suplemento jurídico perante a Corte Suprema nacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse contexto, o presente artigo busca contribuir com o debate acadêmico da perspectiva da assunção e assimilação do gênero, livre de dogmas e preconceitos de ordem moral, religiosa ou social. A compreensão sobre o conceito de identidade de gênero, a sua distinção em relação à orientação sexual e a perspectiva internacional na matéria são pontos nodais do estudo que desembocam em uma posição de reconhecimento e respeito do indivíduo enquanto ser livre.

Desse modo, tanto a evolução interpretativa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como o avanço do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento dos direitos das minorias LGBTI são passos necessários à compreensão do fenômeno. Do mesmo modo, ausentes tratados internacionais específicos, a opinião de especialistas, veiculada, v.g., nos Princípios de Yogyakarta, é norte interpretativo fundamental na temática.

Entender o que é identidade de gênero, qual é a proteção jurídica conferida ao direito à autodeterminação do indivíduo e como essa proteção reflete a essência do núcleo duro da dignidade da pessoa humana são tarefas que nos propusemos com a breve síntese que doravante desenvolvemos.

1. O CONCEITO DE IDENTIDADE DE GÊNERO. O CAUDALOSO RIO DAS

DEFINIÇÕES INDEFINIDAS

O primeiro ponto de abordagem diz respeito ao conceito do objeto de estudo. Entender o que é a identidade de gênero é o primeiro passo para a análise jurídica do instituto, evitando-se a confusão comum que se faz entre a identidade de gênero e a orientação sexual, entre as opções sexuais e as características físico-biológicas do ser humano.

Em um universo de cisnormatividade, isto é, em uma sociedade acostumada a correlacionar a identidade de gênero à característica natural da genitália masculina ou feminina, a tarefa é um exercício contínuo de rompimento de paradigmas, sofismas e dogmas.

A variada gama de nomenclaturas utilizadas em cada país para a definição de indivíduos que não se autocolocam na banalidade dos padrões sociais traz uma variante de indefinições terminológicas que, ao revés de maximizar o *locus* jurídico desse grupo de indivíduos, produz um verdadeiro novelo de definições inadequadas ao caso concreto.

Não é o objetivo deste trabalho traçar todas as definições conhecidas e utilizadas em cada país – crê-se na verdade que essa é uma missão impossível – no entanto, de modo a ilustrar a variedade apontada no parágrafo anterior, na linha da OC nº. 24/2017 da Corte IDH, trazemos algumas definições importantes.

Em primeiro lugar, o **sexo** do indivíduo corresponde à característica fisiológica do homem e da mulher. Ele é conformado a partir da junção de características genéticas, hormonais e anatômicas, classificando as pessoas ao nascer de acordo com tais caracteres, não englobando então outras definições além do binômio homem-mulher.⁴

Por outro lado, o **gênero** refere-se às identidades, às funções e aos atributos sociais que diferenciam homens e mulheres no corpo social e cultural de acordo com os modos, a vestimenta e, em um sistema binário gênero-sexo, de acordo com características físicas.

Nesse passo, a identidade de gênero é uma construção individual correlacionada ao corpo social, mas que obedece a um movimento centrífugo, isto é, parte do indivíduo para a sociedade – e não ao contrário, pois nesse caso seria uma forma de opressão. Então, a identidade de gênero será a autoidentificação posta diante dos outros, cuja aceitação deve(ria) ocorrer sem qualquer tipo de intromissão na vida privada.

⁴ Corte IDH. *Idem*.

Seguindo o norte interpretativo fornecido pelos Princípios de Yogyakarta e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, podemos diferenciar a identidade de gênero da orientação sexual.

O objetivo dos Princípios de Yogyakarta, declaração formulada em 2006, na Indonésia, é a proteção e a garantia do direito à não discriminação das pessoas em razão de sua identidade de gênero e/ou orientação sexual.

A sobredita declaração de princípios, muito embora não tenha assumido a condição de tratado internacional em seus requisitos formais, apresentou-se como importante vetor interpretativo do reconhecimento dos direitos relacionados à orientação sexual e à identidade de gênero. Conforme ensina André de Carvalho Ramos:

Em 2006, especialistas em direitos humanos (em nome próprio, sem representarem os seus Estados de origem ou mesmo os órgãos internacionais nos quais trabalhavam), reunidos em Yogyakarta, na Indonésia, elaboraram os Princípios sobre a aplicação do direito internacional dos direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero (Princípios de Yogyakarta). A natureza jurídica dos ‘Princípios de Yogyakarta’ é não vinculante, compondo a *soft law* (direito em formação) que rege a matéria. Contudo, os ‘Princípios’ representam importante vetor de interpretação do direito à igualdade e combate à discriminação por orientação sexual.⁵

Em seu preâmbulo, os Princípios definem a identidade de gênero como a:

Experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos.

Noutro vértice, a orientação sexual é conceituada como a:

Capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

Denotem que identidade de gênero e orientação sexual são conceitos inconfundíveis, de

⁵ RAMOS, A. C. de. **Curso de Direitos Humanos**. 2017, p. 261.

modo que enquanto o primeiro tem uma faceta interna, ligada à relação do indivíduo com o seu corpo, a outra tem uma faceta externa, vinculada à atração emocional, afetiva ou sexual por outros indivíduos do mesmo ou de outros gêneros.

Nessa linha, Maíra Coraci Diniz discorre que:

Se compete à natureza definir o sexo, cabe ao meio social construir o gênero. O Gênero não é definido por elementos genéticos, mas sim por comportamentos e papéis sociais, sendo que o sexo não é o único dado nem o mais importante para se definir um comportamento social. [...] O sistema binário ‘masculino *versus* feminino’ já se mostrou incapaz de produzir respostas a todos os comportamentos sociais, e acaba por produzir estereótipos que reforçam um discurso de exclusão social daquele cidadão ou daquela cidadã que não aceita que sua identidade seja resumida a sua genitália. No mesmo sentido, não se pode confundir a identidade de gênero de uma pessoa com a sua orientação sexual. A orientação sexual se apresenta como desejo sexual e afeto pelo outro. Este desejo pode ser por pessoas do mesmo sexo, por pessoas de sexos opostos ou pelos dois.⁶

No bojo da Opinião Consultiva nº. 24/2017,⁷ a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) definiu a identidade de gênero como a vivência interna e individual do gênero como cada pessoa a sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo assinalado no momento do nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo (que pode envolver – ou não – a modificação da aparência ou da função corporal através de meios médicos, cirúrgicos ou de outra índole, sempre que a mesma seja livremente escolhida) e outras expressões de gênero, incluindo a vestimenta, o modo de falar e os maneirismos.⁸

Nesse sentido, a identidade de gênero é um conceito amplo que cria espaço para a autoidentificação, e que faz referência à vivência que uma pessoa tem de seu próprio gênero. Assim, ela possui uma multiplicidade de formas, podendo algumas pessoas se identificarem como homens ou mulheres, ou como nenhum dos dois.

⁶ DINIZ, M. C. **Direito à não discriminação:** travestilidade e transexualidade. 2014, pp. 13-16,

⁷ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2018.

⁸ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra Pessoas Lésbicas, Gay, Bissexuais, Trans e Intersex na América. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de novembro de 2015, pág. 16, e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatoria de Direitos LGTBI. Conceitos Básicos. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>>. Acesso em: 3 mar. 2018.

Por seu turno, a orientação sexual, no entendimento da Corte IDH consubstancia a atração emocional, afetiva e sexual por pessoas de gênero diferente ou do mesmo gênero, ou de mais de um gênero, assim como as relações íntimas e/ou sexuais com essas pessoas.

Feita essa distinção, tem-se que a pessoa cisgênero é aquela cuja identidade de gênero corresponde ao sexo verificado quando do nascimento. Nesse caso, independentemente da orientação sexual, v.g., o indivíduo que nasce com as características masculinas se identifica pertencente ao gênero masculino.

Por outro lado, a pessoa transgênero ou transexual concebe a si mesma como pertencente ao gênero oposto àquele assinalado por sua característica física-biológica e imposto pelos padrões sociais e culturais. Nesse caso, ela pode optar por uma intervenção médica e/ou hormonal para adequar sua aparência física-biológica à sua realidade psíquica, social e espiritual.

A pergunta que se coloca é se a cirurgia de transgenitalização seria imprescindível para que essa pessoa fosse reconhecida pela sociedade como integrante do gênero ao qual a mesma assimila para si. Seria, por exemplo, necessária uma intervenção corporal para que uma pessoa que, nascida com características físicas masculinas, fosse reconhecida socialmente e nos registros públicos como componente do gênero feminino?

Compreendido o significado e a celeuma, resta saber se a identidade de gênero pode ser considerada um direito humano fundamental, bem como se, nesse caso, ela integra o núcleo existencial da dignidade da pessoa humana.

Muitos outros conceitos são estudados no âmbito da diversidade sexual e de gênero, como as categorias de *gays*, **lésbicas**, **transexuais**, **inter-sexuais**, etc., no entanto, considerando os limites do presente trabalho, a distinção basilar foi realizada entre identidade de gênero e orientação sexual.

2. A IDENTIDADE DE GÊNERO COMO ELEMENTO CONFORMADOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Brasileira (artigo 1º, III, Constituição Federal). Ela é a pedra angular dos direitos humanos, pois densifica o valor finalístico que cada pessoa tem com base exclusivamente em sua condição de ser humano.

O homem como um fim em si mesmo, na perspectiva kantiana⁹, torna-se elemento central do ordenamento jurídico internacional, refletindo no âmbito jurisdicional de cada Estado.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰, de 1948, apregoa que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade (artigo 1º).

Por seu turno, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹¹ (1966) mobilizou os Estados Partes a se comprometerem a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição (artigo 2.1).

O simples conceito de “pessoa” é suficiente para o reconhecimento de uma posição jurídica ativa diante do Estado, cujas obrigações decorrem tanto de um *non facere* – não interferência na esfera da vida privada – como de um *facere* – garantia dos direitos mínimos de oportunidade e sobrevivência.

Nesse sentido, o artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos apregoa que os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos sem nenhum tipo de discriminação.

Em seguida, em uma aparentemente singela – mas substancial – definição explica que “para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana não conhece fronteiras de origem social, racial, nacional, religiosa e sexual. Nas palavras de Flávia Piovesan:

⁹ KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. 2007, pp. 67-68.

¹⁰ Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2018.

¹¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>.

[...] seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.¹²

O superprincípio, pois, é norte interpretativo e base manancial dos demais direitos previstos na ordem constitucional. Cabem aqui as lições de Nobres Júnior ao aduzir que:

[...] o Constituinte de 1988 plasmou, à guisa de fundamento da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, retratando o reconhecimento de que o indivíduo há de constituir o objetivo primacial da ordem jurídica. Dito fundamental, o princípio - cuja função de diretriz hermenêutica lhe é irrecusável - traduz a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou ainda a privá-lo dos meios necessários à sua manutenção.¹³

A Constituição Federal assegura que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, não sendo ninguém obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Também constituem garantias fundamentais a liberdade de pensamento, de consciência e crença, de opinião política e de expressão artística, científica e intelectual.

O artigo 5º, §2º da Constituição da República Federativa do Brasil prevê a cláusula de expansividade dos direitos humanos, ao definir que os direitos e garantias do corpo constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

A Convenção Americana de Direitos, internalizada a partir do Decreto nº. 678/93, inicia-se com a obrigação dos Estados Partes de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos sem nenhum tipo de discriminação (artigo 1.1). Dentre as liberdades consagradas, destaca-se o direito à integridade física, psíquica

¹² PIOVESAN, F. **Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição Brasileira de 1988**. In: Doutrinas Essenciais – Direitos Humanos.

¹³ NOBRES JÚNIOR, E. P. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. In: Doutrinas Essenciais – Direitos Humanos.

e moral (artigo 5.1) e a proteção da honra e da dignidade, salvaguardando a todos de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada (artigo 11.2).

As liberdades de crença e pensamento são garantidas nos artigos 12 e 13, respectivamente. Por seu turno, o direito ao nome é protegido pela cláusula 18, que assegura que **toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.**

Finalmente, novamente com a perspectiva de não discriminação, a Convenção Americana assegura a todas as pessoas a igualdade perante a lei, sem qualquer tipo de distinção odiosa. Pois bem, nesse contexto, a identidade de gênero, como expressão da autonomia individual, comporia a dignidade da pessoa humana, devendo por isso tal direito estar protegido pelo Estado de ingerências arbitrárias?

Em relação ao direito à identidade de gênero, André de Carvalho Ramos aponta que:

(...) apesar de também não expresso na Constituição de 1988, esse direito é extraído da previsão do artigo 5º, §2º (os direitos expressos não excluem outros **decorrentes** do regime, dos princípios e dos tratados de direitos humanos), bem como do princípio da dignidade humana (artigo 1º, III) e da proibição de toda forma de discriminação (objetivo fundamental da República – artigo 3º, IV – ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (...) Para o ministro Celso de Mello, há um **direito constitucional implícito** à ‘busca da felicidade’, que decorre da dignidade da pessoa humana, devendo ser eliminados os entraves odiosos à sua consecução. Por isso, no campo da orientação sexual, a união homoafetiva é tida como equiparada à entidade familiar, devendo ser adotadas, a favor de parceiros homossexuais, as mesmas regras incidentes sobre as uniões heterossexuais, em especial no **Direito Previdenciário** e no campo das **relações sociais e familiares** (RE 477.554 – AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-2011, 2ª T., DJE de 26-8-2011). Esse **direito à homoafetividade** não pode gerar prejuízos ao seu titular.¹⁴

Calha lembrar que, em 6 de junho de 2013, o Estado Brasileiro assinou a **Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância**¹⁵, que em seu artigo 7º prevê que:

¹⁴ RAMOS, A. C. de. **Curso de Direitos Humanos**, 2017, pp. 850-851.

¹⁵ Tratado ainda não ratificado.

Os Estados Partes comprometem-se a adotar legislação que defina e proíba a discriminação e a intolerância, aplicável a todas as autoridades públicas, bem como a todas as pessoas físicas ou pessoas jurídicas, tanto no setor público quanto no privado, especialmente nas áreas de emprego, participação em organizações profissionais, educação, treinamento, habitação, saúde, proteção social, exercício de atividade econômica, acesso a serviços públicos, entre outros; e revogar ou modificar qualquer legislação que constitua ou que dê origem a discriminação e intolerância. (tradução livre)

No mesmo passo, é importante mencionar os Princípios de Yogyakarta, que consagram o princípio de proteção contra abusos médicos (princípio 18), segundo o qual:

Nenhuma pessoa deve ser forçada a submeter-se a qualquer forma de tratamento, procedimento ou teste, físico ou psicológico, ou ser confinada em instalações médicas com base na sua orientação sexual ou identidade de gênero. A despeito de quaisquer classificações contrárias, a orientação sexual e identidade de gênero de uma pessoa não são, em si próprias, doenças médicas a serem tratadas, curadas ou eliminadas.

A Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, por meio da Resolução nº. 2435 (XXXVIII-O/08), aprovada na sessão plenária de 3 de junho de 2008, adotou a Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero que, seguida das Resoluções nº. AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) e AG/RES. 2600 (XL-O/10), conclama os Estados para que:

Tomem todas as medidas necessárias para garantir que os actos de violência ou outras violações dos direitos humanos não sejam cometidos contra pessoas devido à sua orientação sexual e identidade de gênero e garantir o acesso igual à justiça para as vítimas.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, por meio do Informe “Discriminação e Violência contra as pessoas por motivos de orientação sexual e identidade de gênero” (A/HRC/29/23)¹⁶, de 4 de maio de 2015, asseverou que:

Os mecanismos das Nações Unidas instaram aos Estados que reconheçam legalmente o sexo preferido das pessoas transgêneros, sem requisitos abusivos, como esterilização, tratamento médico forçado ou divórcio. Estes mecanismos instaram os Estados a desenvolver campa-

¹⁶ Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Documents/A_29_23_sp.doc>. Acesso em: 8 mar. 2018.

nhas de educação e a capacitar funcionários públicos para combater a estigmatização e as atitudes discriminatórias, proporcionar às vítimas de discriminação vias de recurso eficazes e adequadas e exigir responsabilidades administrativas, civis ou criminais dos autores, conforme apropriado. Os Estados também devem proporcionar reconhecimento legal e proteção aos casais do mesmo sexo e proteger os direitos de seus filhos, sem discriminação. (trad. livre)

Na linha desse arcabouço de normas e opiniões de órgãos internacionais especializados, pode-se dizer que a identidade de gênero constitui um direito intangível do indivíduo.

Se bem é verdade que devem ser eliminados os entraves odiosos à consecução da dignidade da pessoa humana, livre de preconceitos em relação a qualquer outra forma de discriminação, não se sustenta a manutenção de regras registrares que afastam o ser humano em sua essência da identidade social que lhe fora atribuída em razão do gênero naturalístico empiricamente observável.

Reduzir o espectro da análise do gênero a partir exclusivamente de características físicas é inconstitucional e violador da liberdade de identificação com o seu corpo, direito inalienável inerente às liberdades fundamentais.

Considerando que a identidade de gênero é uma relação centrífuga que parte do indivíduo para a sociedade, em um Estado Democrático, não há qualquer razão de ordem jurídica que permita uma inversão dos polos dessa relação para permitir que a sociedade – e o padrão social nela arraigado – imponha a identificação de gênero do ser humano.

Admitir tal hipótese é sacrificar o princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que a liberdade individual cede lugar a padrões morais externos que não dispõem do pressuposto básico para a identificação de gênero, já que esta se consubstancia no sentimento individual, na percepção do indivíduo consigo mesmo e na sua realização eudemonista.

Sem dúvidas, acreditamos que seria salutar um Diálogo de Cortes de modo a perfectibilizar um posicionamento uniforme em favor dos seres humanos que se identificam com o gênero oposto em relação às suas características físicas e biológicas.

3. O PARADIGMA DA OPINIÃO CONSULTIVA Nº. 24/2017, O RECONHECIMENTO INTERNACIONAL E O DIÁLOGO DE CORTES COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como tratamos na introdução, no bojo do Recurso Extraordinário nº. 670.422/RS, constata-se a inclinação da Corte Suprema a acompanhar os precedentes internacionais e, em um compasso dialógico, reconhecer a autonomia individual como vértice da dignidade humana.

Tenciona prevalecer no caso um diálogo entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência internacional, convergindo a orientação protetiva à luz do princípio *pro homine*, que significa, em poucas linhas, adotar-se sempre a interpretação que mais favoreça à proteção do ser humano. Essa necessidade de diálogo interinstitucional é abordada por Flávia Piovesan nos seguintes termos:

Emergencial é fortalecer a responsabilidade do Poder Judiciário na implementação dos parâmetros protetivos de direitos humanos. Como enfatiza a Corte Interamericana: “Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (...) o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle da convencionalidade das leis’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.”¹⁷

Desse modo, importante norte para a formação conclusiva da jurisprudência no Recurso Extraordinário acerca da alteração do nome registral em razão da identidade de gênero é a Opinião Consultiva nº. 24/2016, proposta pelo Estado da Costa Rica.

Referida consulta mobilizou organizações da sociedade civil, instituições de defesa dos direitos humanos e os próprios países membros da Convenção Americana de Direitos Humanos sobre o tema dos direitos da população LGBTI, em especial, em relação aos direitos ao nome e aos direitos patrimoniais decorrentes da constituição de uma unidade familiar.

¹⁷ PIOVESAN, F. Força integradora e catalizadora do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional. In: **Doutrinas Essenciais Direitos Humanos**.

Na solicitação de Opinião Consultiva, a Costa Rica questiona se a proteção explicitada nos artigos 11.2, 18 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos engloba o direito à alteração do nome da pessoa de acordo com a identidade de gênero. Indaga também sobre a (in)convencionalidade da lei civilista costarriquenha que obriga a pessoa que pretende alterar seu nome por motivos de identidade de gênero a ingressar com uma ação judicial para tal intento.

O artigo 11.2 do Pacto de São José da Costa Rica prevê que «**ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.**»

Por seu turno, o artigo 18 prevê o direito ao nome, declarando que “**toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.**”

Já o artigo 24 da Convenção Americana assegura que “**todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.**”

Desse modo, seria a obrigação de intervenção cirúrgica para a mudança de nome uma ingerência arbitrária na vida da pessoa transgênero? A obrigação de recurso a um processo judicial, ao invés de simples processo administrativo, seria discriminatória em relação à pessoa que pretende alterar seu nome em razão da identidade de gênero?

Emitida em 24 de novembro de 2017, a Opinião Consultiva nº. 24/2017 rechaçou qualquer entrave judicial ou intervenção corporal médica como pressuposto para a alteração do nome e o reconhecimento do direito à identidade de gênero.

Uma sentença judicial não constitui o gênero de uma pessoa, tampouco tem um juiz o poder de impedir a autoidentificação com base em “observações fenomênicas do mundo” ou “princípio da veracidade”, até porque essas expressões já carregam em si uma carga de discriminação e um conceito obtuso sobre o que seria identidade de gênero, confundindo-a com a genitália masculina ou feminina do momento do nascimento.

Na Opinião Consultiva, a Corte Interamericana reafirmou que a mudança do nome e imagem registrais de acordo com a identidade de gênero autopercebida é um direito

protegido no artigo 18 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) – direito ao nome.¹⁸

Tal condição também se encontra sob o manto protetivo do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3º, CADH); do direito à liberdade (artigo 7.1) e do direito à vida privada. A facilitação, portanto, constitui o cumprimento da obrigação de respeitar e garantir os direitos sem discriminação (artigo 1.1 e artigo 24) e da obrigação de adotar disposições de direito interno compatíveis com a Convenção Americana (artigo 2º).

A Corte Interamericana decidiu que os Estados devem garantir que as pessoas interessadas na retificação da anotação de gênero podem recorrer a um procedimento ou trâmite enfocado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida e baseado exclusivamente no consentimento livre informado do solicitante, sem que se exijam requisitos como certidões médicas e/ou psicológicas.

Além disso, os juízes internacionais recomendaram que o procedimento seja **confidencial**, não devendo prevalecer qualquer anotação referente à alteração de gênero no documento pessoal do solicitante. Na medida do possível, ainda, o procedimento deve ser gratuito.

Sobre a última recomendação, por certo, a Defensoria Pública tem papel decisivo na medida em que a hipossuficiência econômica do requerente não pode ser obstáculo do reconhecimento ao direito à identidade de gênero.

A Corte Interamericana consignou expressamente que **não deve ser requerida qualquer tipo de operação cirúrgica ou hormonal** para o reconhecimento do direito à mudança do nome registral. Esse paradigma, como visto, encontra-se sob o jugo do Supremo Tribunal Federal no âmbito interno.

Certamente a decisão da Corte Interamericana consubstanciou fundamental norte interpretativo das normas de direitos humanos aplicáveis ao caso, destacadamente o direito ao nome, à autonomia privada, à intimidade, à integridade física e à liberdade individual.

Por fim, o tribunal internacional também destacou que o procedimento mais adequado à alteração dos registros é aquele **materialmente administrativo ou notarial**. Isso não significa que um juiz esteja impedido de analisar um caso de modificação registral,

¹⁸ Corte IDH. *Idem*.

mas sim que esse procedimento será materialmente administrativo, isto é, não cabe à autoridade judicial verificar qualquer condição, exceto a vontade livre, para a readequação dos registros à identidade social do requerente.

O papel do Estado nesses casos consiste em um mero exercício de reconhecimento da autoidentificação em relação ao gênero. A sentença judicial – ou o procedimento administrativo que culmina com a alteração registral –, de forma alguma constitui o gênero, mas sim reconhece uma situação de autonomia individual que outrora estava em descompasso com os arquivos públicos no que toca aquela pessoa.

Sob nenhuma hipótese, sedimentou a Corte, a modificação registral pode se transformar em uma espécie de escrutínio público de validação externa da identificação de gênero da pessoa do requerente.

O paradigma internacional, acreditamos, terá importante efeito sobre o Supremo Tribunal na resolução do Recurso Extraordinário, vez que a Corte Interamericana, como intérprete máxima dos direitos humanos nos tratados interamericanos, fixou posição em favor da liberdade individual, da autonomia privada e do direito ao nome em conformidade com o gênero como atributo da dignidade humana.

Apesar de sempre polêmico, o debate sobre os direitos civis da população LGBTI não é novo no STF. Frise-se que por diversas ocasiões o tribunal agiu como um guardião do tratamento igualitário independentemente da orientação sexual.

Nos autos da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132**, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu como família a união estável formada por pessoas do mesmo sexo, o voto condutor do Ministro Ayres Britto, dentre outros fundamentos, referiu-se expressamente aos Princípios de Yogyakarta, destacadamente ao Princípio nº. 24, correspondente ao direito de constituir família.

Nos autos do Recurso Extraordinário nº. 477.554/MG, o Ministro Celso de Mello referiu expressamente aos citados Princípios, deferindo o benefício previdenciário de pensão por morte em razão da união estável estabelecida entre pessoas do mesmo sexo.

No âmbito do Conselho Nacional de Justiça, a Resolução nº. 175 proíbe que os cartórios de Registro Civil recusem a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixem de converter em casamento a união estável homoafetiva.

No bojo do Recurso Extraordinário, o Defensor Público-Geral Federal se manifestou como *amicus curiae* no RE 670.422/RS, asseverando que:

O STF precisa pacificar a questão para que sofrimentos pessoais não evoluam para coisas mais graves – e lembrou mais de 600 pessoas trans assassinadas, o que faz do Brasil um dos países que mais matam por motivos transfóbicos. Para o chefe da DPU, **a exigência da cirurgia como condição jurídica para a alteração do registro é inconstitucional** e impõe a assimilação a um padrão dominante como preço a ser pago pela pessoa trans para /receber respeito mútuo, ‘quando isto deveria decorrer de sua simples condição de pessoa humana¹⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desenvolvemos neste artigo o caminho epistemológico de definição da identidade de gênero, apontando suas diferenças com relação a outros conceitos como o **sexo** da pessoa e a orientação sexual. Nessa análise, a *opinio juris* teve destacado papel, sobretudo a partir de uma perspectiva internacional de proteção à pessoa humana livre de qualquer tipo de discriminação.

Os Princípios de Yogyakarta, a posição firmada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e a manifestação doutrinária foram elementos externos utilizados na formação da tese que rompe com o universo da heteronormatividade para apresentar a identidade de gênero como uma realização individual de autopercepção comportamental cuja liberdade é pressuposto indisponível.

Absolutamente distinta da orientação sexual ou mesmo do sexo atribuído no nascimento, a identidade de gênero corresponde à expressão de uma livre escolha construída a partir do sentimento endógeno sobre o próprio corpo e sua relação com a sociedade, e não o inverso. Não deve ser tratada, pois, como um padrão social imposto ao indivíduo, mas, ao revés, uma escolha individual que deve ser respeitada pelo corpo social.

Em seguida, na análise da identidade de gênero como elemento conformador do núcleo de dignidade existencial, a condição de pessoa impõe um dever de abstenção do ente estatal com relação a qualquer tipo de tratamento discriminatório.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341295>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

Além de não invadir a esfera íntima do ser humano, o Estado possui a obrigação de proteger a livre expressão de seu gênero por meio de proteção normativa e, com base no princípio da isonomia, rompendo obstáculos legais que configurem tratamento discriminatório em relação à pessoa transgênero.

Compreendida a identidade de gênero como elemento componente da dignidade da pessoa humana, a sua qualificação como direito indisponível é premissa teórica que antecipa a interpretação de casos concretos que denotem objeção ao livre desenvolvimento do direito ao nome, à intimidade e à autonomia privada.

O artigo 5º, §2º da Constituição Federal traduz cláusula aberta de reconhecimento dos direitos humanos de forma que, em conjunto com a Convenção Americana de Direitos Humanos, protege a identidade de gênero como expressão autônoma do indivíduo e componente de sua dignidade.

Nesse contexto, a exigência de cirurgia de transgenitalização ou qualquer outro tipo de tratamento médico ou hormonal para a alteração do registro civil configura violação à integridade física e psíquica do indivíduo (artigo 5.1, CADH), além de importar em tratamento discriminatório (artigo 1.1, CADH). A “realidade fenomênica do mundo” é um conceito obtuso que, conforme demonstrado, distorce a compreensão do gênero como um elemento singular absolutamente distinto do sexo atribuído quando do nascimento.

A exigência de um tipo de identidade específico para a pessoa transgênero ou a anotação em seu registro civil dessa condição é tratamento também discriminatório que confronta a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.

Paralelamente, exigir a interferência médica no corpo do requerente é posição dotada de um conteúdo moral incompatível com a laicidade do Estado brasileiro. Além disso, entra em rota de colisão com os Princípios de Yogyakarta, com o entendimento da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) exposto nas Resoluções nº. 2435, 2504 e 2600, e com a manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos exarada na Opinião Consultiva nº. 24/2017.

Se é verdade que o **direito à identidade de gênero** não pode gerar prejuízos ao seu titular, parece-nos descabido que o Estado exija do indivíduo a realização de um procedimento caro, invasivo, que põe em risco sua integridade física, não disponibilizado suficientemente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), tão somente para adequar a sua condição existencial

à percepção dos sentidos de quem o observa.

Portanto, ponto nodal da dignidade da pessoa humana se constrói a partir da liberdade de todo ser humano de autodeterminar-se e escolher de forma livre as opções que dão sentido à sua existência de acordo com o seu bem-estar físico, psicológico e moral.

Nessa seara, a compreensão de si para o mundo é um direito que percorre uma esfera íntima absolutamente intangível pelo corpo social e pelos poderes públicos. A identificação de gênero é um direito existencial e tal condição, inseparável da integridade psicológica, configura um substancial aspecto construtivo da dignidade humana.

Por isso, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 670.422/RS, que conta com a participação da Defensoria Pública da União na condição de *amicus curiae*, espera-se que o Supremo Tribunal Federal, em um movimento dialógico com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, à luz do princípio interpretativo *pro homine*, reconheça a inconstitucionalidade de qualquer exigência de tratamento médico ou hormonal para a alteração do registro civil, bem como a impossibilidade de constar nos registros qualquer menção à transexualidade do solicitante.

Com base na proteção da honra (artigo 11, CADH), no direito ao nome (artigo 18, CADH) e no direito ao tratamento igualitário, livre de qualquer tipo de discriminação odiosa (artigo 24, CADH), a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Opinião Consultiva nº. 24, fixou importante paradigma da identidade de gênero como faceta da dignidade da pessoa humana.

Repeliu o tribunal internacional obstáculos judiciais ou a intervenção médica como pressupostos da alteração do nome registral. Sedimentou que o procedimento de alteração deve ter natureza materialmente administrativa ou notarial, voltado ao reconhecimento – e não à constituição – da condição de gênero individual.

Além disso, para aqueles que não dispõem de recursos para a obtenção do novo nome, fixou a facilitação de acesso por meio da gratuidade do procedimento, o que, sem dúvida, na realidade nacional, chama à atuação a Defensoria Pública como instituição a serviço da garantia de proteção e promoção dos Direitos Humanos.

O horizonte, portanto, demanda firme atuação institucional perante o Poder Judiciário que, comprometido com a Constituição Federal, deve zelar pelo respeito e pela proteção à

liberdade e autonomia individuais. Delineia-se, pois, o reconhecimento da identidade de gênero como direito subjetivo componente da dignidade da pessoa humana, com eficácia vertical em face de normas estatais, salvaguardando o indivíduo transgênero de exigências discriminatórias como a imposição de intervenção cirúrgica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº. 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

_____. Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva, 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva nº. 24/2017. Julgado em 24.11.2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº. 175/2013. 14.05.2013.

DINIZ, M. C. **Direito à não discriminação: travestilidade e transexualidade**. 1.ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

NOBRES JÚNIOR, E. P. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: Doutrinas Essenciais – Direitos Humanos. **Revista dos Tribunais**, Ano 1, vol. I, Ago. 2011.

OAS/Ser.L/V/II.rev.2. Original: Inglês. 12.11.2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

OEA. Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância. Assembleia Geral. 05.06.2013.

_____. Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero. Assembleia Geral. Resolução n°. 2435 (XXXVIII-O/08). 03.06.2008.

_____. Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero. Assembleia Geral. Resolução 2504 (XXXIX-O/09). 04.06.2009.

_____. Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero. Assembleia Geral. Resolução AG/RES. 2600 (XL-O/10). 08.06.2010.

_____. Informe sobre a violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexuais na América. Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral. Resolução n°. 217-A. Paris. 10.12.1948.

_____. Informe sobre a Discriminação e Violência contra as pessoas por motivos de orientação sexual e identidade de gênero. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. A/HRC/29/23. 04.05.2015.

_____. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Assembleia Geral. Resolução n. 2200-A (XXI). 16.12.1966.

PIOVESAN, F. Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição Brasileira de 1988. In: **Doutrinas Essenciais – Direitos Humanos**. Ano 1, vol. I, Ago. 2011.

_____. Força integradora e catalizadora do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional. In: **Doutrinas Essenciais Direitos Humanos**. Ano 1, vol. VI, Ago.2011. Ebook. **Revista dos Tribunais**. 2011.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018.

RAMOS, A. C. de. **Curso de Direitos Humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132. Plenário. Rel. Min. Ayres Britto. Julgado em 05.05.2011.

_____. Recurso Extraordinário nº. 477.554/MG. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 16.08.2011.

_____. Recurso Extraordinário nº. 670.422/RS. Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4192182>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NO DIREITO CABO-VERDIANO

JUDICIAL ASSISTANCE IN CAPE VERDEAN LAW

José Lopes da Graça

*Diretor do Gabinete de Estudos, Planeamento Estratégico e Cooperação Institucional
do Ministério da Justiça e Trabalho de Cabo Verde*

*Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade do Mindelo (S. Vicente - Cabo Verde)
em Cooperação com a Universidade de Valladolid, Espanha*

jlopesg_an@hotmail.com

RESUMO

O instituto da assistência judiciária ensaia a sua projeção no ordenamento jurídico cabo-verdiano por meio de instrumentos internacionais anteriores à própria Constituição. É propósito destas reflexões analisar de perto esse instituto e compreender melhor o tratamento que lhe é dispensado tanto pelo legislador constitucional nacional como pelo legislador comum ordinário. O trabalho apresenta-se dividido em seis partes, a saber: uma primeira, reservada à delimitação conceitual do instituto de assistência judiciária, distinguindo-o de outros conceitos e figuras afins; a segunda parte propõe fazer o cotejo entre a assistência judiciária e os direitos humanos buscando demonstrar que a assistência judiciária traduz-se numa vertente dos direitos humanos; a terceira parte é dedicada à assistência judiciária na Constituição cabo-verdiana; a quarta se reporta ao tratamento infraconstitucional da assistência judiciária; a quinta parte versa sobre as instituições intervenientes na promoção da assistência judiciária e, por fim, a sexta apresenta como pano de fundo uma reflexão sobre a implementação formal e material do instituto da assistência judiciária no sistema jurídico nacional.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Assistência judiciária. Carenciado. Direito fundamental. Gratuito.

ABSTRACT

The judicial assistance institute rehearses its projection in the Cape Verde legal system through international instruments prior to the Constitution itself. It is the purpose of these reflections to examine this institute closely and to better understand the treatment accorded to it by both the national constitutional legislator and the ordinary ordinary legislator. The paper is divided into six parts: a first, reserved for the conceptual delimitation of the institute of legal aid, distinguishing it from other concepts and similar figures; the second part proposes to make a comparison between legal aid and human rights, seeking to demonstrate that judicial assistance is a human rights dimension; the third part is dedicated to legal aid in the Cape Verdean Constitution; the fourth relates to the infraconstitutional treatment of legal aid; the fifth part deals with the institutions involved in the promotion of legal aid and finally the sixth presents a reflection on the formal and material implementation of the legal aid institute in the national legal system.

Keywords: Access to justice. Judicial assistance. Needy. Fundamental right. Free.

Data de submissão: 26/03/2018

Data de aceitação: 11/07/2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. CONCEITO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA 2. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E DIREITOS HUMANOS 3. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE CABO VERDE 4. TRATAMENTO INFRACONSTITUCIONAL DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA 5. INSTITUIÇÕES INTERVENIENTES NA PROMOÇÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA 6. IMPLEMENTAÇÃO FORMAL E MATERIAL DO INSTITUTO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O direito de acesso à justiça é um imperativo constitucional. Resulta do disposto no artigo 22º da Constituição de Cabo Verde (CRCV). Não se compadece com a carência de meios ou de recursos económico-financeiros e nem cede perante a indisponibilidade momentânea desses recursos, quer por razões meramente estruturais ou mesmo conjunturais, por parte de quem necessite ter acesso em tempo útil aos serviços de justiça, a fim de, por essa via, poder fazer valer em juízo, um direito ou interesse juridicamente protegido.

A incapacidade económica que justifica a concessão de apoio judiciário deve, concretamente, ser aferida tendo em conta os custos concretos de cada ação e a disponibilidade da parte que a solicita, não estando excluído que seja concedido, em maior ou menor medida, a cidadãos com capacidade económica bem superior à média, se o valor da causa assim o justificar.¹

Denegar àqueles que careçam de meios para suportar os custos com a demanda, a faculdade de acesso aos tribunais e por essa via poder legitimamente, pleitear em juízo, corresponderia à violação de pelo menos dois princípios fundamentais: o princípio da igualdade e o princípio da não discriminação (artigo 24º da CRCV), além, obviamente, de comprometer o direito de acesso à justiça que, como já se viu, reporta-se a um direito fundamental do cidadão. A disposição do artigo 22º da CRCV estaria inserida no elenco daqueles dispositivos constitucionais a que determinados autores denominam de “**normas constitucionais de eficácia limitada**”. Tais tipos de normas se preocupam com a reposição do princípio da igualdade, impondo:

Restrições e deveres aos poderes governantes e, em contrapartida, conferem direitos subjetivos aos governados. Situam-se predominantemente entre os dispositivos que estatuem sobre as declarações dos direitos fundamentais e democráticos e, garantias constitucionais desses direitos.²

A assistência judiciária é uma manifestação do direito de acesso à justiça e surge pela primeira vez tratada no ordenamento jurídico de Cabo Verde pós-independente, através da Lei nº. 35/III/88, de 18 de julho. A primeira Constituição cabo-verdiana de 1980,

¹ V.g. a esse propósito, Jorge Miranda e Ri Medeiros, in “Constituição da República Portuguesa, Anotada. Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, artigos 1º a 79º, 2005.

² Consultar José Afonso da Silva, in “Aplicabilidade das normas constitucionais”, Revista dos Tribunais, 1968, pp. 774.

publicada no suplemento ao Boletim Oficial nº. 41, de 13 de outubro, de 1980, não contemplava nenhuma disposição a esse respeito, embora pelo seu catálogo “dos direitos, liberdades, garantias e deveres fundamentais dos cidadãos” (artigos 25º a 48º) se possa aferir que o legislador constitucional já tivesse de algum modo tido contacto com os meandros da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e, por conseguinte, tomado ciência dos normativos que enformam esse importante instrumento do Direito Internacional Público, particularmente do seu artigo 8º que alude precisamente à essa temática. Tal matéria, como se pode constatar, já não passou despercebida ao legislador constitucional da segunda república (1992).

1. CONCEITO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

A assistência judiciária não pode ser confundida com acesso à justiça, informação jurídica e nem com apoio judiciário, entre outros conceitos similares. Por seu lado no contexto constitucional a assistência judiciária surge associada a outras dimensões, designadamente, às de direito ao patrocínio judiciário, direito à informação jurídica e direito à tutela jurisdicional. A garantia da via judiciária (...), embora esteja inserida no capítulo relativo aos direitos fundamentais e, se refira expressamente apenas a direitos, não se restringe naturalmente à defesa dos direitos fundamentais, pelo que acesso à justiça é um conceito mais amplo.³ Vem contemplado no artigo 22º da Constituição, com o mesmo título o qual dedica todos os seus seis números a essa matéria. De maior abrangência que a noção de assistência judiciária, o acesso à justiça pressupõe a criação de condições objetivas para que os cidadãos, de um modo geral, com ou sem condições financeiras, possam de facto usufruir desse bem.⁴

A par da manutenção da ordem, segurança e prossecução do bem comum, a criação das condições de “acesso à justiça” inscreve-se de igual modo entre os fins e objetivos do Estado, cabendo a esta entidade operacionalizar esse acesso para que o mesmo seja

³ Referindo-se à disposição constitucional portuguesa (artigo 20.º) similar à sua congénere cabo-verdiana (artigo 22.º), advogam Gomes Canotilho e Vital Moreira, que “este preceito reconhece dois direitos, conexos, mas distintos: (a) direito de acesso ao direito (n.º 1) e (b) o direito de acesso aos tribunais (n.º 2). A sua conexão é evidente, pois o conhecimento dos seus direitos (e dos seus deveres) por parte de cada um é condição para os exercer e fazer valer (e para cumprir e observar os deveres). In “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 1984.

⁴ A esse respeito, v.g. Ana Prata in Dicionário Jurídico, Direito Civil, Direito Processual Civil, Organização Judiciária, com a colaboração de Jorge Carvalho, 2006, pp. 147 e ss.

de facto uma realidade.⁵ Traduz-se ao fim e ao cabo no exercício de uma das funções do Estado, a função judiciária.⁶ A informação jurídica, sendo igualmente um direito com assento constitucional (nº. 3 do artigo 22º da Constituição) visa apetrechar o cidadão com conhecimentos jurídicos, o mínimo necessário que lhe permita tomar consciência das situações subjetivas que lhe são favoráveis e, de igual modo, saber como utilizar os instrumentos jurídicos e institucionais disponíveis que lhe permitam a sua efetivação. Apoio judiciário traduz-se numa realidade mais restrita e circunscreve-se a uma situação já mais concreta. A Ordem dos Advogados de Cabo (OACV) presta apoio judiciário e os tribunais também. A primeira, disponibilizando profissionais do foro que possam acompanhar tecnicamente os seus constituintes em juízo e, os segundos, nomeando advogados que num caso concreto possam auxiliar o cidadão que esteja pleiteando algum direito ou interesse juridicamente protegido, em tribunal.

Por conseguinte, apoio judiciário, difere dos dois outros conceitos pré-citados. Grosso modo podemos sustentar que a assistência judiciária traduz-se por via de regra num tipo de apoio a ser prestado em juízo, por imperativo constitucional e legal, a um determinado cidadão, por parte de um técnico de Direito (advogado ou solicitador judicial) de forma gratuita, por carência de recursos económico-financeiros daquele, para arcar com os custos do processo a fim de poder pleitear nos tribunais e, por essa via, fazer valer um direito seu mediante reconhecimento judicial do mesmo ou sua efetivação. Segundo Miranda:

A Constituição, pressupondo um sistema não gratuito, limita-se a estabelecer que a justiça não pode ser denegada por insuficiência de meios económicos, impondo tão-somente que sejam asseguradas às pessoas economicamente carenciadas formas de apoio que viabilizem a tutela dos seus direitos e interesses.⁷

O instituto apoio judiciário, no qual se insere a assistência judiciária tem como propósito “evitar que a alguém seja impedido ou dificultado o exercício dos respetivos direitos e o acesso aos tribunais, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos”. Por outro lado, a assistência judiciária é informada:

⁵ Pedro Almiro Neves, invoca o ponto de vista de alguns que defendem que “(...) a política é um esforço para fazer reinar a ordem e a justiça pois o poder assegura o interesse geral e o bem comum contra a pressão das reivindicações particulares”. Mais adiante esclarece que “o Estado (...) é um meio de assegurar uma certa ordem social, uma certa integração de todos na coletividade, para o bem comum.” In *Textos de Introdução à Política*, 1983.

⁶ Subscrevendo a posição de Giorgio del Vecchio, vidé Vitor Henriques e Belmiro Gil Cabrito in “Introdução à Política”, Tomo I, 1990, pp.16-18.

⁷ MIRANDA, J.; MEDEIROS R. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º, 2005, pp.180.

Pela ideia de garantia do acesso aos tribunais pelos cidadãos que não dispuserem dos recursos económicos necessários para custear as despesas do pleito e os encargos do patrocínio judiciário. O instituto da assistência judiciária traduz-se na dispensa total ou parcial, do prévio pagamento das custas e/ ou no patrocínio judiciário gratuito, ou quase, por advogado nomeado por juiz.⁸

Este instituto que foi regido por várias leis, procura “concretizar os direitos consagrados no artigo 20º da Constituição da República Portuguesa”. Trata-se de uma forma de garantir o acesso à justiça aos desvalidos da sorte, isto é, daqueles que momentaneamente não se encontram em condições de poder assumir os seus próprios encargos com a demanda da justiça. A insuficiência económico-financeira poderá ser estrutural ou meramente conjuntural, ou seja, o assistido terá que ser efetivamente pobre ou então a sua insuficiência económico-financeira deve resultar de uma situação ou fator momentâneo e passageiro. O conceito de pobre prende-se com o nível de rendimentos que uma pessoa auferir ou então com o montante monetário a que tem acesso diariamente. Todos aqueles que auferem menos 100\$00 (o equivalente a pouco mais de um dólar) por dia são considerados estruturalmente pobres. Estes à partida poderão usufruir do benefício da assistência judiciária. Mas terão que provar isso em juízo mediante a exibição de uma certidão de pobreza a ser emitida pela Câmara Municipal da sua localidade. Por vezes pode suceder que o assistido que beneficiou-se da assistência judiciária venha, depois de resolvida a demanda, a estar em condições de poder arcar com os encargos do processo em virtude de uma eventual indemnização a receber com o fim do processo. Nesses casos, parece líquido que o beneficiário da assistência judiciária deva arcar com os encargos do processo seja com advogado, seja com as custas judiciais, entre outros.

2. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E DIREITOS HUMANOS

A “assistência judiciária” além de poder ser considerada um dos direitos humanos, traduz-se de igual modo num dos inúmeros direitos fundamentais consagrados na CRCV. Os direitos, liberdades e garantias individuais que constam dos catálogos das Constituições são denominados de direitos fundamentais. E os direitos fundamentais têm sido catalogados em várias categorias, havendo quem entenda dever distingui-los em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração, dependendo dos períodos e das

⁸ PRATA, A. ob. cit., pp. 147.

circunstâncias que estiveram na base do surgimento de cada geração desses direitos.⁹ Serão considerados direitos da primeira geração **“os ligados ao valor liberdade”** e traduzem-se nos **“direitos civis e políticos. São direitos individuais com caracter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário”**. São direitos fundamentais de segunda geração os chamados “direitos económicos, sociais e culturais”, de “titularidade coletiva, com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado”. São de terceira geração aqueles direitos “ligados ao valor fraternidade ou solidariedade”. Estão relacionados com **“o desenvolvimento ou o progresso, ao meio ambiente e à autodeterminação dos povos bem como, ao direito de propriedade sobre o património comum da humanidade e ao direito da comunicação”**. Por fim inserem nos direitos da quarta geração, os que **“compreendem os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo”**. Por aí se pode ver que o direito à “assistência judiciária” estará melhor inserido nos direitos fundamentais da primeira geração, já que esse direito expressa de algum modo a solidariedade para com aqueles mais carenciados da sociedade num domínio concreto que é o de “acesso à justiça” gratuita. Por outro lado, existem vários níveis de direitos humanos dependendo do bem jurídico protegido. Assim sendo temos: o direito à vida, o direito à integridade física e moral, o direito ao património e à propriedade, o direito à honra e à consideração, o direito à intimidade, o direito à liberdade de circulação, direito à liberdade de expressão e de informação, entre muitos outros. Todos esses direitos são potencialmente violáveis mercê da liberdade ou do livre arbítrio de que o ser humano é dotado, inclusive, podendo utilizá-lo para violar os direitos dos demais homens, seus semelhantes, embora, não o devendo fazer. O direito de “acesso à justiça” e à “assistência judiciária”, podem também ser classificados como vertentes dos direitos humanos sendo tratados de forma clara, expressa e inequívoca, nos principais instrumentos do Direito Internacional Público, já ratificados pelo Estado de Cabo Verde.¹⁰ Assim, de entre uma trintena de artigos que constitui o elenco normativo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) a 10 de dezembro de 1948, um deles, o artigo 8º estatui que “toda a pessoa tem direito a recurso para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição e pela lei”. Já no que concerne ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), um dos três instrumentos que integram a Carta Internacional dos Direitos do Homem, o seu artigo 14º (Terceira parte) é claro na matéria de assistência judiciária gratuita, pois

⁹ V.g. Denise Cristina Mantovani Cera, in “Quais são os direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração?”. Publicado por Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Novelino, Marcelo. Direito Constitucional. 2009, 362/364.

¹⁰ V.g. Relatório Nacional de Direitos Humanos de Cabo Verde, elabora em 2010, pela Comissão Nacional para os Direitos Humanos e Cidadania, com a Cooperação do PNUD, p. 52.

começa por sustentar que:

São iguais perante os tribunais de justiça' para mais adiante na alínea d) do seu n.º 3, esclarecer que 'qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá direito, em plena qualidade, pelo menos às seguintes garantias: d) a estar presente no processo e (...) a ser-lhe atribuído um defensor oficioso, a título gratuito, no caso de não ter meios para o remunerar.

Por seu lado, o n.º 3 do artigo 7º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, estabelece que “toda a pessoa tem direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: 3. O direito de defesa, incluindo o de ser assistido por um defensor de sua livre escolha”. Ora, a CRCV absorveu desses instrumentos internacionais, a ideia do direito à assistência judiciária gratuita, até porque o artigo 12º da nossa Lei Magna dispõe sobre a “recepção dos tratados e acordos na ordem jurídica interna, estatuidando no seu n.º. 1 que “o direito internacional geral ou comum faz parte integrante a ordem jurídica cabo-verdiana”. Acrescenta ainda o n.º. 2 do mesmo artigo que “os tratados e acordos internacionais validamente aprovados ou ratificados, vigoram na ordem jurídica cabo-verdiana após a sua publicação oficial e entrada em vigor na ordem jurídica internacional e enquanto vincularem o Estado de Cabo Verde.”

A assistência judiciária é um reflexo do direito de acesso à justiça, como já se viu. A sua transposição para diplomas de natureza infraconstitucional onde é melhor regulada e desenvolvida, viabiliza melhor a sua aplicação pelas instituições judiciais, o que acaba por ser determinante, já que deixa de ser uma mera declaração de intenção para passar a ter concretização prática por intermédio dos órgãos judiciais e demais instituições parceiras da justiça. Por conseguinte não é de se estranhar que as várias vertentes ou componentes do “acesso à justiça”, designadamente, a “assistência judiciária”, o “apoio jurídico e judiciário” e a própria “informação jurídica”, surjam de algum modo abordados nos instrumentos legislativos de maior visibilidade internacional sobre os direitos humanos.

Ao nível constitucional cabo-verdiano o acesso à justiça é concebido não só como um direito fundamental em espécie, mas como um verdadeiro princípio sistémico. A sua expressão jusfundamental mais geral pode ser encontrada no atual artigo 22º da Constituição da Re-

3. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE CABO VERDE

Na Constituição da República Cabo-verdiana (CRCV) podemos localizar várias disposições que tratam de forma direta ou indireta a matéria concernente à assistência judiciária e ao acesso à justiça. De realçar desde já a esse propósito o disposto no artigo 22º da CRCV, uma disposição nuclear sobre o “**acesso à justiça**”, inserida na Parte II do Texto Constitucional sobre “**direitos e deveres fundamentais**”. Estabelece esse artigo no seu n.º. 1 que “**a todos é garantido o direito de acesso à justiça e de obter, em prazo razoável e mediante processo equitativo, a tutela dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos**”. Numa primeira apreciação deve-se sustentar que, sem descurar os outros números do mesmo artigo, esta disposição constitucional deve ser entendida em conjugação com seu o n.º. 4 já que em decorrência desse mesmo número “**a justiça não pode ser denegada por insuficiência de meios económicos ou indevida dilação da decisão**”. Por esse prisma se pode aferir que para o legislador constitucional a carência de meios económico-financeiros não pode nem deve constituir um empecilho à representação em juízo por parte daquele que pretende fazer valer um direito ou interesse legalmente protegido.

A Constituição, quando refere que a justiça não pode ser denegada por insuficiência de meios económicos, impõe a adoção de um conceito amplo de apoio ou de assistência judiciária, compreendendo não apenas o pagamento de preparos e de custas como também os próprios encargos com patrocínio judiciário.

O n.º. 1 do artigo 20º da Constituição portuguesa trata de forma similar a ideia que se encontra plasmada no artigo 22º da Constituição cabo-verdiana. Com efeito, o direito ao patrocínio judiciário constitui elemento essencial da garantia constitucional de acesso ao

¹¹ De acordo com o Relatório Nacional de Direitos Humanos de Cabo Verde, já referido, “(...) o ordenamento jurídico infraconstitucional densifica as orientações constitucionais, reproduzindo e aprofundando o quadro estabelecido pela lei fundamental seja o nível substantivo, seja o nível processual e institucional”. Segundo o documento “há que se destacar neste quadro a aprovação recente de vários diplomas, designadamente o Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 35/III/88, de 18 de junho), a regulamentação da lei de acesso à justiça (Lei n.º. 35/III/88, de 18 de junho), pelo Decreto Regulamentar n.º 10/2004, de 2 de novembro e pela Portaria n.º. 1/2005, de 10 de janeiro), na modalidade de dispensa total de pagamento do profissional do foro, bem como a aprovação de reformas na esfera civil, com a aprovação do novo Código de Processo Civil (aprovado pelo Decreto-Legislativo n.º. 7/2010, de 01 de Julho). p. 53.

direito e aos tribunais e, frequentemente, a lei vai mesmo ao ponto de impor a constituição obrigatória de advogado como condição para que os interessados possam pleitear.¹² Tais observações aqui feitas relativamente à Constituição portuguesa aplicam-se perfeitamente às disposições da Constituição cabo-verdiana sobre a matéria, não fora esta pertença da família jusconstitucional de matriz lusófona.¹³ Subsequentemente, o n.º. 3 do artigo 22º da CRCV determina que “todos têm direito de defesa, bem como à informação jurídica, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade, nos termos da lei”. Neste caso remete-se para o legislador ordinário a faculdade de estabelecer as condições para que se possa dar vazão a um verdadeiro e efetivo exercício do direito de defesa, bem assim, a um verdadeiro e efetivo exercício do direito ao patrocínio judiciário. Remata por fim o n.º. 6 desse mesmo dispositivo da CRCV que:

Para a defesa dos direitos, liberdades e garantias individuais, a lei estabelece procedimentos judiciais céleres e prioritários que assegurem a tutela efetiva em tempo útil contra ameaças ou violações desses mesmos direitos, liberdades e garantias.

Esses dispositivos não são mais do que reflexos do princípio do Estado de Direito Democrático em que nos encontramos inseridos, sendo precisamente um dos seus pilares, o respeito pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais, de acordo com o n.º. 1 do artigo 2º da CRCV.¹⁴

4. TRATAMENTO INFRACONSTITUCIONAL DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Tem sido notável e ascendente o percurso legislativo feito pelas autoridades nacionais competentes na matéria. Desde a Lei n.º. 35/III/88, de 18 de julho, passando pelas medidas mais recentes visando a aceleração dos pedidos de assistência judiciária formulados por vítimas da violência baseada no género (VBG) e, a correr termos nos tribunais, até as Portarias vindo a lume, reforçando consideravelmente o montante das verbas destinadas ao serviço de assistência judiciária a prestar pela Ordem dos Advogados de Cabo Verde

¹² A esse propósito, v.g. Jorge Miranda e Rui Medeiro, ob. cit., anotações ao artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa, pp.170 a 205.

¹³ A esse respeito v.g. Jorge Bacelar Gouveia *In* “A influência da Constituição Portuguesa de 1976 nos sistemas jusconstitucionais lusófonos”, 1993.

¹⁴ Referindo-se ao “direito de acesso ao direito” e “direito de acesso aos tribunais” como direitos conexos com o “acesso ao direito e aos tribunais” (artigo 20º da Constituição portuguesa), sustentam Gomes Canotilho e Vital Moreira que “qualquer deles constitui elemento essencial da própria ideia de Estado de Direito, não podendo conceber-se uma tal ideia sem que os cidadãos tenham conhecimento dos seus direitos, a proteção jurídica de que careçam e o acesso aos tribunais quando precisem”.

(OACV), é voz corrente que tem sido feita uma boa caminhada nesse domínio. Denota-se assim um esforço sistemático dos sucessivos Governos da República no sentido de procurar uma dignificação cada vez mais acentuada dos serviços de assistência judiciária a prestar pela Ordem dos Advogados de Cabo Verde (anterior IPAJ - Instituto de Patrocínio e Assistência Judiciários, criado pelo Decreto-Lei n.º. 35/78, de 24 de abril, mais tarde alterado pelo Decreto-Lei n.º. 2/82, de 23 de janeiro, diplomas que aprovam o respetivo estatuto) e com o concurso dos profissionais do foro (advogados ou solicitadores judiciais).¹⁵

Sob o ponto de vista infraconstitucional são vários os diplomas que debruçam sobre a problemática da assistência judiciária. Referimo-nos particularmente, além da Lei n.º. 35 /III/88, de 18 de julho, já identificada, aos seguintes instrumentos: o Decreto n.º. 99/88, de 5 de dezembro; o Decreto Regulamentar n.º. 10/2004, de 2 de novembro; a Lei n.º. 91/ VI/2006, de 9 de janeiro (Estatuto da Ordem de Advogados de Cabo Verde - OACV); a Portaria n.º. 1/20015, de 10 de janeiro; a Portaria n.º. 2/2018, de 9 de fevereiro, a Portaria n.º. 16/2017, de 17 de abril, a Portaria n.º. 40/2017, de 6 de novembro; e o Decreto-Lei n.º. 8/2014, de 27 de janeiro (assistência judiciária na VBG).

A começar pela Lei n.º. 35/III/88, de 18 de julho, trata-se de um diploma estruturante em matéria de assistência judiciária aos carenciados.

Por seu lado, o Decreto n.º. 99/88, de 5 de dezembro, que se seguiu à Lei n.º. 35/III/88, de 18 de julho, impõe a necessidade de regulamentação deste último diploma, já que comporta no seu bojo um conjunto de seis disposições sobre o processo de concessão do benefício da assistência judiciária. O processo concernente ao pedido da assistência judiciária é composto por um conjunto de cinco atos que poderão eventualmente, ocorrer, quando se formula um pedido de assistência judiciária e que comina com o recurso da decisão final caso a ele houver lugar. O processo começa por um pedido devidamente instruído com meios de prova sobre a insuficiência económica, a ser interposto pelo interessado junto do tribunal onde o processo vai correr seus termos. Segue-se a informação da secretaria sobre

¹⁵ O Instituto do Patrocínio e Assistência Judiciários (IPAJ) foi criado pelo Decreto-Lei n.º 35/78, de 24 de abril, de 1978, mais tarde alterado pelo Decreto-Lei n.º 2/82, de 23 de janeiro, diploma esse que aprovou os respetivos Estatutos. O IPAJ foi extinto pelo Decreto-Lei n.º 51/2000, de 4 de dezembro, o mesmo diploma que criou a Ordem dos Advogados de Cabo Verde (OACV), a 4 de dezembro de 2000. O diploma que criou a OACV instituiu uma Comissão Instaladora composta por seis membros, designados pela Ministra da Justiça – ouvidos os advogados – para, no prazo de cento e vinte dias, realizar as primeiras eleições para os órgãos da OACV, como resulta do despacho da Ministra da Justiça de 12 de janeiro de 2001, publicado no BO I série, n.º 3, de 29 de janeiro. As primeiras eleições tiveram lugar no dia 30 de abril de 2001, com uma lista única encabeçada pela Dra. Lígia Arcângela Lubrino Dias Fonseca, que foi eleita a primeira Bastonária e, tomou posse no dia 19 de maio de 2001. *In*: www.caboverde,oa.pt.

a capacidade económica do requerente. Depois o processo é remetido ao juiz para decisão. Do despacho do juiz pode o requerente reclamar ou interpor recurso, consoante os casos.

O Decreto Regulamentar nº. 10/2004, de 2 de novembro, é também um diploma que pretende melhorar o serviço de prestação da assistência judiciária ao litigante carente de recursos para poder estar em juízo, assegurando que a sua causa seja patrocinada por profissional do foro, qualificado. O erário público passou a disponibilizar os meios financeiros necessários à garantia de uma maior dignidade ao instituto de assistência judiciária. A Ordem dos Advogados por seu turno passou a estar mais habilitada a assegurar uma assistência judiciária mais qualificada aos carenciados.

Com a Portaria nº. 1/2005, de 10 de janeiro, fica aprovada a tabela de honorários de assistência judiciária. Há um esforço do legislador no sentido de remunerar melhor a compensação pela prestação dos serviços de assistência judiciária.

No que concerne ao Estatuto da Ordem dos Advogados (OACV) dispõe o seu artigo 14º, sob o título de **“dever de colaboração”** que:

Todas as entidades públicas, autoridades judiciárias e policiais e órgãos de polícia criminal e todas as pessoas singulares ou coletivas privadas têm o dever de colaborar com os órgãos da OACV no exercício das suas atribuições, sem prejuízo dos deveres de sigilo profissional ou do segredo de justiça.

O artigo 120º do mesmo Estatuto, sob o título **“deveres dos advogados para com a comunidade”** estabelece na sua alínea c) que o advogado deve “colaborar no acesso ao direito, designadamente participando no serviço público de assistência judiciária, defesa oficiosa, consulta e informação jurídicas, nos termos da lei e dos regulamentos da OACV”. Em conformidade com o disposto no artigo 137º do Estatuto da OACV, inscreve-se entre os deveres gerais do advogado para com o cliente, os seguintes:

a) estudar e tratar com cuidado e zelo as questões que lhe forem confiadas, assumindo a firme defesa dos interesses que representa ou assiste e, utilizando para o efeito, todos os recursos da sua experiência e conhecimentos dentro dos limites estabelecidos pela lei e pela ética profissional b) dar ao cliente com lealdade e franqueza a sua opinião fundamentada sobre o merecimento do direito ou pretensão que o mesmo invoca; e) guardar segredo profissional; f) comparecer pontualmente a todas as diligências, atos e termos do processo em que seja obrigatória, necessária ou conveniente a sua presença; l) não abandonar o patrocínio, sem motivo justificado e sem ter sido legal-

mente substituído.

O advogado possui, de acordo com o artigo 169º do Estatuto da OACV, o:

Direito de comunicar, pessoal e reservadamente, com os seus patrocinados, seja qual for a situação em que estes se encontrem, nomeadamente quando presos ou detidos, em estabelecimento civil ou militar.

De acordo com as alíneas do artigo 46º do Estatuto da OACV compete ao seu Conselho Coordenador **“regulamentar e coordenar internamente, no âmbito nacional, os serviços públicos de assistência judiciária, de consulta e de informação jurídicas”**.

Todo o anteriormente exposto é reflexo do estabelecido no artigo 229º da Constituição da República, que estatui sobre **“os advogados”**, representando este, o capítulo V do título V do texto da Lei Constitucional, intitulado “do poder judicial”. Segundo o n.º. 1 desse artigo **“o advogado no exercício da sua função é um servidor da justiça e do direito e um colaborador indispensável na administração da justiça”**. É imposição constitucional, o direito que o advogado tem **“de comunicar pessoal e reservadamente com o seu patrocinado, mesmo quando este se encontre preso ou detido”**, segundo o seu n.º. 4. Por fim determina o n.º. 5 da mesma disposição que “o exercício da função de advogado sujeita-se a regras deontológicas, implica responsabilidade profissional e submete-se à regulação e disciplina da Ordem dos Advogados de Cabo Verde, nos termos da lei. As disposições do estatuto da OACV traduzem boa parte daquilo a que alude esse artigo 229º da Constituição.

A Portaria n.º. 2/2018, de 9 de fevereiro, encarregou-se de aprovar uma nova tabela de honorários a serem prestados como contrapartida dos serviços de assistência judiciária, para cada tipo de processo em causa. Melhora-se consideravelmente a dignificação do serviço de prestação da assistência judiciária, com esta Portaria. Este diploma revoga a anterior Portaria n.º. 1/2005, de 10 de janeiro que, estabelecia também sobre o mesmo assunto, mas, com menor projeção financeira sobre os serviços de assistência judiciária prestados pelos profissionais do foro.

Recentemente, mais concretamente, em março de 2018, saiu, ao abrigo do disposto n.º. 6 do artigo 8º do Decreto Regulamentar n.º. 10/2004, de 8 de novembro, a Portaria n.º. 8/2018, de 19 de março, que suspende a vigência da anterior Portaria n.º. 2/2018, de 9 de fevereiro, que aprovou a nova tabela dos honorários da assistência judiciária,

cuidando assim, da criação de uma nova modalidade de pagamento aos advogados e advogados estagiários. Esta nova Portaria procede de igual modo à reprimenda dos efeitos da Portaria nº. 1/2005 de 10 de janeiro de 2005, retroagindo os seus efeitos a 1 de janeiro de 2018. Com essa medida, o Ministério da Justiça e Trabalho concebe uma plataforma informática de gestão da assistência judiciária, com a finalidade de todas as instituições envolvidas no processo, estarem devidamente alinhadas no propósito de garantir um sistema cada vez mais eficaz de prestação da assistência judiciária. Por outro lado, isso traduz a grande preocupação do Governo no reforço da assistência judiciária, preocupação essa que consta do seu Programa aprovado pela Assembleia Nacional em 2016, propondo reformar o sistema de assistência judiciária, de modo a assegurar com oportunidade, efetividade e qualidade, o patrocínio judiciário gratuito aos que não têm recursos para arcar com os custos correspondentes.

No que respeita à violência baseada no género, VBG, regulado pelo Decreto-Lei nº. 8/2014, de 27 de janeiro, existe um dispositivo que se ocupa especificamente da assistência judiciária a ser prestada às vítimas deste tipo específico de criminalidade. Por outro lado, em virtude da particularidade com que se reveste esta tipologia de crime e de todas as suas implicações a nível familiar e social do agressor e da vítima, optou-se recentemente por medidas no sentido de imprimir maior celeridade a tais tipos de processos, designadamente, concedendo prioridade aos processos da VBG e fixando em 180 dias, o prazo máximo para a conclusão de processos de VBG que eventualmente tenham dado entrada nos tribunais. O diploma em questão contém um dispositivo especial em matéria de pedido de assistência judiciária formulado pela vítima da VBG. Essa disposição especial destina-se a dar uma atenção particular à vítima da violência doméstica baseada no género (VBG) em matéria de assistência judiciária. De acordo com o estabelecido no nº. 1 do seu artigo 22º:

Enquanto não for decidido o pedido de assistência judiciária apresentado pela vítima nos termos da Lei n.º 35/III/88, de 18 de julho, esta pode intervir em qualquer ato processual cível, nos termos legais, ou constituir-se assistente em processos-crime, sem necessidade de pagamento de taxas, emolumentos ou encargos de qualquer natureza.

Como é bem de ver, os efeitos e as consequências da VBG não se compadecem, neste particular, com demoras próprias da burocracia judicial. Acrescenta o seu nº. 2 que “no caso de indeferimento do pedido de assistência judiciária, a vítima deve pagar pelos atos já realizados nos processos cíveis ou crime, mas não pelo próprio pedido de assistência judiciária”. Por essa disposição se pode aferir que o legislador propôs-se proteger o instituto

da assistência judiciária, em si, dispensado a vítima da VBG do seu pagamento, em caso de indeferimento do seu pedido nesse sentido. Por fim, remata o n.º 3, da seguinte forma: **“os pedidos de assistência judiciária em processos de natureza criminal ou cível devem ser decididos em caráter de urgência”**. Mais uma vez, neste dispositivo traz-se à tona a natureza prioritária do pedido de assistência judiciária formulado pela vítima da VBG. Os demais pedidos que eventualmente hajam sido formulados junto da secretaria judicial, terão que aguardar pela decisão, nunca antes de se decidir em primeiro lugar e, com caráter de urgência, aquele, formulado pela vítima da VBG. O Decreto-Lei n.º 8/2014, de 27 de janeiro regula de forma especial a assistência judiciária nos crimes da VBG (violência baseada no gênero). Dada a particularidade de que se reveste esta tipologia de crime e todas as suas implicações a nível familiar e social do agressor e da vítima, optou-se recentemente por medidas no sentido de imprimir maior celeridade a tais tipos de processos, designadamente, concedendo prioridade aos processos da VBG e fixando em 180 dias, o prazo máximo para a conclusão de processos de VBG que eventualmente tenham dado entrada nos tribunais. Por fim, no que respeita à Portaria n.º 40/2017, de 6 de novembro, este diploma, ao mesmo tempo que acresce à quantia de 17.500.000\$00 inicialmente fixados pela Portaria n.º 16/2017, de 17 de abril, o valor de 19.000.000\$00, fixa o valor da assistência judiciária para o ano de 2017, em 36.500.000\$00.

5. INSTITUIÇÕES INTERVENIENTES NA PROMOÇÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E A IMPLEMENTAÇÃO FORMAL E MATERIAL DO INSTITUTO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Na promoção e salvaguarda da assistência judiciária aos carenciados, em Cabo Verde, temos a destacar as seguintes instituições: a Ordem dos Advogados de Cabo Verde (OACV) e os Tribunais, de um lado e, as Câmaras Municipais do outro. A Ordem dos Advogados traduz-se num órgão constitucionalmente incumbido dessa função cabendo ao advogado um papel de primeiro plano enquanto **“servidor da justiça e do Direito e um colaborador indispensável da administração da Justiça”**. É o que resulta do disposto no artigo 229º da Constituição. Em Estatuto próprio, como já se viu, esta ordem profissional admite e regula essa função. No que respeita aos tribunais, compete aos juízes dos processos nomearem as defesas oficiosas e em concertação com a Ordem dos Advogados colaborarem na designação do profissional encarregado de assegurar a assistência judiciária aos carenciados, lá onde se mostrar essa necessidade ou então, indicando-a de entre uma lista de advogados à sua disposição incumbindo um deles para desempenhar essa função em juízo. Neste particular os órgãos jurisdicionais estarão

viabilizando aos cidadãos aquilo que Gomes Canotilho chama de “direitos ao acesso e utilização de prestações estaduais.”¹⁶

No que respeita à implementação formal e material do instituto da assistência judiciária, importa salientar que a legislação cabo-verdiana estabelece que o Estado deve disponibilizar à Ordem dos Advogados (OACV) recursos financeiros necessários à prestação da assistência judiciária aos cidadãos que por insuficiência de meios económico-financeiros, se vêm privados de um acesso efetivo à justiça. É assim que o Estado vem inscrevendo no seu orçamento anual uma verba destinada a dar guarida a esse imperativo constitucional, razão porque, anualmente, através do Ministério da Justiça e Trabalho se disponibiliza um determinado montante à OACV destinado a assegurar esse serviço em favor dos desvalidos da sorte. Trata-se de uma medida com assento constitucional já que, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 229º da CRCV “o advogado, no exercício da sua função é um servidor da justiça e do direito e um colaborador indispensável da administração da justiça”. O legislador constitucional deixou assim para os meandros da legislação ordinária, estabelecer quando, em que medida e em que circunstâncias o advogado, através da sua organização sócio profissional, prestará esse apoio e essa colaboração na administração da justiça no Estado de Cabo Verde. Pode-se dizer, por conseguinte, que a assistência judiciária aos carenciados está garantida e salvaguardada no sistema jurídico cabo-verdiano, não apenas sob o ponto de vista formal, mas também, na perspetiva material da sua efetiva implementação e salvaguarda, na prática. Tem-se levantado a questão do montante disponibilizado para a garantia efetiva da assistência judiciária aos carenciados, mas trata-se de uma questão que será sempre colocada de forma sistemática e permanente na medida em que a Justiça, quanto mais eficaz e eficiente for, mais demandas irá implicar, pois, dessa forma os cidadãos se sentirão mais seguros e mais atraídos para demandá-la, cada vez mais e em maior número. Assim, os recursos disponibilizados num país como Cabo Verde terão que obedecer necessariamente a uma gestão ordenada e criteriosa. Outro problema prende-se com a definição e o controlo daqueles que efetivamente buscam a justiça numa efetiva situação de fragilidade ou debilidade económico-financeira. A ideia com que se fica é que por vezes, cidadãos que poderiam perfeitamente suportar os custos com a justiça, afinal, aparecem exibindo um atestado de pobreza e como tal, configurados como sendo economicamente fragilizados,

¹⁶ De acordo com o constitucionalista “os poderes públicos têm uma significativa quota de responsabilidade no desempenho de tarefas económicas, sociais e culturais, incumbindo-lhes pôr à disposição dos cidadãos prestações de vária espécie, como instituições de ensino, saúde, segurança, transportes, telecomunicações, etc.” Mais adiante, sustenta o mesmo autor que “consequentemente, eles beneficiam da natureza de direitos judiciáveis, permitindo aos seus titulares o recurso aos tribunais a fim de reclamar a manutenção do nível de realização que os direitos fundamentais tenham adquirido”. José Joaquim Gomes Canotilho, *In* Direito Constitucional, 1986, p. 449-450.

quando afinal não o são.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consagração na Lei Fundamental de 1992 da figura da assistência judiciária subsequentemente absorvida e desenvolvida em legislações de menor valia hierárquica, por um lado, a par da criação de condições institucionais para a sua efetiva implementação prática, por outro, tudo isso junto, traduz verdadeiramente uma real e efetiva sinceridade do legislador constitucional nessa matéria. Nesse sentido apesar de existir alguma discordância em torno da maior ou menor quantidade dos recursos financeiros disponibilizados para a melhor garantia e salvaguarda do serviço de assistência judiciária a prestar pela Ordem dos Advogados, aos cidadãos carenciados, pode-se dizer que a prestação desse serviço em Cabo Verde encontra-se assente em bases sólidas e, os resultados práticos estão à vista de quem os quiser enxergar. Não obstante é sempre desejável que mais recursos sejam disponibilizados para que a eficácia da prestação desses serviços se eleve de nível. Mas num país como o nosso dotado de escassos recursos económico-financeiros e materiais não se pode negar a razoabilidade do patamar já alcançado nesse domínio. Ademais a experiência que o nosso país acumula nesse domínio é de mais de trinta anos o que proporciona às entidades cabo-verdianas uma certa à-vontade e tranquilidade em lidar com essa problemática. Afora isso existem pormenores a serem melhor trabalhados sobretudo no domínio da operacionalização prática da medida. Referimo-nos particularmente a situações em que a capacidade financeira do assistido não é devidamente ponderado, a ponto de indivíduos que bem poderiam suportar as custas do processo acabam por furar a malha do controle das possibilidades económicas de quem procura a justiça e apresentam-se como alguém presumivelmente desprovido de recursos.

Outra questão que tem vindo a ser aventada prende-se com situações em que o assistido, no início do processo, se apresenta como carenciado, mas que, a meio do processo ou no termo do mesmo deixa de sê-lo em decorrência de indemnizações acordadas com a contraparte em juízo ou em virtude de sentenças condenatórias que possam arbitrar indemnizações ou compensações de monta, a favor daquele que *ab intio* apresentou-se como carenciado. Tem se questionado se nesses casos, não será de justiça impor sobre aquele que deixou de ser carenciado a obrigação de compartilhar nas despesas com o processo ou mesmo o pagamento integral dos encargos com o pleito (advogado, custas e imposto de justiça, entre outros).

Por todo o exposto se pode concluir que se encontra minimamente salvaguardada essa tarefa do Estado no ordenamento jurídico cabo-verdiano, no sentido de garantir a todos as condições mínimas de acesso à justiça, acautelando nessa matéria a prestação desses serviços aos mais desvalidos da sorte. Para o futuro fica a sugestão de que se deve ir limando as arestas lá onde se fizer sentir essa necessidade e ainda, tão logo, sejam criadas condições as mais desejáveis, que sejam libertados mais recursos para que o nível da prestação dos serviços de assistência judiciária aos mais carentes, se eleve, consolidando deste modo o grau de satisfação dos cidadãos e libertando o Estado das pressões que legitimamente são exercidas por aqueles que de algum modo ainda não sentiram os benefícios da prestação desses serviços.

REFERÊNCIAS

FONTES DOUTRINÁRIAS

CABRITO, B. G.; HENRIQUES, V. **Introdução à Política**. Tomo 1, 6.ed. Lisboa: Texto Editora Lda., 1990.

CANOTILHO, J. J. G. E MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2.ed. revista e ampliada, v. 1, Coimbra Editora, 1984.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 4.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1986.

GOUVEIA, J. B. **A Influência da Constituição Portuguesa de 1976 nos sistemas jusconstitucionais lusófonos**. Lisboa, 1993.

MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, artigos 1º a 79º. Coimbra: Editora Limitada, 2005.

NEVES, P. A. **Textos de Introdução à Política**. Porto: Porto Editora, Lda., v. 1, 1983.

PRATA, A. Dicionário Jurídico. 4.ed., **Direito Civil, Direito Processual Civil e Organização Judiciária**, com a colaboração de Jorge Carvalho. Coimbra: Edições Almedina SA, 2006.

SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Revista dos Tribunais. São

Paulo, 1968.

FONTES JURÍDICAS

Constituição cabo-verdiana de 1980, publicada no suplemento ao Boletim Oficial n.º 41, de 13 de outubro, de 1980.

Constituição da República de Cabo Verde, de 1992.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da ONU a 10 de dezembro de 1948.

Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, adotada na 115.ª Conferência dos Chefes de Estado e do Governo, na sua XVI Sessão Ordinária realizada em Monróvia (Libéria) de 17 a 20 de julho de 1979.

Lei n.º. 35 /III/88, de 18 de julho.

Decreto n.º. 99/88, de 05 de dezembro.

Decreto Regulamentar n.º. 10/2004, de 02 de novembro.

Lei n.º. 91/VI/2006, de 09 de janeiro.

Decreto-Lei n.º. 8/2014, de 27 de janeiro.

Portaria n.º 1/20015, de 10 de janeiro.

Portaria n.º 16/2017, de 17 de abril.

Portaria n.º 40/2017, de 06 de novembro.

Portaria n.º 2/2018, de 09 de fevereiro.

ACESSO À JUSTIÇA
E DIREITO PROCESSUAL

ACCESS TO JUSTICE AND PROCEDURAL LAW

CIGANOS NO SUL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E ACESSO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*GYPSIES IN THE SOUTH OF RIO DE JANEIRO: SOCIAL TRANSFORMATIONS AND ACCESS TO
FUNDAMENTAL RIGHTS*

José Roberto Fani Tambasco

Defensor Público Federal

*Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais. Coordenador do GT Comunidades Tradicionais
da DPU. Membro efetivo do Instituto Histórico e Geográfico de Vassouras - IHGV*

jose.tambasco@dpu.def.br

RESUMO

As políticas públicas governamentais necessitam de dinamicidade quanto aos serviços prestados às comunidades tradicionais. Os Ciganos, no caso específico, as comunidades Ciganas da região sul do interior do estado do Rio de Janeiro, vêm sofrendo rápidas transformações em seu modo de vida tradicional. Mister acompanhá-las e sobretudo providenciar as adequações sociais e jurídicas nas estruturas estatais que se façam necessárias à efetividade de suas funções constitucionais na defesa dos direitos fundamentais da igualdade e da dignidade. A Defensoria Pública da União, por seu papel institucional, necessita estar apta a prestar os serviços de assistência jurídica a estas comunidades, regra geral: ricas culturalmente e hipossuficientes em recursos financeiros.

Palavras-Chave: Ciganos. Transformações sociais. Políticas governamentais. Defensoria Pública da União. Assistência jurídica gratuita.

ABSTRACT

Governmental public policies need dynamicity with regard to services provided to traditional communities. The Gypsies, in the specific case, of the communities of the southern region of the State of Rio de Janeiro, are undergoing rapid changes in their traditional way of life, and therefore must accompany them and above all provide social and legal adjustments in the state structures that are made necessary for the effectiveness of its constitutional functions in the defense of the fundamental rights to equality and dignity. The Defensoria Pública da União needs to be able to provide legal assistance services to this important community, which is Generally rich in cultural terms and financially resource-poor.

Keywords: Gypsies. Social transformations. Government policies. Defensoria Pública da União. Free assistance of counsel.

Data de submissão: 20/03/2018

Data de aceitação: 14/08/2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. DELIMITAÇÃO GEOGRÁFICA DO OBJETO DO ESTUDO 2. DAS POLÍTICAS CIGANAS TRADICIONAIS 2.1 Organização social e *modus vivendi* 2.2 Casamento Cigano 3. OS DIREITOS CONTEMPORÂNEOS DAS COMUNIDADES CIGANAS 3.1 Da habitação 3.2 Da educação 3.3 Acesso à saúde. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A população brasileira é composta por uma enorme gama de segmentos étnicos e sociais que mantêm vivas suas raízes culturais. Estes grupos, convivem dentro de suas comunidades, utilizando-se de seus idiomas próprios, mantendo suas tradições culturais e históricas, além de terem a noção essencial de sua origem comum.

Uma destas comunidades, que se destaca no cenário brasileiro, desde o século XVI, são os Ciganos, havendo notícia histórica da existência de três etnias peculiares: Calón; Rom e Sinti.¹

As estimativas oficiais, apresentadas pela Secretaria Nacional de Promoção de Políticas de Igualdade Racial (SEPPIR), segundo o censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no ano de 2010, calculavam a existência de 500 mil componentes,² mas extraoficialmente estimativas indicam que a população de Ciganos pode ser muito maior.

Consta do registro histórico que, em 1574, durante o reinado de D. Sebastião, o Cigano João Torres, preso na cadeia do Limoeiro, em Lisboa, foi condenado a cinco anos de degredo nas galés, os quais, tendo em vista suas condições subjetivas impróprias para o serviço no mar, foram permutados em degredo para o Brasil juntamente com sua mulher Angelina e seus filhos.³

Os Ciganos passaram a ser degredados maciçamente para o Brasil somente no século XVII, entre muitos motivos, além da Inquisição, principalmente pela perseguição ao seu modo de vida peculiar no que tange à liberdade política, religiosa e de pensamento. Viajantes de todos os cantos do mundo, os Ciganos trouxeram consigo para o Brasil este jeito anárquico de comportarem-se diante dos ditames massificadores imanados do poder público quanto à regulação de nossos modos de nascer, identificar-se, manter relações laborais, e até mesmo de morrer.

¹ RAMANUSH, N. **Ciganos do Brasil**. Embaixada Cigana do Brasil, 2013.

² BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. **Brasil Cigano: guia de políticas públicas para Ciganos**.

³ PIERONI, G. **Vadios e Ciganos, heréticos e bruxas: os degredados no Brasil-colônia**, 2000.

Algumas peculiaridades de seu modo de vida encontram-se em transformação, podendo-se, por exemplo, citar a transformação da relação geográfica nômade para o modo de vida seminômade, estas comunidades vêm praticando o sedentarismo através da fixação de residências definitivas, porém com especificidades próprias de um costume em transição.

Com a mudança de seus hábitos nômades para a forma seminômade, vem ocorrendo a intercessão dos interesses destas comunidades ciganas com os bens e serviços públicos, ocasionando-se desta forma conflitos com os interesses dos gestores públicos e privados dos demais cidadãos, razão pela qual ocorre a necessidade de regulação destas relações através da aplicação das normas de direito.

Neste trabalho, sem pretensão de exposição detalhada dos costumes tradicionais do povo Cigano, pretendemos apresentar as principais transformações sociais correntes nas comunidades Ciganas da região sul do estado do Rio de Janeiro, constatadas através da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública da União, a partir do ano de 2012, cuja natureza envolva necessariamente a existência de relações com as normas de direito fundamental, tendo em vista ausência de legislação específica,⁴ visando desta forma estabelecer parâmetros jurídicos voltados para a garantia do devido equilíbrio necessário ao respeito de sua cultura e opções de vida.

1. DELIMITAÇÃO DO OBJETO GEOGRÁFICO DO ESTUDO

A região sul do estado do Rio de Janeiro engloba duas regiões distintas: uma região oceânica denominada Costa Verde, cuja população foi estimada pelo IBGE no ano de 2016 em cerca de 236 mil habitantes, no entanto possuidora de uma população flutuante perene muito superior tendo em vista os atrativos turísticos e também ser um polo das indústrias nuclear e naval. A outra situa-se na região montanhosa denominada Vale do Paraíba, dividida ao sul pelo Sul Fluminense, com população também estimada pelo IBGE em 660 mil habitantes, onde concentra-se grande parte da indústria siderúrgica e também as indústrias automobilísticas do estado e, por fim o paradisíaco Vale do Café com cerca de 340 mil habitantes, onde predomina a pecuária e uma incipiente indústria

⁴ Em que pese existir o projeto de lei (PLS 248/2015), proposto pelo Senador Paulo Paim, visando estabelecer o Estatuto dos Ciganos. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/02/01/criacao-do-estatuto-do-cigano-esta-em-analise-na-comissao-de-educacao>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

turística.⁵

Nesta região sul do estado do Rio de Janeiro, podemos encontrar três comunidades Ciganas devidamente constituídas, todas aparentemente da etnia Cálón,⁶ prevalecendo, em regra geral, o pequeno comércio de carros e ferramentas entre os homens, não havendo grandes atividades de “leitura de mãos” pelas mulheres. A vestimenta masculina típica baseia-se no estilo rural (chapéu, botas e cinto com grandes fivelas), já a feminina utiliza-se necessariamente de vestidos típicos com cores fortes e rendados.

A primeira comunidade encontra-se na região oceânica mais especificamente no Município de Angra dos Reis, a segunda e a terceira nos Municípios de Porto Real e Resende, ambas no extremo da Região Sul Fluminense.⁷

No tocante aos acampamentos nômades, pudemos constatar que estes ainda ocorrem próximos aos acampamentos definitivos, tendo a experiência observado uma diminuição significativa dos mesmos nos últimos anos por razões que nos parecem estar ligadas às transformações sociais que trataremos neste artigo, mas excepcionadas em face de deslocamentos de outras comunidades, situação constante às margens das rodovias, o que não gera a fixação de acampamentos de longa duração além do tempo necessário para o descanso e logística necessária para o seguimento da viagem.

A escolha destas regiões do sul do estado do Rio de Janeiro pelos Ciganos se deve à sua crescente industrialização e conseqüentemente à existência de uma classe proletarizada com acesso facilitado ao consumo de bens materiais, fomentando assim o exercício do comércio que é a principal atividade dos homens das comunidades Ciganas.⁸

A comunidade Cigana de Porto Real tem uma característica singular de produção e venda

⁵ Sistema Firjan. **Retratos Regionais - Perfil Econômico - Região Sul Fluminense**, 2015. Disponível em: <www.firjan.org.br/economia>.

⁶ Entre os integrantes das comunidades, não há uma percepção histórica de suas origens tradicionais, havendo situação em que o entrevistado indagado ser era de origem Calón nos informou ser um cigano de origem mineira. Para mais esclarecimentos indicamos: <http://www.embaixadacigana.org.br/eticidades_ciganas_no_brasil.html> (nota 01).

⁷ Não é possível definir o número de habitantes de cada comunidade, pois as mesmas estão sempre recebendo novos visitantes, e se despedindo provisoriamente de alguns moradores. Citando-se o caso das ciganas que praticam a quiromancia que empreendem viagens de meses até o seu retorno ao lar, eis que também as comunidades estão expandindo sua área geográfica, por vezes por curtos períodos.

⁸ Pudemos constatar que nos casos de ausência de condição financeira para compra de produtos para o comércio os ciganos passam a exercer atividades profissionais comuns, em regra pelo baixo nível de escolaridade e pela ausência de documentação, geralmente realizando funções subalternas na construção civil.

de vestidos ciganos típicos, atividade exercida pelas mulheres da comunidade que tem como principais consumidoras as Ciganas das outras comunidades da Região e também de outras comunidades Ciganas da região metropolitana de São Paulo e do estado de Minas Gerais, onde o grupo mantém relações de parentesco e amizade.⁹

2. DAS POLÍTICAS CIGANAS TRADICIONAIS

Os Ciganos, ainda que preservem seu modo de vida tradicional, incluindo-se aí a utilização da linguagem própria, são parte integrante da população brasileira e, desta forma, possuem amplo acesso a todos os direitos fundamentais elencados na legislação brasileira: saúde, previdenciários, eleitorais e trabalhistas.

O principal entrave à efetivação destes direitos fundamentais, *latu sensu*, reside na conjugação entre a ausência de registro civil de nascimento dos membros das comunidades Ciganas, fato que gera a ausência de outros documentos essenciais tais como Carteira de Identidade, Cadastro de Pessoa Física, Carteira de Trabalho, e, sobretudo, ao desconhecimento do teor de seus direitos fundamentais, tendo em vista o alto grau de analfabetismo dos integrantes das comunidades.

Como solução ao primeiro ponto, o Governo Federal, por meio da lei nº. 9.534, de 10 de dezembro de 1997, determinou a gratuidade do registro de nascimento e do registro de óbito, com a extração da devida certidão do registro. Os não registrados no ato do nascimento, situação que ainda perdura em face de inúmeros membros das comunidades Ciganas, devem comparecer ao cartório de registro civil acompanhados de duas testemunhas que possam indicar o local do nascimento e a data para que se efetive o devido registro de nascimento.¹⁰

A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH), no ano de 2010, lançou uma cartilha voltada para o tema denominada: Ciganos – registro civil e cidadania.

⁹ Trata-se de atividade essencial ao **empoderamento** das mulheres ciganas que, por uma intrincada rede cultural, ainda não possuem a igualdade material constitucional. Infelizmente por sua “invisibilidade” no contexto social das relações com as organizações públicas, não conseguem captar insumos básicos para o seu desenvolvimento.

¹⁰ Um dos costumes ciganos que causa estranheza a nossas autoridades policiais, constantemente intuindo que o cidadão cigano se utiliza de falsa identificação para prejudicar seu reconhecimento, situação que já vivenciamos na prática da Defensoria, é o fato de que os ciganos possuem três nomes. O nome de identificação civil; o nome cigano pelo qual são chamados no cotidiano e um nome que sua mãe lhe sussurrou no ouvido ao nascer e que lhe protegerá por toda a vida, o qual somente ela sabe (PEREIRA – fls. 54).

Quanto ao analfabetismo, em que pesem as inúmeras políticas de educação voltadas para o ensino de jovens e adultos implementadas pelos estados federativos, a situação de nomadismo das comunidades ciganas sempre foi um grande empecilho à efetivação do oferecimento de educação a estes cidadãos.

Com a utilização dos acampamentos fixos, o acesso à falta de acesso à educação pode vir a ser revertida, havendo concomitantemente interesse preliminar dos Ciganos assim como de nossa rede escolar para captação dos interessados, pois o embasamento normativo já existe através do Ministério da Educação pelo Parecer CNE/CEB nº. 5/2011, aprovado em 5 de maio de 2011 - Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Médio. Respeitando-se sempre o fato de tratar-se de uma comunidade com peculiaridades que devem ser entendidas e devidamente aplicadas nos projetos educacionais a serem implementados.

No que tange aos direitos aqui denominados fundamentais da população cigana, de modo mais amplo, podemos citar que, em maio de 2009, foram lançadas campanhas de difusão dos direitos das comunidades Ciganas pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República por meio de uma cartilha denominada: Povo Cigano – o direito em suas mãos.

Esta cartilha, além de apresentar o delineamento político do atual governo no que se relacionava à cultura Cigana e sua devida difusão para fortalecimento dos interesses das comunidades Ciganas, também informava sobre a instituição do dia 24 de maio como o dia nacional dos Ciganos, implementado por decreto do dia 25 de maio de 2006.

No entanto, a prática desenvolvida pela Defensoria Pública da União junto às comunidades Ciganas demonstrou que os instrumentos de esclarecimento dos direitos da comunidade apresentados na forma escrita não proporcionavam resultados satisfatórios, preliminarmente pela observância da ausência de interesse em discussão dos temas, tendo em vista que os líderes dos acampamentos ou eram analfabetos ou quando alfabetizados não tinham conhecimento técnico necessário para entenderem o conteúdo informativo dos direitos apresentados na cartilha.

Dentro desta linha de difusão dos direitos fundamentais das comunidades ciganas, outro elemento que impressionava sensivelmente nos primeiros contatos para prestação de assistência jurídica gratuita era a distância que se mantinha entre as lideranças e os representantes da Defensoria Pública da União. Comportamento que julgamos ser oriundo em parte do desconhecimento das atribuições das instituições federativas assim

como de suas funções constitucionais, podendo-se considerar esta realidade social como padrão também em outras comunidades tradicionais em decorrência das péssimas relações oriundas do contato com o órgão policial que historicamente foi o elo entre o Estado (repressivo) e as comunidades tradicionais hipossuficientes.

Com muito esforço, ultrapassada esta fase inicial de aproximação, devidamente esclarecida a função constitucional de nosso órgão de assistência jurídica na defesa e orientação das comunidades hipossuficientes, gradativamente foi apresentada à Defensoria Pública Federal a realidade social destas comunidades em transformação e conseqüentemente a necessidade de implementação da garantia de seus direitos em face de suas necessidades contemporâneas.

2.1 Organização social e *modus vivendi*:

A melhor maneira de apresentarmos a relação entre as transformações sociais e os novos direitos a serem implementados, através das políticas públicas próprias do Estado por seus elementos de atuação, dar-se-á com a apresentação liminar das organizações sociais destas comunidades e também através da análise das necessidades de utilização dos serviços públicos.

As comunidades Ciganas não apresentam uma organização social homogênea. A comunidade do município de Porto Real ocupa um ponto geográfico central onde residem diversas famílias e é circundada de outras pequenas áreas (lotes) também ocupadas por outras famílias, todas ligadas a uma liderança central que determina as medidas de ordem e organização da comunidade, denominada “acampamento.”¹¹

Nas comunidades de Resende e Angra dos Reis, diversamente do analisado anteriormente, encontramos diversos pontos ocupados por famílias e seus agregados, sempre em terrenos próximos, porém sem que haja quaisquer relações de liderança entre todo o grupo. Constatando-se que não se afastam as relações de amizade e cooperação, mas evidente que cada agrupamento ou “acampamento” possui sua própria liderança.¹²

¹¹ Além da liderança representar o apoio necessário aos membros do acampamento nos momentos de dificuldades individuais, pudemos constatar que a liderança não tem o poder irrestrito e que, portanto, deve sempre direcionar a comunidade para os interesses coletivos.

¹² Todas as três comunidades estão assentadas em áreas urbanas dotadas de infraestrutura básica e acesso aos serviços públicos.

Com a dificuldade de utilização de terrenos desocupados que permitam acesso à água corrente e energia elétrica, via de regra cedidos pelos vizinhos mediante pagamento, estas comunidades foram se tornando definitivas (sedentárias), podendo-se estimar o tempo inicial de fundação dos acampamentos na cidade de Porto Real, no mesmo local geográfico, há mais de vinte e cinco anos.¹³

Tendo ocorrido, em vista desta peculiaridade, enorme número de matrimônios entre Ciganos e moradoras da cidade, as quais mesmo assumindo a *persona* cigana trouxeram seus elementos culturais para a nova realidade matrimonial, criando-se desta forma uma nova relação de culturas onde, por exemplo, pudemos constatar os cultos evangélicos ocorrendo em tendas nos acampamentos, próximo dos locais onde ocorre o exercício da quiromancia¹⁴. Todos os moradores do acampamento comemoram juntos a festa do Divino, ocasião em que alguns vão participar pessoalmente da festa nas cidades de Goiás e Pirenópolis, ambas no estado de Goiás, e todos conjuntamente participam de uma grande festa realizada no acampamento que é aberta à comunidade não Cigana.

A percepção sedentária de relação ao ponto de vista geográfico é relativa, tendo em vista que a ocupação coletiva dos terrenos permite que alguns de seus membros, por razões de segurança da posse fundiária, realizem viagens esporádicas a outros acampamentos, lá se fixando por longo período e depois retornando ao mesmo lugar de origem.

Após estes breves e devidos esclarecimentos quanto à organização social e política dos acampamentos, apresentaremos as mudanças sociais que entendemos serem as mais relevantes, assim como os direitos inerentes a estas, que devem ser resguardados.

2.2 Casamento Cigano

Considerando os fatos narrados no tópico anterior, mister ressaltar que a jovem Cigana assume sua *persona* de **mulher Cigana** (adulta) quando ocorre a primeira menstruação, ocasião em que lhe são atribuídos deveres na casa dos pais para o auxílio da mãe na manutenção “lustrosa” das panelas e metais da cozinha, além de outros afazeres caseiros, sem deixar de incorrer em direitos de vestir-se como uma mulher Cigana e também de

¹³ Informação prestada pela liderança e ratificada pelos moradores mais antigos, tendo-se como parâmetro as relações com os padres locais que cederam a área para a implantação do acampamento inicial.

¹⁴ As mulheres sem origem cigana de nascimento não praticam a quiromancia, que é peculiaridade das mesmas.

ostentar joias de ouro que lhe dão um *status* próprio da mulher Cigana.¹⁵

Os casamentos das jovens Ciganas ocorrem de forma muito mais precoce,¹⁶ as uniões matrimoniais são geralmente combinadas entre as famílias, havendo uma fase de conhecimento entre os futuros cônjuges antes do enlace matrimonial. No entanto, os casamentos dos jovens Ciganos, invariavelmente, ocorrem antes da idade determinada pelo código civil, ou seja, antes que as mulheres completem 16 e os homens 18 anos.¹⁷

Não nos cabe discutir os motivos que levam a esta escolha precoce pela realização dos casamentos dos jovens, em que pese a diversidade religiosa que se faz sentir nas diversas comunidades Ciganas, onde ocorrem cultos evangélicos, católicos e sobretudo impera o sincretismo cultural-religioso. Contudo, é relevante que entendamos que os valores preservados pela cultura Cigana ainda exacerbam o papel *vestal* da mulher Cigana na relação familiar e, desta forma, por motivos dos mais variados, mas essencialmente em face da tradição Cigana, vem ocorrendo os casamentos de jovens com idade inferior ao dispositivo legal.

Em que pesem nossas ponderações às lideranças sobre o assunto, a resposta obtida foi de que mesmo casados não haveria a consumação carnal até atingirem a idade determinada por lei. Cremos que a resposta seja adequada a conciliar as normas Ciganas com os ditames morais da época, não se olvidando que os casamentos ocorrem somente na tradição Cigana, com lindas festas que chegam a durar facilmente três dias de comemoração, mas mesmo que não verossímil a não efetivação do enlace carnal, a questão mais importante é que os matrimônios não são realizados civilmente.

Fica uma observação pertinaz no que tange aos direitos dos cônjuges perante o matrimônio: se não estão aptos perante a lei civil a contraírem matrimônio, mesmo com suprimento de seus responsáveis, para mulheres maiores de 16 anos, também não podem constituir desta forma união estável, logo trata-se de uma relação cultural tradicional não existente em nosso ordenamento e sem possibilidade de gerarem efeitos de garantia principalmente

¹⁵ Em nossa experiência no exercício da assistência jurídica pela Defensoria Pública da União encontramos jovens mulheres ciganas exercendo seus afazeres domésticos de arrumação da cozinha com o necessário lustro dos metais que sempre ficam em lugar de destaque na frente da tenda ou do galpão, junto com suas mães, completamente ornamentadas com suas joias de ouro.

¹⁶ Martinez nos informa que os casamentos ocorrem mais cedo nos países latinos e mulçumanos, e que no ano de 1985 a idade média para as mulheres era de 13 e para os rapazes entre 14 e 15 anos.

¹⁷ O Código Civil estabelece, em seu art. 183, XII, não poderem se casar as mulheres menores de 16 e os homens menores de 18 anos. Em exceção a esta proibição, o art. 214 do mesmo Código afirma poderem os referidos menores casar para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal.

aos cônjuges no mundo do direito.¹⁸

Cabe a nós, operadores do direito, conciliarmos as normas tradicionais da cultura Cigana, mesmo que em aparente desacordo com as normas do código civil, em defesa dos direitos destes jovens cônjuges Ciganos ou incorreremos na posição tácita de endossarmos um posicionamento generalizado de que devem os povos Ciganos adaptarem suas tradições às regras normativas gerais.

3. OS DIREITOS CONTEMPORÂNEOS DAS COMUNIDADES CIGANAS

3.1 Da habitação

O modo histórico de transporte em carroças (*vurdôs*), símbolo da bandeira dos Ciganos, há muito tempo foi substituído pelos automóveis, e a utilização de tendas (*thcêras*) para residência dos Ciganos, desde o início da segunda década do século XXI, vem sofrendo enormes transformações.

As principais motivações destas transformações estão relacionadas ao sedentarismo específico do grupo, pois a nova habitação proporciona o maior conforto físico aos moradores assim como a preservação de seus eletrodomésticos em face das intempéries. Não se pode olvidar que a atuação das autoridades policiais na realização de revistas nas tendas, sem respeito ao conceito constitucional de domicílio e ao horário de realização destes atos, muito influenciou na decisão de trocar-se a tradicional tenda pela utilização de galpões.¹⁹

Especificamente quanto ao desrespeito ao conceito de domicílio na cultura Cigana, a principal medida tomada pelo operador do direito deve se dar com a expedição de recomendação à autoridade policial para que sejam encerradas as arbitrariedades sob pena de responsabilização criminal dos que persistirem no desrespeito aos direitos fundamentais da inviolabilidade domiciliar.²⁰

¹⁸ PEREIRA: fls. 56 – “As famílias do homem e da mulher que se divorciaram deverão estar em acordo quanto à devolução do dote da noiva e, se o casal tiver filhos, isto também se constituirá num problema. Nesse caso, recorre-se à *Kris* “(justiça cigana).

¹⁹ Relacionado à temática há o projeto de lei N.º 7.774, de 2014 da Deputada Federal Erika Kokay que dispõe sobre a inviolabilidade do domicílio da população cigana.

²⁰ O artigo 5º, inc. XI da CF dispõe: a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Os galpões ocupam área com extensão similar à estrutura de uma tenda, cuja estrutura é devidamente fechada nas laterais com a fixação de placas de **compensados**, cuja cobertura se realiza com telhas onduladas denominadas popularmente de **amianto** ou **fibrocimento**. A abertura de acesso somente ocorre na parte frontal, onde pode ser fechada com portas de compensados que se mantêm elevadas durante o dia ou através de cortinados como nas tradicionais tendas.

Nestes galpões, a única estrutura interna de alvenaria é o banheiro, que se liga geralmente a uma fossa séptica comunitária,²¹ variando-se o piso de acordo com as possibilidades financeiras de cada família ali residente.

A fixação geográfica dos Ciganos no solo criou uma demanda de regularização legal da posse ou propriedade, a qual obviamente deverá ser resolvida de acordo com o título legal com o qual a comunidade ocupa a área em questão. A prática demonstra não se tratar de uma possível demanda para a construção de condomínios verticais ou mesmo condomínios populares com pequenas residências horizontais, pois estas habitações não se enquadram no modo de vida histórico destas comunidades.²²

Cada área residencial é ocupada por diversos grupos familiares, que desejam manter este modo de vida coletivo, seja por dificuldades financeiras ou por necessidade social, de onde se extrai que estamos diante de uma nova forma de ocupação coletiva urbana, não prevista nos códigos de postura municipais, e vista preconceituosamente como fenômeno de **favelização** urbana.

As ocupações de solo urbano com tendas já não eram bem vistas pelos poderes públicos municipais, no entanto são toleradas em face do temor às reações dos movimentos sociais de defesa dos direitos das comunidades tradicionais, mas tendo em vista estas transformações sociais que evoluem das tendas para estruturas rudimentares denominadas galpões, muito nos preocupa qual será a reação dos poderes públicos municipais diante destas.

Isto posto, acreditamos que a lei nº. 13.465, de 11 de julho de 2017, que normatiza a regularização do direito de laje, *mutatis mutandis*, com a devida regularização fundiária,

²¹ Ao contrário dos acampamentos com tendas, onde o escoamento das águas utilizadas nas cozinhas ocorre através de valas rasas e que o banheiro era coletivo e servido por buracos no solo.

²² Registro que o poder público municipal do Município de Porto Real chegou a oferecer imóveis de projetos populares para o assentamento da comunidade, os quais foram devidamente rechaçados pelos moradores do acampamento local com ênfase no seu direito cultural em manter seu estilo de vida comunitário.

possa se estender ao *modus vivendi* Cigano, criando um meio termo entre a necessidade social de habitação dos mesmos e as normas das posturas municipais.

3.2 Da Educação

Com a fixação de seus domicílios de forma sedentária, os integrantes das comunidades Ciganas passaram a enviar seus filhos para os colégios locais. Havendo uma imensa gama de analfabetos entre homens e mulheres, pudemos encontrar alguns poucos representantes masculinos na faixa etária de vinte e poucos anos que concluíram o ensino médio. No entanto, é importante frisar que estes elementos são oriundos de um extrato social com melhores condições financeiras e realmente são uma exceção dentro do quadro geral das três comunidades estudadas.²³

Com relação aos componentes femininos da comunidade Cigana do Município de Porto Real, onde a grande maioria não possui o nascimento Cigano, tendo adquirido esta qualidade através do casamento com membros natos das comunidades Ciganas, estas possuem um grau de ensino que oscila entre a conclusão do ensino fundamental e o início do ensino médio.

A questão mais relevante para análise das mudanças sociais é a participação de jovens do sexo masculino e feminino no ensino público da rede escolar. Quanto aos jovens de sexo masculino encontramos o empecilho do desconhecimento da cultura cigana por parte das instituições educacionais, pois a cultura tradicional dos membros do Povo Cigano tem como tradição que o jovem Cigano mantenha o cabelo sem cortar até o seu batizado Cigano (*Cúmuri*), não havendo idade estimada para o ato, mas como regra geral ocorrendo entre oito e nove anos de idade, ocasião em que o padrinho do jovem Cigano realiza o corte de seus cabelos, em **um ritual de passagem** para uma nova fase da vida.

Verificamos conflito neste sentido, com constrangimento às crianças e suas famílias para que procedessem ao corte do cabelo como medida de higiene escolar. Situação que poderia

²³ Quanto ao direito de acesso à educação pelos Ciganos Nômades há a intenção normativa de extensão aos mesmos dos direitos dos profissionais itinerantes, como os circenses, através do Decreto nº 6.872 de 04 de junho de 2009, que aprovou o Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial – PLANAPIR, trazendo em seu anexo como objetivo relacionado à educação o inciso V - elaborar projeto de lei com o objetivo de garantir às comunidades ciganas a equivalente prerrogativa de direito contida no art. 29 da Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978, que garante a matrícula nas escolas públicas para profissionais que exercem atividade itinerante. Mesmo com o vácuo legislativo há resolução do MEC que permite expressamente o acesso dos ciganos nômades **Resolução CNE/CEB 3/2012**.

ter sido resolvida com o conhecimento das tradições culturais das comunidades Ciganas pelas autoridades escolares e apreciado sob o prisma do reconhecimento das diferenças culturais existentes e a necessidade de se valorizar as culturas diferentes no convívio escolar.

Outra questão muito mais complexa é o acesso das jovens Ciganas ao ensino público. A primeira questão a ser analisada é que com a ocorrência da primeira menstruação as meninas passam a ser tratadas como “mulheres adultas” pela comunidade e desta forma começam a utilizar o tradicional vestido Cigano e as joias de ouro que lhes distinguem.

No acesso ao ensino público ou privado o constante conflito é a necessidade de utilização do uniforme das instituições de ensino para acesso ao interior dos colégios e suas salas, ocorrendo, desta forma, em nosso ordenamento uma contradição entre o direito à manutenção da cultura Cigana e o acesso ao ensino público fundamental, direito constitucional destas jovens representantes de sua cultura tradicional.

Em que pese uma similaridade do direito europeu no que tange à proibição da utilização pelas mulheres muçumanas do véu e da *burka* em espaços públicos, até mesmo de ensino, sob a égide da prevalência dos costumes locais, é preciso ressaltar que neste caso em comento estamos tratando do direito de comunidades tradicionais dentro do seu próprio território de origem, portanto mister que haja a preservação dos interesses da cultura tradicional.

3.3 Acesso à saúde

A transformação cultural no modo de vida dos Ciganos caminha inexoravelmente para a transformação dos eventuais acampamentos utilizados reiteradas vezes por grupos nômades de forma esporádica em acampamentos fixos. Isto posto os membros destas comunidades, mesmo que de passagem em modo seminômade, passam a utilizar os serviços públicos disponíveis em seu entorno e entre eles essencialmente o acesso à saúde pública.

Dentro da relação matrimonial Cigana, não nos cabendo aqui realizar um juízo de valor, evidencia-se uma relação de preservação da privacidade sexual das mulheres, pelo que anteriormente jocosamente utilizamos o termo *vestal* para adjetivar a condição da mulher

no lar²⁴. Desta forma identificou-se que as mulheres Ciganas, por uma exigência cultural, somente podem se consultar com médicos ginecologistas e outros especialistas das áreas que envolvam as partes íntimas da mulher, como até mesmo mastologistas para exame do câncer da mama, quando estes profissionais forem do sexo feminino.

Considerando a realidade do serviço de saúde pública no Brasil, onde há escassez de profissionais médicos, pode parecer a princípio haver uma contradição absurda na exigência da especialização do sexo dos médicos, no entanto se levarmos em conta que a imposição de atendimento por profissionais masculinos infringirá à abstenção dos devidos cuidados que as mulheres ciganas devem realizar com sua saúde, não nos parece incabível que os serviços de saúde locais se adaptem para este atendimento voltado aos cuidados das mulheres Ciganas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formação de uma nação envolve o reconhecimento de sua população, e no caso da nação brasileira é preciso ter em mente que não somos somente remanescentes de caucasianos portugueses, negros africanos e indígenas nativos. Somos todo um conjunto resultante de culturas que se uniram, por muitos séculos, sem jamais se aculturarem definitivamente.

Neste trabalho pudemos expor de forma sucinta que a cultura Cigana vem passando por transformações sociais relevantes. Inicialmente em face da fixação de acampamentos permanentes nos núcleos urbanos e conseqüentemente com a utilização dos serviços públicos de saúde, educação, mas sobretudo com a proximidade de seu modo de vida que permite a observação dos conflitos das normas em face dos seus usos e costumes tradicionais.

Constatando-se efetivamente que o momento sociocultural dos Ciganos passa por modificações importantíssimas e que a aculturação é um fenômeno natural de todas as culturas, que não possui o condão de afastar as características intrínsecas das culturas, as quais devem ser amparadas como forma de reconhecimento da diversidade cultural que forma o contexto nacional.

Neste breve trabalho apresentamos sugestões de operacionalização do direito para que

²⁴ A mulher Cigana, em nossa prática, demonstrou ser uma dedicada companheira e sobretudo ter um papel de apoio fundamental na economia doméstica, sendo respeitada e tratada com muito carinho por seus pares, isto posto o conceito de *vestal* está sendo utilizado para indicar o respeito e consagração que a mulher deve receber em seu lar na união matrimonial.

estas transformações sociais possam ser amparadas através das normas constitucionais fundamentais, assim como consequentemente pela adaptação das normas ordinárias de todas as esferas públicas dos entes federativos.

Nos mesmos moldes que a cultura Indígena vem sendo reconhecida há tempos em suas peculiaridades através do estatuto Indígena,²⁵ entendemos que a cultura Cigana requer o pronto reconhecimento, através de ordenamento específico, de suas diversidades comportamentais e que seus membros, sobretudo, necessitam do amparo legal, tanto através de programas específicos dos órgãos de apoio, como também pela atenção operacional efetiva das instituições governamentais prestadoras de assistência jurídica, para que, afinal, possam conviver sem conflitos com o nosso atual estamento social e legal.

Temos certeza que deixamos de apresentar tópicos relevantíssimos dos costumes Ciganos, tais como a realização da **justiça** por seus próprios membros e lideranças, questão que já foi legitimada para as comunidades Indígenas em seu estatuto Indígena, dentro da razoabilidade das decisões punitivas,²⁶ no entanto, ressalto que este trabalho tem a finalidade de apresentar a temática ao mundo jurídico para que outros estudos mais aprofundados possam ocorrer e com certeza, principalmente, chamarmos a atenção das autoridades institucionais sobre esta demanda da área dos direitos humanos tão pouco explorada relativa à conciliação das transformações sociais Ciganas com relação ao nosso ordenamento jurídico, que necessita urgentemente de uma análise séria e sobretudo desprovida de preconceitos.

REFERÊNCIAS

BASTIDE, R. **Antropologia aplicada**. Tradução de José Castelló, Buenos Aires, Argentina: Amarrortu editores, 1971.

²⁵ Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

²⁶ Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

CARVALHO, J.M. de (Org). **Perspectivas da Cidadania no Brasil Império**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

DERLON, P. **Tradições ocultas dos ciganos**. Tradução de Antonieta Dias de Moraes. São Paulo/Rio de Janeiro: DIFEL, 1975.

FERNANDES, N. **A inquisição em Minas Gerais no século XVIII**. Rio de Janeiro: Mauad, 2014.

FILHO, M. M. **Os Ciganos no Brasil e Cancioneiro Cigano**. São Paulo: Ed. Itatiaia, 1981.

FILHO, N. P. **Rituais e Mistérios do Povo Cigano**. São Paulo: Madras, s/d.

GOMES, M. P. **Antropologia**. São Paulo, SP: Contexto, 2015

JÚNIOR, M. D. **Etnias e culturas no Brasil**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1980.

LEAF, M. **Uma História da Antropologia**. Tradução Waltensyr Dutra e Sérgio Tadeu. São Paulo: EDUSP, 1981.

LIECHOCKI, S. E. E. **Ciganos a realidade**. Niterói, RJ: Heresis, 1999.

MACÊDO, O. (Taro Caló). **Ciganos natureza e cultura**. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1992.

MARTINEZ, N. **Os Ciganos**. Campinas, (trad. Josette Gian) SP: Papyrus, 1989.

MORAES, E. **Cárceres e fogueiras da inquisição**. Rio de Janeiro: Athena Editora, s/d.

PAIVA, A. **JK**. Barra Mansa, RJ: Editora Prosa e Verso, 2013

_____. **Ciganos e escravos no Brasil**. Volta Redonda, RJ: Edição do Autor, 2012.

PEREIRA, N. S. de; JARDIM, M. P. S. V. de. **Uma festa religiosa brasileira. Festa do Divino em Góias e Pirenópolis**. São Paulo: Conselho Estadual de Artes e Ciências

Humanas, 1978.

PEREIRA, C. C. da. **Povo Cigano**. 2.ed. Rio de Janeiro: Gráfica MEC, 1987.

PIERONI, G. **Vadios e Ciganos, heréticos e bruxas; os degredados no brasil-colônia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2006.

ROSSO, R. **Ciganos um povo de Deus**. Belo Horizonte: Fundação M. Resende Costa, s/d.

SALVADOR, J. G. **Cristãos-Novos, Jesuítas e Inquisição**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora – USP, 1969.

SARAIVA, A. J. **Inquisição e Cristãos Novos**. Porto, Portugal: Editorial Nova Limitada, 1969.

SCHRITZMEYER, A. L. P. **Sortilégio de Saberes: curandeiros e juízes nos tribunais brasileiros (1900-1990)**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

SIQUEIRA, S. A. de. **A inquisição portuguesa e a Sociedade Colonial**. São Paulo: Editora Ática, 1978.

SPERBER, D. **Estruturalismo e Antropologia**. Tradução de Amélia e Daniel Cohnm São Paulo: Editora Cultrix, (1968?)

TEIXEIRA, R. C. **Ciganos em Minas Gerais, uma breve história**. Belo Horizonte: Crisálida, 2007.

_____. **Ciganos no Brasil: uma breve história**. Belo Horizonte: Crisálida, 2009.

ACESSO UNIVERSAL E GRATUITO À SAÚDE E O JULGAMENTO DO RE 566.471/RN

UNIVERSAL AND FREE ACCESS TO HEALTH AND JUDGMENT OF EXTRAORDINARY APPEAL
566.471 / RN

Luiz Felipe Ferreira dos Santos

*Advogado
Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos
pelo Centro Universitário de Bauru - ITE
Sócio do Escritório Ferreira & Novaes Sociedade de Advogados*

luizfelipe@sfmn.com.br

Bruno Oliveira Pinheiro

*Advogado
Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos
pelo Centro Universitário de Bauru - ITE
Associado do Escritório Ferreira & Novaes Sociedade de Advogados*

bruno@sfmn.com.br

RESUMO

Objetiva-se com o presente estudo refletir sobre o direito fundamental à saúde e sua aplicação via Sistema Único de Saúde. Em meio à essa análise, está em pauta o julgamento do Recurso Extraordinário, com repercussão geral, de número 566.471/RN, no qual o relator, Ministro Marco Aurélio Melo adiantou seu voto. O julgamento está suspenso em razão de pedido de vista. Entrementes, a posição que será adotada pelo Supremo Tribunal Federal será paradigmática e de observância pelos tribunais, razão pela qual o tema merece atenção especial.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Dignidade da Pessoa Humana. Sistema Único de Saúde. Recurso Extraordinário nº. 566.471/RN.

ABSTRACT

This study aims at reflecting on the fundamental right to health and application through the Unified Health System. In the midst of this analysis, the judgment of the Extraordinary Appeal, with general repercussion of number 566.471 / RN, in the Which the rapporteur, Minister Marco Aurelio de Melo, voted in advance. The trial is suspended due to a request for hearing. Meanwhile, the position that will be adopted by the Federal Supreme Court will be paradigmatic and of observance by the courts, reason why the subject deserves special attention.

Keywords: Right to health. Dignity of human being. Unified Health System. Extraordinary Appeal n. 566,471/RN.

Data de submissão: 12/02/2018

Data de submissão: 13/07/2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS VALORES FUNDAMENTAIS 2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO COROLÁRIO DO DIREITO À SAÚDE 3. DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 3.1 A judicialização do direito à saúde 3.2 O Superado argumento da reserva do possível e a saúde *versus* a saúde 3.3 Acesso Universal ou seletivo e o julgamento do RE 566.471/RN. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 reinstituíu no Brasil o Estado Democrático de Direito, de modo a garantir e tutelar os chamados direitos fundamentais do homem. Nesse particular, o termo Democrático possui o chamado “núcleo essencial” de modo a obrigar que o Estado se empenhe em “assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais.”¹

Nessa perspectiva, a Constituição Federal, em seu artigo 1º, preceitua como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Ainda, no artigo 6º, preceitua como fundamental o direito à saúde. Não bastasse, o direito à saúde também possui tratamento na Seção II, do Capítulo II, do título VIII, da Constituição Federal. Relevante é mencionar que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a consagrar o direito fundamental à saúde.

Observa-se preocupação especial do constituinte com relação à saúde, impondo responsabilidades ao Estado para sua garantia e concretização. Ocorre que o acesso à saúde, atualmente, encontra-se muito aquém do objetivado pelo constituinte, razão pela qual se potencializam ações judiciais com objetivo de concretização dos direitos assegurados pela Lei Fundamental.

Estão em pauta, no Supremo Tribunal Federal, ações em que se discutem a obrigação do Estado de concretizar os direitos relacionados à saúde e assegurados pela Lei Fundamental. Merece destaque e estudo o Recurso Extraordinário de nº. 566.471/RN, no qual se discute o dever de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave.

Assim, o presente estudo abordará as questões relacionadas ao direito fundamental à saúde, bem como a existência (ou não) da mitigação do princípio da universalidade do Sistema Único de Saúde.

¹ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**, 2009. p. 171

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS VALORES FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 traz em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Com a promulgação do texto constitucional, a soberania transfere-se do povo à Constituição, na forma de competências, de modo que a soberania passa a ser conteúdo da competência dos órgãos do Estado. Com efeito, os órgãos passam a exercer parte do poder emanado do povo e materializado na Constituição, segundo critérios jurídicos, e não mais como exercício de força, crença religiosa, tradição e secularidade, como se verificava em outros sistemas.

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito Brasileiro, podemos indicar a cidadania e dignidade da pessoa humana, previstos no artigo 1º, incisos II e III da Carta Magna, onde se verifica o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais revelam um elemento fundamental para a consecução de um Estado Democrático de Direito, eis que se qualificam como vetores para a concretização de uma ordem democrática.

Com efeito, é certo que legalidade, direitos fundamentais e democracia são conceitos inseparáveis, independentes no processo de efetividade das normas constitucionais. Ao tratar do tema, afirma Marcelo Neves:

Estado de direito e direitos fundamentais sem democracia não encontram qualquer garantia de realização, pois todo modelo de exclusão política põe em xeque os princípios jurídicos da legalidade e de igualdade, inerentes, respectivamente ao Estado de direito e aos direitos fundamentais. Por seu turno, a democracia sem Estado de direito e direitos fundamentais caracteriza-se como ditadura na maioria.²

De fato, em um Estado Democrático de Direito a lei figura como um instrumento

² NEVES, M. **Transconstitucionalismo**, 2009. p. 51.

de realização dos direitos fundamentais, pressupondo a distribuição de competências, efetivação de direitos e liberdades fundamentais.

De tal maneira, depreende-se da Constituição Federal a previsão de normas que consagram a proteção da dignidade humana como base de fundamentação dos direitos e limitação dos poderes, configurando-se um Estado democrático de Direito, cuja interpretação deverá levar em conta todos os valores que o conformam.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO COROLÁRIO DO DIREITO À SAÚDE

A dignidade da pessoa humana foi alçada, pelo constituinte originário, como fundamento do Estado Democrático de Direito, de forma a ser observado sempre e a todo o momento. No que se refere à origem e evolução da dignidade da pessoa humana, Luís Roberto Barroso disserta:

Em uma linha de desenvolvimento que remonta a Roma antiga, atravessa a Idade Média e chega até o surgimento do Estado Liberal, a dignidade – *dignitas* – era um conceito associado ao *status* pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas instituições. [...] Até o final do século XVIII a dignidade ainda não estava relacionada com os direitos humanos. De fato, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ela estava entrelaçada com ocupações e posições públicas. [...] o entendimento atual de dignidade humana possui origens religiosas e filosóficas que remontam a muitos séculos, sendo talvez quase tão antigo quanto o anterior. A dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo.³

A dignidade da pessoa humana possui definição totalmente aberta. Inexiste um conceito puro e acabado de dignidade da pessoa humana. Como exposto acima, sua evolução passa pela origem em Roma, modificando-se e aprimorando-se até os dias atuais, passando por valores religiosos e intrínsecos aos seres humanos.

Percebe-se que a dignidade da pessoa humana relaciona-se com os valores intrínsecos do ser humano, de modo que, nos ensinamentos de André de Carvalho Ramos:

³ BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial, 2016. p. 13-14.

A raiz da palavra ‘dignidade’ vem de *dignus*, que ressalta aquilo que possui honra ou importância. Para Kant, tudo tem um preço ou uma dignidade: aquilo que tem um preço é substituível e tem equivalente; já aquilo que não admite equivalente, possui uma dignidade. Assim, as coisas possuem preço; os indivíduos possuem dignidade. [...] Nessa linha, a dignidade da pessoa humana consiste em que cada indivíduo é um fim em si mesmo, como autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca um meio ou instrumento para a consecução de resultados, não possuindo preço.⁴

Verifica-se na lição acima um paralelo entre dignidade e a honra ou importância, sendo a dignidade um valor que não possui equivalente, notadamente econômico, isto é, a dignidade relaciona-se com a natureza do ser humano.

Cláudio José Amaral Bahia e Ana Carolina Peduti Abujamra entendem que na ordem jurídico-constitucional o direito à saúde possui aceção formal e material, sendo que a material:

[...] encontra-se ligada à sua relevância como bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, pois não pode haver vida digna sem saúde. Uma questão de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual lhes serve de regra hermenêutica. Portanto, é necessário interpretar os direitos sociais de maneira a reconhecer-lhes o conteúdo material que a Constituição confere aos direitos e garantias individuais.⁵

Como se observa, a saúde está estritamente ligada à dignidade, posto que não há vida digna sem que o ser humano possa gozar de plena saúde. De igual modo, percebe-se que o direito à saúde está intrinsecamente ligado ao direito à vida e propriamente à dignidade, o que nos leva à conclusão de que ao concretizar uma prestação à saúde, estar-se-á materializando o próprio direito à vida, e por consequência, à garantia de dignidade do ser humano.

3. DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

⁴ RAMOS, A. C. de. **Curso de Direitos Humanos**, 2014. p. 69.

⁵ BAHIA, C. J. A.; ABUJAMRA, A. C. P. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Org. NERY JÚNIOR, N. e NERY, R. M. de A. In: **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**. Direito Fundamental à Saúde. Atividades de prestação de serviços médicos e de saúde: Serviços Médicos. Serviços Hospitalares. Risco. Meio Ambiente, 2010. p. 94.

A Constituição Federal, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles os direitos sociais, em seu artigo 6º, elenca a saúde como direito social e, no artigo 196, preceitua:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁶

A norma constitucional prevê a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas. Ademais, o tipo constitucional impõe o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Júnior, ao tratarem do tema, doutrinam:

O art. 6º da Constituição Federal indicou a saúde como um direito social incluindo-o, portanto, no rol dos chamados Direitos Fundamentais. Na verdade, o direito à saúde constitui um desdobramento do próprio direito à vida. Logo, por evidente, não poderia deixar de ser considerado como um direito fundamental do indivíduo. Nesse sentido, o art. 196 prescreve que a saúde é direito de todos e um dever do Estado, criando, por assim dizer, um direito subjetivo público de atenção à saúde, cuja tutela tanto pode dar-se pela via coletiva como pela individual.⁷

Os autores tratam o direito à saúde como desdobramento do direito à vida, notadamente em razão de que essa pode ser ceifada no caso de ausência daquela. Aduzem ainda ser dever do Estado garantir o direito subjetivo à saúde, que pode ser buscado judicialmente, seja em ações coletivas ou individuais.

Ainda, é oportuno destacar as lições de Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Júnior com relação ao princípio do acesso universal, que será objeto de análise mais profícua no item 4.3:

O princípio do acesso universal traduz que os recursos e ações na área da saúde pública devem ser destinados ao ser humano enquanto gênero, não podendo, portanto, ficar restritos a um grupo, categoria ou classe de pessoas.

⁶ BRASIL. Constituição Federal. Planalto.

⁷ ARAUJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**, 2016, p. 584.

[...]

O Sistema Único de Saúde rege-se por três princípios cardiais: a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, o atendimento integral e a participação da comunidade.⁸

Extraí-se da doutrina apresentada pontos nodais do Sistema Único de Saúde que guardam relação ao objeto do presente estudo, isto é, a universalidade, a descentralização e a participação da comunidade.

No que tange à descentralização, tem-se que os três entes federativos possuem responsabilidades e autonomias relacionadas à gestão e aplicação das políticas públicas para a concretização do acesso à saúde. Em termos de legislação infraconstitucional, a descentralização fica evidente. A Lei n.º. 8.080/90, que pode ser chamada de Lei Mãe, disciplina sobre “as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.”⁹

A descentralização torna-se evidente na medida em que a Lei n.º. 8.080/90 prevê que a direção do Sistema Único de Saúde será exercida, no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde e, no âmbito dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, pelas Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes.

Com efeito, os entes federativos devem dialogar, razão pela qual a referida lei criou as comissões intergestoras, bipartite e tripartite, bem como os conselhos de secretários de saúde.

A universalidade do sistema estaria relacionada ao fato de que o Sistema Único de Saúde não avalia cor, raça, credo, classe social, opinião política, profissão, nacionalidade, ou seja, o atendimento é voltado para o ser humano.

A participação da comunidade também é externada pela Lei n.º. 8.080/90, que prevê a possibilidade de atuação de instituições de ensino superior, entre outros. Destarte, a promoção da saúde é interesse de toda a sociedade.

3.1 A judicialização do direito à saúde

⁸ Ob. Cit. p. 584-585.

⁹ BRASIL. Lei n.º. 8.080/90. Planalto. Portal *online*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 13 jun. 17.

Assim como diversos outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, o direito à saúde não é efetivado pelo Estado na extensão prevista pelo constituinte originário. O sistema público de saúde sofre, assim como o Brasil em termos gerais, por diversos fatores, dentre eles a má gestão e a corrupção.

Não se imagina que a gestão do Sistema Único de Saúde seja algo simples; ao revés, a complexidade na gerência do sistema é providência da mais alta complexidade, motivo pelo qual a descentralização e atuação conjunta devem ser empreendidas e potencializadas.

Fato é que ações objetivando a concessão de medicamentos ou procedimentos cirúrgicos, isto é, ações com objetivo de concretizar o direito à saúde e, conseqüentemente à vida e à dignidade, crescem exponencialmente no Poder Judiciário, que, por seu turno, cria mecanismos a fim de dar vazão às demandas distribuídas diariamente.

A título de exemplo, em 2015, a justiça em números mostrou 815.696 casos de ações judiciais, em primeira e segunda instância, discutindo o direito à saúde¹⁰ – nos números apresentados estão também demandas relacionadas aos planos e convênios de saúde.

Com efeito, as demandas objetivando o fornecimento de medicamentos e cirurgias, em geral, são de alta complexidade, pois exigem conhecimentos específicos da área médica, que foge ao conhecimento do julgador. A prática demonstra que para julgar as ações dessa natureza, deve o Juízo valer-se de conhecimentos específicos. Nesse cenário, os auxiliares da justiça ganham relevância, porquanto que auxiliam a solução da questão.

O Conselho Nacional de Justiça, atento à essa realidade, em 30 de maio 2010, editou a recomendação número 31, que sugere aos tribunais “a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.”¹¹ Dentre as providências, sugestionou que os tribunais criem convênios para apoio técnico, compostos por médicos e farmacêuticos.

¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de justiça. **Justiça em números 2016: ano-base 2015**. Conselho Nacional de Justiça. Portal. *Online*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 15 jun. 17.

¹¹ BRASIL. BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n.º. 31. Portal. *Online*.. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por exemplo, criou o **Núcleo de Apoio Técnico - NAT**, que tem por finalidade “assessorar o Poder Judiciário Estadual, com informações técnicas, nas demandas relativas ao fornecimento de medicamentos, exames, internações e demais tratamentos em face do Sistema Único de Saúde (SUS).”¹²

Ocorre que, mesmo com auxílio, a judicialização da saúde acaba por onerar os cofres públicos, o que guarda estrita relação com a gestão, notadamente em razão de que ao realizar uma compra específica, para atender um caso pontual, o gasto do Poder Público é substancialmente maior.

Notório é o fato de que, ao se realizar uma aquisição maior, o poder de barganha é superior do que quando se realiza uma compra específica. Assim, socorre-se o Poder Público do que se convencionou chamar de reserva do possível, a seguir explicitado.

3.2 O superado argumento da reserva do possível e a saúde *versus* a saúde

Com o aumento da judicialização, o Poder Público passou a fazer uso da chamada reserva do possível, teoria cujo desenvolvimento inicial deu-se no Tribunal Constitucional Alemão, em caso envolvendo o acesso de vagas em instituição universitária.¹³ Assim:

A reserva do possível situa-se no contexto de real ausência de recursos públicos e não de uma simples discricionariedade de não aplicação em determinadas finalidades, o que poderia decorrer da própria aprovação de lei orçamentária em respeito aos direitos fundamentais cuja prestação é dever do Estado.¹⁴

A abordagem conceitual acima é ampla e vale não só para questões relacionadas à saúde, mas como todas as obrigações do Estado relativas aos direitos fundamentais. A lógica argumentativa da teoria da reserva do possível exterioriza-se no fato de que o Poder Público não estaria obrigado a fornecer o medicamento ou tratamento específico para o demandante, pois esse fornecimento oneraria e prejudicaria o sistema, na medida em que os recursos orçamentários são finitos.

¹² MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Resolução 881 de 12 de fevereiro de 2016. Portal. *Online*. Disponível em: <http://tjms.jus.br/_estaticos/_nat/Portaria_NAT.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2017.

¹³ ARELLANO, L. F. V. **Para além da reserva do possível**: cognição conglobante e dialética pública no controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: Revista de Processo, abril, 2017.

¹⁴ Ob. Cit. p. 402.

Assim, o Poder Público estaria obrigado a oferecer estritamente o possível, de modo que não lhe seria exigível disponibilizar ou atender situações excepcionais.

Contrapondo-se à teoria da “reserva do possível”, passou-se a tutelar o chamado “mínimo existencial”, amplamente invocado nos precedentes jurisprudenciais. Em recente precedente, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul entendeu:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – DIREITO À SAÚDE – DEVER DO ESTADO GARANTIR O MÍNIMO EXISTENCIAL – RESERVA DO POSSÍVEL – PREVALÊNCIA DO EFETIVO CUMPRIMENTO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. MULTA COMINATÓRIA – POSSIBILIDADE. RECURSOS DESPROVIDOS. A saúde é direito de todos e dever do Estado, o qual deverá garantir à sociedade a efetiva prestação de serviços mínimos para uma vida digna, não podendo valer-se da cláusula da reserva do possível para se abster de dar o efetivo cumprimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. É permitida multa coercitiva contra a Fazenda Pública, objetivando coagir o ente público a cumprir obrigação que deve ser imediatamente executada, para que a ordem judicial não perca a natureza compulsória.¹⁵

Perceba-se que é dever do Estado garantir a efetiva prestação dos serviços mínimos para uma vida digna, não sendo escusa a chamada cláusula da reserva possível. Há obrigação de o Estado garantir o mínimo existencial, nele incluso o direito à saúde.

O Superior Tribunal de Justiça, instado a se posicionar sobre a contraposição entre a reserva do possível, posicionou-se a favor do mínimo existencial, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPORTUNIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO. MULTA DIÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL. [...] 2. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrati-

¹⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Portal. *Online*. Apelação / Remessa Necessária n. 0800661-87.2016.8.12.0029, Naviraí, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 24/05/2017, p: 26/05/2017.

va. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes. 3. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 4. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra a União, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros” (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). 5. Está devidamente comprovada a necessidade emergencial do uso do medicamento sob enfoque. A utilização desse remédio pela autora terá duração até o final da sua gestação, por se tratar de substância mais segura para o bebê. 6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de determinação judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde. 7. Recurso Especial não provido. (REsp 1488639/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 16/12/2014)

Extrai-se do acórdão que os direitos sociais, em especial à vida e à saúde, não podem ser condicionados ao bel prazer do administrador. Inexiste ofensa à separação dos poderes no fato de o Judiciário tutelar direito essencial, inserido no conceito de mínimo existencial. Ademais, consideraram os julgadores inexistirem provas com relação à incapacidade financeira. Em suma, não podem os direitos fundamentais sucumbirem ao alvitre do administrador ou sua má gestão. Não só pode como deve existir ação do Poder Judiciário.

Em outro contexto, mas com conclusão que se encaixa perfeitamente ao estudo em tela, o Supremo Tribunal Federal, por meio do Ministro Celso de Mello, manifestou-se pela impossibilidade de “invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”¹⁶, de modo que está englobado no mínimo existencial o direito à vida, saúde e dignidade.

¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Portal. *Online*. RE 482611, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/03/2010, publicado em DJe-060 DIVULG 06/04/2010 PUBLIC 07/04/2010.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 45-9, analisou a possibilidade de o Poder Judiciário atuar de forma macro, isto é, com relação às políticas públicas adotadas pelo administrador. Ada Pellegrini Grinover aborda a questão:

Mas, o que vale realçar agora, é que a posição do STF, manifestada minuciosamente por um de seus mais sensíveis Ministros, Celso de Mello, na supra citada ADPF 45-9, é a de que são necessários alguns requisitos, para que o Judiciário possa intervir no controle de políticas públicas: (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade-financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.¹⁷

A análise acima se deu de forma macro, isto é, a priorização da saúde como política pública. O objeto deste estudo é a análise da tutela da saúde em termos individuais, ou seja, ações de conhecimento específicas em que indivíduos buscam o acesso à saúde.

Ocorre que a questão jurídica ganha relevos de complexidade ao se contrapor a saúde *versus* a saúde. Luis Roberto Barroso ensina:

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.¹⁸

A argumentação seria no sentido de que, ao tutelarem-se especificidades, especialmente no que se refere a medicamentos ou procedimentos cirúrgicos de alto custo, o Estado torna-se deficitário e falha na atuação da saúde para a população em geral. Assim, a saúde de um estaria ganhando proteção enquanto a de vários estaria padecendo.

Sustenta-se ordinariamente que os recursos para o custeio da saúde seriam finitos, ao passo que as pretensões infinitas e com isso o sistema entraria em colapso. Alguns

¹⁷ GRINOVER, A. P. **Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil.**

¹⁸ BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.

dados são relevantes, dentre eles está o fato de inexistir qualquer estudo que demonstre, em números, que o fornecimento de saúde de qualidade à população ocasionaria um descontrole das contas públicas.

A experiência, diga-se, não só jurídica, mas do dia a dia hospitalar, demonstra que a falta de gestão é uma das grandes mazelas do sistema. Não raras vezes excelentes médicos são maus gestores; ainda, há gestores que são maus gestores. O serviço público como um todo padece de melhor gestão, de bonificação por eficiência e produtividade, por capacitação profissional e estruturação.

Infelizmente não se faz um estudo crítico do sistema público de saúde. Ao revés, medidas paliativas são tomadas. Pessoas acabam tendo o estado de saúde agravado e gerando mais ônus para o sistema em razão de precariedade no primeiro atendimento. A gestão e o jurídico devem ser realizados em consonância com a realidade. Com o cotidiano.

Discussões homéricas foram travadas colocando-se em choque a reserva do possível e o mínimo existencial. Hoje, discute-se a saúde *vs* a saúde. A raiz do problema não é modificada.

Em meio a todo esse contexto, levando em consideração a carência de recursos e a responsabilidade da família para com o fornecimento da saúde, o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, propôs a alternativa que será tratada no tópico seguinte.

3.3 Acesso Universal ou seletivo e o julgamento do RE 566.471/RN

Está sob o crivo do Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário, com repercussão geral reconhecida, de número 566.471 originário do Rio Grande do Norte, cujo relator é o Ministro Marco Aurélio e discute-se “Direito à saúde e dever de o Estado fornecer medicamento,”¹⁹ grifa-se, sob a perspectiva individual.

O plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do recurso no dia 15 de setembro de 2016, em que se discute o “dever de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave sem condições financeiras para comprá-lo”.²⁰ Alguns elementos têm (ou não) relevância no referido julgamento, como o fato de o

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Portal. *Online*. Acompanhamento processual.

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Portal. *Online*. Informativo 839, 2017.

medicamento ser de alto custo, a doença ser grave e, destaca-se, o postulante não possuir condições financeiras.

O Ministro relator, Marco Aurélio, proferiu seu voto (ainda não disponibilizado na íntegra) no sentido de obrigar o Estado a fornecer o medicamento previsto na Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, desde que comprovada a imprescindibilidade, leia-se, adequação e necessidade, ou ainda a impossibilidade de substituição do fármaco. Acrescentou o Ministro: “É necessário demonstrar, ainda, a incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos previstas nos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil (CC).”²¹

Consignou o Ministro Marco Aurélio estar tratando de situação individual, sendo incumbência do Poder Judiciário “corrigir injustiças concretas”²². Para o presente estudo, ganha relevância as condicionantes aplicadas pelo Ministro Relator, em especial a questão relacionada a incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária.

Consta no informativo:

O segundo elemento a ser considerado é a incapacidade financeira. O dever de tutela estatal do mínimo existencial estaria definitivamente configurado se provada a ausência de capacidade financeira para a aquisição de medicação reconhecidamente adequada e necessária ao tratamento de saúde do indivíduo. Tal ótica estaria em conformidade com as decisões do STF.²³

Percebe-se na transcrição acima que a incapacidade financeira seria condição essencial para que o Estado seja obrigado a fornecer, gratuitamente, o medicamento postulado pela parte. Continuam as ponderações do relator:

Quanto à situação financeira do paciente, o relator frisou que, na família contemporânea, não pode haver direitos sem responsabilidades. A igualdade e a autonomia dos integrantes reclamam reciprocidade e solidariedade. Essa concepção é clara no art. 229 da Constituição, segundo o qual os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores; e os filhos maiores, o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. O dispositivo abrange, portanto, os deveres de cuidado com a saúde como manifestação

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ Idem.

cogente de solidariedade familiar. Logo, a dignidade humana, considerado o direito à saúde, seria comprometimento não só do Estado mas também da família. E, tendo em vista que não há hierarquia formal entre esses diferentes deveres de solidariedade, cabe ao intérprete harmonizá-los²⁴.

Interessante conjugação é realizada pelo Ministro Marco Aurélio. É evidente que o ordenamento jurídico, nele inserto a Constituição Federal, deve ser lido e aplicado como um sistema. Nesse aspecto, inegável é o preceito do artigo 229 da Constituição Federal a seguir transcrito: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”²⁵

A Constituição Federal, em seu artigo 229, torna evidente o dever dos pais com relação à assistência, criação, educação dos filhos menores, bem como os deveres dos filhos maiores para com seus pais na velhice. Manifesto que nesse contexto de assistência, criação e educação, estão inseridos os direitos à vida, saúde e, conseqüentemente, dignidade.

Extraiu-se do voto, em plenário, do Ministro Relator que:

Por ser específico, o dever familiar precede o estatal, que é custeado por toda a sociedade por meio de tributos. Nesse sentido, o Estado atua subsidiariamente, ou seja, exclusiva ou complementarmente, a depender do nível de capacidade financeira da família solidária.²⁶

Consoante a conclusão do Ministro Marco Aurélio, o dever de assistência no que se refere ao mínimo existencial relacionado à saúde é, primeiro, da família. Assim, havendo condição financeira dos familiares, há escusa legítima do Estado em fornecer o medicamento de alto custo.

Por conseguinte, o direito individual ao fornecimento de medicamento de alto custo estaria condicionado à impossibilidade financeira da família e, no caso de condições financeiras dos familiares e fornecimento pelo Poder Público, estaria assegurado o direito de regresso.

O julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista do Ministro Luís Roberto

²⁴ Idem.

²⁵ BRASIL. Constituição Federal. Ob. Cit.

²⁶ Idem.

Barroso. No dia 28 de setembro de 2016, o Recurso Extraordinário em comento foi novamente levado a plenário, oportunidade em que o Ministro Barroso expressou seu posicionamento que foi transmitido via informativo 841 do Supremo Tribunal Federal²⁷.

A síntese do entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso pode ser extraída dos “cinco requisitos cumulativos” que devem ser observados:

a) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; b) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; c) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; d) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e e) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a ela cabe a decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos ao SUS²⁸.

O Ministro Edson Fachin também apresentou um rol a ser observado:

a) prévio requerimento administrativo, que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador; b) subscrição realizada por médico da rede pública ou justificada impossibilidade; c) indicação do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira ou DCI – Internacional; d) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; e e) laudo, formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, em que se indique a necessidade do tratamento, seus efeitos, e os estudos da medicina baseada em evidências, além das vantagens para o paciente, comparando-o, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia.²⁹

Percebe-se que os Ministros apresentam requisitos para filtrar as postulações realizadas contra o Poder Público. Interessa, para o presente estudo, a questão relacionada à condição financeira do demandante e de sua família. Cumpre antes consignar que o julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista do Ministro Teori Zavascki e atualmente encontra-se tramitando no Supremo Tribunal Federal, sem data para julgamento,³⁰ por conseguinte, ainda não se fixou a tese para a repercussão geral.

Neste estudo, a questão a ser abordada é o acesso universal ou seletivo à saúde, isto é, o Poder Público tem o dever de fornecer tratamentos cirúrgicos e medicamentos somente

²⁷ BRASIL Supremo Tribunal Federal. Portal. *Online*. Informativo 841, 2016. Direito à saúde e dever de o Estado fornecer medicamento

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Portal. *Online*. Acompanhamento processual. Ob. Cit.

aos que não possuem condições financeiras ou a toda a população. O núcleo do estudo gravita nessa questão jurídica.

Ao tratar do direito à saúde, Gilmar Ferreira Mendes aborda seu âmbito de proteção:

O direito de proteção à saúde está previsto no art. 196 da Constituição Federal como 1) ‘direito de todos’ e 2) ‘dever do Estado’, 3) garantido mediante ‘políticas sociais e econômicas’ 4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, 5) regido pelo princípio do ‘acesso universal e igualitário’ 6) ‘às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação’.³¹

O Ministro Gilmar Mendes, na transcrição acima, discorre sobre o preceito tipificado no artigo 196 da Constituição, em que elementos importantes para o presente estudo são evidenciados, como o “direito de todos” e o “acesso universal e igualitário”. Nesse contexto, afirma:

O constituinte estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, que reforça a responsabilidade solidária dos entes da federação, garantindo-se, inclusive, a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (art. 7º, IV da Lei nº. 8.080/90).³²

Dessa forma, evidencia-se a preponderância do acesso universal aos serviços de saúde, que restou devidamente materializado na Constituição Federal com o objetivo de garantir a concretização de direitos fundamentais por parte dos entes da federação.

Entretanto, está em análise no Supremo Tribunal Federal a extensão desse acesso universal, ou seja, a possibilidade de limitação somente aos que são hipossuficientes economicamente. Questiona-se se seria a aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, de limites, restrições ao direito fundamental à saúde³³.

Naturalmente, reflexos decorrem do julgamento do Supremo Tribunal Federal. Ao se entender pela limitação do acesso ao Sistema Único de Saúde, deve-se ponderar e pontuar em que situações esses limites seriam aplicados, isto é, se só em situações judiciais e de alto

³¹ MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional (Série EDB) / Gilmar Ferreira Mendes, 2012, p. 483-484.

³² Ob. cit. p.485

³³ Ob. Cit.

custo ou em todo o sistema público de saúde.

O julgamento ainda não teve seu termo, mas fato é que a questão a ser solucionada pelo Supremo Tribunal Federal é extremamente sensível e merece total atenção dos ministros e da classe jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal prevê a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, impondo ao Estado a garantia ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Nessa perspectiva, é dever do Estado garantir a efetiva prestação dos serviços de saúde mínimos para uma vida digna, não sendo escusa a chamada cláusula da reserva do possível. Ocorre que está sob o crivo do Supremo Tribunal Federal o fato de o direito à saúde ser universal ou limitado aos hipossuficientes economicamente.

A questão é de ímpar relevância, pois ao passo que o constituinte preceituou ser a saúde um direito de todos, sem distinguir nesse momento os pobres dos ricos, os pardos dos brancos, os católicos dos protestantes, pode o Supremo Tribunal Federal entender pelo acesso público da saúde somente para os pobres. Quem seriam esses? A limitação aos pobres seria exclusiva em demandas objetivando a concessão de medicamentos de alto custo? Os postos de saúde estariam de portas fechadas aos “ricos”? Como separar, no caso das políticas públicas, os ricos dos pobres?

A saúde, como analisado acima, não engloba somente os medicamentos e postos médicos e hospitalares, mas políticas públicas em larga escala. Assim indaga-se se a partir do momento em que se deixa a universalização, os ricos não terão mais direitos a essas políticas públicas.

O tema é de alta proeminência e merece dedicação da comunidade jurídica.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, L. A. D. e NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.

ARELLANO, L. F. V. Para além da reserva do possível: cognição conglobante e dialética pública no controle jurisdicional de políticas públicas. In: **Revista de Processo**. Ano 42. Vol. 266. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril, 2017.

BAHIA, C. J. A.; ABUJAMRA, A. C. P. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Org. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, R. M. de A. In: **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**. Direito Fundamental à Saúde. Atividades de prestação de serviços médicos e de saúde: Serviços Médicos. Serviços Hospitalares. Risco. Meio Ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

_____, **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=36&shop_detail=440. Acesso em 16 jun. 17. Publicado em 22 de setembro de 2016.

BRASIL. Constituição Federal. Planalto. Portal *online*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 13 jun 17.

_____. Lei 8.080/90. Planalto. Portal *online*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso: em 13 jun. 2017.

_____, Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Portal**. *Online*. Apelação /

Remessa Necessária n. 0800661-87.2016.8.12.0029, Naviraí, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 24/05/2017, p: 26/05/2017. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Portal. *Online*. REsp 1488639/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 16/12/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=reserva+e+poss%EDvel+e+sa%FAde+e+m%EDnimo+e+existencial&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Portal. *Online*. Acompanhamento processual. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Portal. *Online*. Informativo 839. Disponível em: [http://stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo839.htm#Colaboração premiada e requisitos para concessão de perdão judicial](http://stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo839.htm#Colabora%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20e%20requisitos%20para%20concess%C3%A3o%20de%20perd%C3%A3o%20judicial). Acesso em: 20 jun 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Portal. *Online*. Informativo 841. Disponível em: [http://stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo841.htm#Direito à saúde e dever de o Estado fornecer medicamento – 2](http://stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo841.htm#Direito%20%C3%A0%20sa%C3%ADde%20e%20dever%20de%20o%20Estado%20fornecer%20medicamento%20-%202). Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Portal**. *Online*. RE 482611, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/03/2010, publicado em DJe-060 DIVULG 06/04/2010 PUBLIC 07/04/2010. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000085763&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASÍLIA. Justiça em números 2016: ano-base 2015. Conselho Nacional de Justiça. **Portal**. *Online*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Recomendação n. 31. Conselho Nacional de Justiça. Portal. *Online*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>. Acesso em: 16

jun. 2017.

GRINOVER, A. P. **Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil**. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=6&shop_detail=56. Acesso em: 16 jun. 2017. Artigo atualizado em julho 2016.

MATO GROSSO DO SUL. Resolução 881 de 12 de fevereiro de 2016. Portal. *Online*. Disponível em: http://tjms.jus.br/_estaticos_/nat/Portaria_NAT.pdf. Acesso em: 14 jun 2017.

MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)** / Gilmar Ferreira Mendes. 4 ed. ver. e ampl. São Paulo . Saraiva. 2012.

NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RAMOS, A. de C. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE A FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE E A LITIGÂNCIA PARA JUDICIALIZAÇÃO: DE QUE MANEIRA O MODELO BIOMÉDICO REPERCUTE NEGATIVAMENTE NO PODER JUDICIÁRIO?¹

THE INTERDEPENDENCE BETWEEN HEALTH PROFESSIONAL TRAINING AND LITIGATION FOR JUDICIALIZATION: IN WHAT WAY DOES THE BIOMEDICAL MODEL NEGATIVELY IMPACT THE JUDICIARY?

Marco Aurélio Souza Mendes

Advogado

*Mestrando em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense
e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia*

marcoaurelio.souzamendes@gmail.com

RESUMO

O artigo pretende apresentar uma breve discussão sobre como o modelo biomédico e científico da medicina ocidental na formação do profissional da saúde contribui com elementos negativos para fomentar a Judicialização da saúde no país. Será realizada uma revisão bibliográfica sobre artigos e teses de doutoramento que trabalham o tema da formação do profissional médico e na relação entre Poder Judiciário e profissional da saúde. Os resultados pretendem identificar que a formação biomédica contribui para individualizar demandas e fortalecer o sistema de medicalização e a indústria comercial farmacêutica, desconstruindo as bases da integralidade e equidade do Sistema Único de Saúde para tornar a saúde um privilégio de classes sociais mais abastadas.

Palavras-chave: SUS. Relação interprofissional. Judicialização da Saúde. Medicalização. Formação profissional na saúde.

¹ A produção deste artigo tem por base as discussões ocorridas na disciplina “Políticas Públicas de Saúde no Brasil e modo de produção do cuidado”, ministrada pelo Profº Dr. Aluísio Gomes da Silva Júnior em novembro de 2017 no PPGJA – UFF, bem como a bibliografia recomendada para leitura e pesquisa.

ABSTRACT

The article intends to present a brief discussion about how the biomedical and scientific model of Western medicine in the training of the health professional contributes with negative elements to foment the Judicialization of the health in the country. A bibliographic review will be carried out on articles and doctoral theses that work on the subject of the medical professional training and on the relationship between the Judiciary and the health professional. The results intend to identify that the biomedical training contributes to individualize demands and strengthen the medicalization system and pharmaceutical commercial industry, deconstructing the bases of integrality and equity of SUS to make health a privilege of more affluent social classes.

Key words: SUS. Interprofessional relationship. Health Judicialization. Medicalization. Vocational training in health.

Data de submissão: 120.02.2018

Data de submissão: 14.08.2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. A FORMAÇÃO BIOMÉDICA DO PROFISSIONAL DA SAÚDE E SEUS REFLEXOS NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE 2. A RELAÇÃO MÉDICO-JURÍDICA NA FORMAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O tema da Judicialização em políticas públicas de saúde não é nada novo na literatura jurídica e médica. Aliás, trata-se de um conteúdo de domínio popular, que estampa as folhas dos periódicos jornalísticos cotidianamente.

A discussão, por outro lado, toma um partido radical que muitas vezes negligencia dois elementos de fundamental importância no trato da saúde pública: a elementar humana inserida no direito social conjugada com a necessidade da discussão racional de finanças públicas.

Nesta balança de pesos de aparência desigual, variáveis externas ao Judiciário contribuem para o fomento da Judicialização, e que inclusive repercutem na maneira como o Poder Judiciário, bem como os auxiliares da Justiça, ocupam-se para resolver estas demandas. A reflexão que este artigo busca trazer é demonstrar de que maneira a formação do profissional da saúde, inserido em um modelo biomédico científico e de medicalização, contribui para fomentar o litígio.

A revisão bibliográfica a ser apresentada tem o viés de contribuir para o fortalecimento da premissa anteriormente levantada, aditando-se ainda outras consequências que decorrem do modelo de medicalização, como a segmentação do acesso ao Judiciário na saúde e o fortalecimento da lógica de mercado na indústria farmacêutica.

O artigo irá se estruturar em três partes para facilitar a abordagem perante a metodologia escolhida de revisão bibliográfica: em primeiro plano abordar-se-á o que é a formação biomédica do profissional da saúde e o fenômeno da medicalização; em segundo plano serão apresentados dados de pesquisas realizadas em São Paulo e Minas Gerais sobre a relação entre médico e profissionais da Justiça nos litígios de Judicialização; por fim, o terceiro plano elaborará a conclusão sobre quais impactos negativos a medicalização e a formação biomédica do profissional da saúde são encontrados na Judicialização, e quais fatores poderiam ser modificados de imediato que contribuiriam para uma modificação positiva do cenário atual.

1. A FORMAÇÃO BIOMÉDICA DO PROFISSIONAL DA SAÚDE E SEUS RE-FLEXOS NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

O modelo biomédico predominante atualmente tem suas raízes no contexto do Renascimento, associado com a expansão espanhola e portuguesa das Grandes Navegações, pois este momento histórico permitirá o surgimento de diversos instrumentos técnicos e mecânicos de investigação².

O novo modelo explicativo introduz a gradativa reorientação nos princípios e práticas que irão conformar a nova medicina, sendo bastante ilustrativo o modelo mecânico que se erige como analogia para a compreensão do funcionamento do corpo: o relógio e suas engrenagens³.

Durante muito tempo, a relação médico-paciente era voltada para análise do conjunto (o corpo humano como um “todo unificado”). O paradigma mecanicista revolucionou o entendimento da medicina da época, pois possibilitou que a investigação técnica e mecânica do corpo humano fosse equiparada a uma máquina ou engrenagem, em que seus problemas são vistos de maneira unitária sobre cada parte específica.

Para uma simples analogia, o corpo humano começou a ser visto da mesma forma que uma máquina mecânica: para se analisar o problema do motor de um carro, não se avalia o todo veicular, pois o primeiro passo é abrir o motor e analisar qual bobina ou válvula está defeituosa.

Conforme explica Barros,⁴ a adesão massiva ao raciocínio e práticas biomédicas tem a ver com as supostas soluções, que na realidade são meramente paliativas, visto não agirem nas causas propriamente ditas. Concentram-se nas “partes” de um sistema ou de um processo que, na sua essência, são bem mais complexos.

Este modelo possui uma forte tendência de dispensar demais conhecimentos tradicionais em prol de que a investigação científica da medicina possua uma irrefutável supremacia sobre qualquer outro tipo de conhecimento.

² BARROS, J. A. C. Pensando o processo saúde-doença: a que responde o modelo biomédico? **Revista Saúde e Sociedade**, 2002, p. 68.

³ *Ibid.*, p. 68.

⁴ *Ibid.*, p. 70.

Com o passar dos anos, a formação biomédica contribuiu para uma diminuição da influência da educação popular na formação do profissional da medicina, o que influencia diretamente no modelo de formulação de políticas públicas de saúde por retirar uma parcela do caráter popular do debate médico.

A atuação médica moderna perpetuou-se por meio da expropriação social de técnicas populares de cuidado para uma dinâmica em que o paciente possui somente uma condição binomial de estar ou não estar doente, a normatividade entre o patológico e o normal.

Leal e Sthal⁵, ao citarem Moretti-Pires no trabalho elaborado, criticam a formação fragmentada em especialidades e disciplinas do profissional de saúde, pois para estes autores a vivência prática e em comunidade no campo da saúde é fundamental para o engajamento social do médico. A falta de inserção curricular de disciplinas que trabalham este aspecto indica a priorização da técnica e do individualismo focado somente na doença no campo da medicina.

Com a influência do desenvolvimento progressista nos demais setores de trabalho durante os últimos séculos, em que avançar significa necessariamente aumentar para aperfeiçoar, no campo da medicina este fenômeno não seria diferente.

Barros⁶ relaciona que a intromissão desmedida de tecnologias médicas sob a alcunha de “avanço” levou ao entendimento de que mínimos problemas psíquicos ou fisiológicos são frutos de uma doença a ser medicalizada, podendo ser entendido como a crescente e elevada dependência dos indivíduos e da sociedade para com a oferta de serviços e bens de ordem médico-assistencial e seu consumo cada vez mais intensivo. Portanto, o desenvolvimento da biomedicina possui íntima relação com a acentuada medicalização no procedimental do profissional da saúde.

A consequência primordial na elevação do trato primário da doença é o fenômeno da medicalização, o que estimula a indústria farmacêutica a utilizar das técnicas de marketing comercial para inserir um medicamento em determinado setor. Para Barros⁷, em uma sociedade que para quaisquer problemas se busca um “remédio” oferecido pela ciência, os antigos instrumentos de dominação mágica do mundo, como a crença teológica ou o

⁵ STHAL, H. C.; LEAL, C. R. A. A. Educação popular como política de saúde: interfaces com a formação profissional em saúde. **Cadernos de Pesquisa**: Periódicos da UFMA, 2017, p. 128.

⁶ *Ibid.*, p. 70

⁷ *Ibid.*, p. 73.

credo mitológico, foram substituídos por objetos técnicos.

2. A RELAÇÃO MÉDICO-JURÍDICA NA FORMAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO

Antes de falarmos sobre a Judicialização, é necessário apresentarmos um pilar fundamental do Sistema Único de Saúde, pois é neste local que a formação do profissional médico gera a influência primária e direta. O SUS pode ser compreendido como o conjunto de todas as ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

Quando temos a redução da relação médico-paciente como uma técnica ou um procedimento inserido em protocolos (a normatividade entre patológico e saudável) para somente depois haver a adequação à subjetividade dos participantes, há um descompasso entre forma de atuar do médico, disponibilidade de medicamentos e taxa de sucesso para o paciente.

Este movimento gera, de início, inúmeras e sucessivas idas do paciente ao atendimento básico para se submeter a atuações protocolares que muitas vezes não resolvem seu problema, somente conferem medidas paliativas para um desconforto local.

Sucupira⁸ corrobora com esta afirmação, demonstrando em seu trabalho que nos serviços de pronto-atendimento, no modelo centrado na doença, calcado na díade queixa-conduta, o atendimento prestado resume-se a dar uma resposta imediata, visando despachar o mais depressa possível a clientela em função do acúmulo de demanda. O foco é a doença, e não o indivíduo. A baixa resolutividade desse modelo faz com que o paciente retorne várias vezes ao serviço, aumentando cada vez mais a demanda. O autor ainda complementa afirmando que esse é um círculo vicioso que leva à insatisfação tanto dos profissionais quanto dos usuários.

Neste modelo protocolar, ao não privilegiar o elemento subjetivo do paciente, inúmeros questionamentos pendentes de resolução dentro do SUS por inadequação entre fórmula administrativa e expectativa de resolução do problema, surge um dos elementos da

⁸ SUCUPIRA, A. C. A importância do ensino da relação médico-paciente e das habilidades de comunicação na formação do profissional da saúde. **Interface:** Comunicação, Saúde e Educação, 2007, p. 625.

Judicialização: o problema da efetivação administrativa de procedimentos individuais.

Este cenário já nos leva adiante do segundo problema que se correlaciona com a ausência de protocolos de procedimentos, que é a falta de medicamentos específicos solicitados pelos médicos, pois muitos dos procedimentos individualizados esbarram também com a ausência da matéria-prima medicamento para sua efetivação. Procura-se o Judiciário para resguardar o direito fundamental à saúde sob o fundamento de que portarias interministeriais não podem limitar o acesso à saúde garantido constitucionalmente.

Cito agora dois estudos complementares de 2009 e 2012 que trabalham a relação entre profissionais da saúde e Judiciário, e identificam pontuais características de como se dá esse movimento de negação administrativa contra efetivação de políticas pelo Judiciário.

Em um estudo realizado no ano de 2012 pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), que teve como objetivo descrever as relações entre prescritor, advogado e indústria farmacêutica nas ações judiciais impetradas contra o Estado, o Poder Judiciário contribuiu para introduzir no mercado medicamentos não padronizados pelo SUS ou pertencentes ao Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (medicamentos de alto custo) para condições de saúde não regidas por diretrizes ou protocolos⁹.

Além disso, importante ressaltar que a pesquisa identificou que não existe uma relação entre prescrições de médicos eminentemente privados e o receituário de medicações fora da lista do SUS, pois em determinados estados da federação a prescrição dos medicamentos fora da lista estava majoritariamente concentrada em médicos do setor público.

Já em um estudo elaborado em 2009 pela Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, em um descritivo dos processos judiciais de solicitação de medicamentos à SES-SP relacionados no Sistema de Controle Jurídico (SCJ) no ano 2006, foi constatado que a maioria das ações analisadas foi ajuizada por advogados particulares; 47% dos pacientes possuíam receitas da rede privada e cerca de 73% dos processos foram provenientes de pacientes residentes nos três estratos de menor vulnerabilidade social do Município de São Paulo, Brasil¹⁰.

⁹ CAMPOS NETO, O. H. *et al.* Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. **Revista Saúde Pública**, 2012, p.786.

¹⁰ CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, 2009, p. 1840-1842.

Se a padronização desatende aos princípios constitucionais do direito à vida, à saúde, à dignidade da pessoa humana e outros, torna-se odiosa e não prevalece sobre a Constituição da República sob a ótica do Judiciário, visto que, nestes casos, os inúmeros processos atendem a uma necessidade individual sem a análise da macronecessidade da sociedade sobre a saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A revisão bibliográfica apresentada acentua que o modelo biomédico contribui para acentuar a Judicialização, pois tanto o profissional da saúde quanto os integrantes da formação da Judicialização (juízes, advogados, procuradores e defensores públicos) trabalham com ideias isoladas sem se atentar ao cenário econômico e social em que estão inseridos. Uma das saídas imediatas é rever as bases de formação do profissional da medicina e o entendimento sobre a integralidade e equidade do SUS, bem como o que se entende quanto ao alcance universal do direito fundamental da saúde.

Veja que uma posição emblemática do Supremo Tribunal Federal auxilia no desenvolvimento da conclusão sobre o prevalecimento da individualidade nos atores da Judicialização:

O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.¹¹

Os juízes, ao deferirem as ordens para o fornecimento de medicamentos como forma de garantir os direitos dos indivíduos, não observam a política de assistência farmacêutica do SUS. Na realidade, há uma trágica escolha para o magistrado: conviver com a lembrança de que negar um pedido individualizado pode custar o preço de uma vida que se encontra por trás das folhas daquele processo ou identificar que a longo prazo as decisões que ampliam benefícios e concedem tratamentos sem nenhum critério de razoabilidade ou proporcionalidade irá gerar um descompasso tanto de orçamento quanto de alcance do direito à saúde.

¹¹ (RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 31-5-2011, Primeira Turma, DJE de 17-6-2011.) No mesmo sentido: AI 553.712-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-5-2009, Primeira Turma, DJE de 5-6-2009; AI 604.949-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-10-2006, Segunda Turma, DJ de 24-11-2006.

As consequências orçamentárias são importantes e não podem ser descartadas do debate da Judicialização, uma vez que os recursos são finitos e sua administração deve ser planejada e balizada pelas políticas de saúde. Consequentemente, as demandas judiciais prejudicam essas políticas, impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos, além de interferir no planejamento das ações de saúde.¹²

A maioria dos itens solicitados nos processos de ação judicial estudados por Chieffi¹³ determina o fornecimento de um medicamento de “marca” específica, e que muitas vezes não possui similar ou genérico disponível no mercado. Ao aliar este dado com os resultados da presença de receituários não protocolares tanto em médicos do SUS quanto nos médicos do setor privado, o modelo da Judicialização é uma consequência direta do processo de medicalização da medicina no modelo biomédico, pois é uma característica da atuação do profissional médico privilegiar sempre a solução do instrumental farmacêutico.

Quando estes dados são somados aos da pesquisa de São Paulo, identifica-se ainda uma segmentação do acesso à Justiça que distorce a base fundamental da equidade e integralidade do SUS, pois houve baixa frequência de processos representados por núcleos de assistência jurídica gratuita, vinculados a faculdades de direito, o que ocorre igualmente nas Defensorias Públicas quanto ao desestímulo inicial do litigante que se depara com uma instituição ainda não aparelhada de maneira suficiente para atender o volume de demandas que lhe chegam.

Este modelo de Judicialização beneficia a lógica de mercado das indústrias farmacêuticas, pois só acessa majoritariamente o Judiciário aquele que possui recursos financeiros para arcar com todo o iter procedimental.

Uma das soluções propostas por quem trabalha a literatura da Reforma Sanitária no país é a introdução de uma formação baseada na educação popular dentro dos currículos dos cursos da área da Saúde. Stotz¹⁴ argumenta que a educação popular se relaciona com a educação política, uma vez que não se dissocia do cotidiano, ponto de partida para as reflexões dos problemas socialmente estratificados por condições que extrapolam o âmbito do sujeito (uma estrutura social e política de maior amplitude).

¹² *Ibid.*, p. 1845.

¹³ CHIEFFI, A. L. **Análise das demandas judiciais de medicamentos junto a Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo à luz da política de assistência farmacêutica**. Tese (Doutorado em Medicina Preventiva) - Faculdade de Medicina, 2017, p. 95-98.

¹⁴ STOTZ, E. N. A educação popular nos movimentos sociais da saúde: uma análise de experiências nas décadas de 1970 e 1980. **Trabalho, educação e saúde**, v. 3, 2005, p. 9-30.

Conforme Sucupira¹⁵, inserir a educação popular como forma de modificar a formação do profissional da saúde é levar a uma compreensão mais ampla do paciente e de suas demandas, não se esgotando no domínio de uma técnica, mas na necessidade de uma formação mais ampla nas ciências humanas que vai se expressar nas atitudes, posturas e condutas adotadas nessa relação.

Neste modelo de inserção social, o futuro profissional poderá ter uma postura ética e solidária para entender seu paciente como o portador de um sofrimento humano, e que a medicalização é uma das possíveis soluções a serem aplicadas ao sujeito-paciente.

Para o lado do Judiciário, no que tange o modelo de julgamento dos juízes, é necessário que haja um afastamento do modelo padrão decisório e da elevação abstrata e intangível da Constituição para salvaguardar todo e qualquer tipo de tratamento para ser efetivado no âmbito da Judicialização.

As ações judiciais para obtenção de medicamentos não possuem uma relação direta com os princípios da universalidade e da integralidade, pois o que há é o acionamento do Estado para custear um privilégio individualizado fora dos programas e protocolos.

Chieffi¹⁶ afirma que a interpretação do Judiciário sobre o que venha a ser assistência farmacêutica integral como a dispensação de todos os medicamentos disponíveis no mercado brasileiro, sem que sejam levadas em consideração as políticas públicas, tem gerado um desequilíbrio orçamentário e financeiro, que prejudica os princípios da equidade e integralidade do SUS e debilita o ente de maior fragilidade nesta relação: os Municípios.

Por isso, um olhar mais racional do Judiciário tende a gerar decisões mais equilibradas entre alcançar um direito fundamental dentro das possibilidades de recursos orçamentários finitos para a execução de políticas públicas. Da mesma forma que o Judiciário é um reflexo da atuação biomédica e de medicalização do profissional da saúde, sua padronização decisória ao não se preocupar com externalidades na questão da saúde (recursos orçamentários, fragilidade do ente federativo, desequilíbrio social no acesso ao Judiciário,

¹⁵ SUCUPIRA, A. C. A importância do ensino da relação médico-paciente e das habilidades de comunicação na formação do profissional da saúde. **Interface: Comunicação, Saúde e Educação**, 2007, p. 627.

¹⁶ CHIEFFI, A. L. **Análise das demandas judiciais de medicamentos junto a Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo à luz da política de assistência farmacêutica**. Tese (Doutorado em Medicina Preventiva) - Faculdade de Medicina, 2017, p. 95-98.

entre outros) contribui de maneira mútua para o sistema privilegiado no acesso à saúde, garantindo ainda a perpetuação da lógica de mercado das indústrias farmacêuticas que são abundantemente abastecidas de recursos públicos para seus medicamentos “seletos” e de “única marca”.

Inserir a educação popular no quadro curricular médico é efetivar a busca pela real aproximação entre a universidade, a comunidade e o Sistema Único de Saúde. Esta aproximação, inclusive, não pode se dar somente no campo teórico. Há a necessidade de mostrar o campo prático.

Conforme Leal e Stahl,¹⁷ os profissionais de saúde necessitam aprender, desde a graduação, a valorizar o saber local e realizar um trabalho construtivo com ele e não sobre ele. As práticas educativas precisam incentivar o diálogo, a reflexão, a expressão da afetividade, a criatividade e se direcionarem para a formação de sujeitos autônomos e conscientes, sujeitos que poderão realmente participar de forma ativa no processo de formulação e gestão da política pública de saúde.

Outras considerações poderiam ser levantadas sobre a relação entre Judicialização e formação profissional do médico. Mas para o objetivo deste artigo, crê-se que houve um cumprimento efetivo da revisão bibliográfica sobre como a formação atual do profissional contribui para acentuar a Judicialização, e que este modelo distorce os objetivos de uma política de saúde equitativa, pondo em risco inclusive o setor vulnerável que realmente necessitaria da guarida do Judiciário e as demais políticas públicas por ausência de recursos orçamentários na alocação desmensurada de recursos para demandas individuais.

REFERÊNCIAS

BARROS, J. A. C. Pensando o processo saúde-doença: a que responde o modelo biomédico? **Revista Saúde e Sociedade**, São Paulo - SP, v. 11, p.67-84, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v11n1/08>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

CAMPOS NETO, O. H. *et al.* Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 46, n. 5, p. 784-790, out. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102012000500004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 28 dez. 2017.

¹⁷ STHAL, H. C.; LEAL, C. R. A. A. Educação popular como política de saúde: interfaces com a formação profissional em saúde. **Cadernos de Pesquisa**: Periódicos da UFMA, 2017, p. 130.

CHIEFFI, A. L. **Análise das demandas judiciais de medicamentos junto a Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo à luz da política de assistência farmacêutica.** 2017. Tese (Doutorado em Medicina Preventiva) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-31072017-130420/>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

_____. BARATA, R. B. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 08, p.1839-1849, ago. 2009. Disponível em: <<https://www.scielo.org/pdf/csp/2009.v25n8/1839-1849/pt>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

STHAL, H. C.; LEAL, C. R. A. A. Educação popular como política de saúde: interfaces com a formação profissional em saúde. **Cadernos de Pesquisa: Periódicos da UFMA**, São Luís - MA, v. 24, n. 2, p.125-138, ago. 2017. Quadrimestral. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18764/2178-2229.v24n2p125-138>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

STOTZ, E. N. A educação popular nos movimentos sociais da saúde: uma análise de experiências nas décadas de 1970 e 1980. **Trabalho, educação e saúde**, Rio de Janeiro, v. 3 n. 1, p. 9-30, 2005.

SUCUPIRA, A. C. A importância do ensino da relação médico-paciente e das habilidades de comunicação na formação do profissional da saúde. **Interface: Comunicação, Saúde e Educação**, Botucatu - SP, v. 11, n. 23, p.625-627, dez. 2007. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/1801/180115440016/>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

VASCONCELOS, E. M. Educação popular: de uma prática alternativa a uma estratégia de gestão participativa das políticas de saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 67-83, 2004.

A REVOLUCIONÁRIA EXPERIÊNCIA DE DEFENSORAR POR MEIO DA SISTEMÁTICA DE ATUAÇÃO DO CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL

THE REVOLUTIONARY EXPERIENCE OF ADVOCATING THROUGH THE SYSTEM OF ACTION OF THE HUMAN RIGHTS REFERENCE CENTER OF THE PUBLIC DEFENDER OF RIO GRANDE DO SUL

Mariana Py Muniz Cappellari

*Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul
Doutoranda em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul (PUCRS)*

mpymuniz@hotmail.com

RESUMO

O artigo tem por intuito apresentar a revolucionária experiência de defensorar por meio da sistemática de atuação do Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, contribuindo para revelar um patamar de atuação da Defensoria Pública conforme ao texto constitucional e a normativa internacional, apresentando um acesso à justiça não mais vinculado meramente ao Poder Judiciário, mas de efetiva concretização de uma ordem jurídica justa, inclusive, em termos sociais, na medida do empoderamento e da expansão do exercício da cidadania. Para tanto, após apresentação do Centro de Referência em Direitos Humanos, bem como da sua esquemática de atuação, abordaremos a atividade de Defensorar por meio desse sistema, aliando referencial bibliográfico a tanto.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Centro de Referência em Direitos Humanos. Acesso à Justiça. Cidadania.

ABSTRACT

The purpose of this article is to present the revolutionary experience of advocating through the systematic work of the Human Rights Reference Center of the Public Defender's Office of the State of Rio Grande do Sul, contributing to reveal a level of action of the Public Defender according to the constitutional text and international regulations. an access to justice no longer linked merely to the Judiciary, but rather to the effective realization of a just legal order, including in social terms, to the extent of empowerment and expansion of the exercise of citizenship. Therefore, after presentation of the Reference Center on Human Rights, as well as its schematic of action, we will approach the Defensorar activity through this system, combining bibliographical reference to both.

Keywords: Public defense. Reference Center on Human Rights. Access to justice. Citizenship.

Data de submissão: 09/10/2017

Data de aceitação: 29/05/2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. DO CRDH/DPE/RS 2. O DEFENSORAR POR MEIO DO CRDH/DPE/RS. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A emenda constitucional nº. 80 de 2014, ao reconceituar a instituição Defensoria Pública, aos moldes do que então já havia sido produzido pela Lei Complementar nº. 80/94, com as alterações empreendidas pela Lei Complementar nº. 132/09, desvela um novo olhar institucional, muito mais sistêmico, na medida em que acentua que o acesso à justiça, função precípua da Defensoria Pública, direito humano fundamental, não se resume e tampouco se encerra no acesso ao Poder Judiciário.

Muito pelo contrário, a autonomia que lhe projeta enquanto instituição contrapoder,¹ bem como o fato de se revelar enquanto expressão e instrumento do regime democrático lhe alçam a efetiva participação nos processos decisórios de todos os Poderes da República e de definição de políticas públicas, contribuindo, inclusive, internamente para a confecção de políticas que empoderem e possibilitem o exercício de cidadania integral por parte dos vulneráveis, economicamente ou organizacionalmente.

Nesse sentido, a forma de atuação do Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do RS (CRDH-DPE/RS) revela-se revolucionária, na medida em que ao trabalhar com o enfrentamento da violência, fenômeno complexo, através da oferta de atendimento multidisciplinar, busca a aproximação constante dos movimentos sociais e das lideranças comunitárias, em verdadeiro trabalho de rede, promovendo educação em direitos humanos, rompendo, assim, com a atuação da Defensoria Pública ainda adstrita à ideia de que o acesso à justiça se limita ao acesso ao Poder Judiciário, quando, na verdade o acesso que se requer e pleiteia é o acesso a uma ordem jurídica minimamente justa.

Enquanto instituição promotora de direitos humanos, cumpre à Defensoria Pública a missão de concretizar efetiva transformação social, a qual dentro de uma ordem dita democrática requer a instituição de políticas que efetivamente contribuam para o exercício concreto da cidadania. O empoderamento político e o conhecimento dos direitos são fundamentais a tanto, o que já o faz o CRDH-DPE/RS, razão pela qual a presente artigo tem por objetivo demonstrar o quanto o modelo de atuação do Centro de Referência cumpre com os objetivos e as funções da instituição, traduzindo um defensorar, por meio de um olhar sistêmico, que anseia por um acesso à justiça social.

1. DO CRDH-DPE/RS

A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul tem para além de um dever institucional, um múnus constitucional de promoção da conscientização sobre o ordenamento jurídico e, por assim dizer, de conscientização sobre direitos básicos de cidadania e direitos humanos. Pensando nisso, em parceria com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, implantou o Centro de Referência em Direitos Humanos (CRDH-DPE/RS), fortalecendo sua missão institucional de promover a informação e a cultura dos direitos humanos, garantindo a ampliação das condições de acesso à justiça de cidadãos e cidadãs vítimas de violências, especialmente a violência

¹ PAIVA, C. C. **Prática Penal para a Defensoria Pública**, 2016.

contra a mulher e a violência estatal, em Porto Alegre e Região Metropolitana.

No CRDH-DPE/RS atua-se na construção de estratégias para o enfrentamento e superação da violência e afirmação de Direitos Humanos. As suas atividades se iniciaram em 17 de janeiro de 2014 e o convênio tem vigência até março de 2018. Até o presente momento, somos a única Defensoria Pública do País a firmar convênio com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) para implantação de um Centro de Referência em Direitos Humanos. Tanto isso é verdade que a Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CONDEGE) firmou termo de cooperação técnica com a SDH no ano de 2017, a fim de que as demais Defensorias Públicas do país sejam instadas à implantação de Centros de Referência aos moldes do nosso.

O CRDH-DPE/RS está localizado no Centro Histórico de Porto Alegre. A localização, em local central, próxima à Sede da DPE/RS, visa facilitar o acesso à população que se desloca de diferentes regiões vulneráveis da capital e região metropolitana (acessibilidade universal), a promoção de ações itinerantes e a articulação com a sociedade civil e lideranças comunitárias. Além disso, a sua territorialidade tem como foco principal a não institucionalização, permitindo maior diálogo com os movimentos sociais e as lideranças, os quais se utilizam do espaço no mais das vezes para a realização de reuniões e eventos.

O público-alvo das ações desenvolvidas pelo CRDH abrange as vítimas de preconceito, discriminação, intolerância, maus-tratos, negligência e abandono, especialmente as mulheres em situação de violência doméstica e as vítimas de violência estatal (principalmente do sistema de justiça e segurança pública). Indiretamente, visa alcançar os familiares, as lideranças comunitárias, órgãos e agentes governamentais encarregados da implementação dos direitos humanos e cidadania, organizações da sociedade civil que atuam em direitos humanos e cidadãos(ãs) em geral. Assim, o trabalho do Centro representa o compromisso com a execução e continuidade de uma política pública de caráter permanente, totalmente inserida em sua missão institucional; no III Plano Nacional de Direitos Humanos e no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos.

O CRDH atenderá as vítimas, seja por demanda espontânea, seja por encaminhamento de algum outro serviço ou Instituição ou pelo Disque-acolhimento.

O Disque-acolhimento é um meio pelo qual os assistidos(as) entram em contato diretamente com o CRDH, por meio de ligação gratuita (0800-6445556), a fim de buscar as primeiras orientações sobre o funcionamento do serviço, bem como esclarecer

eventuais dúvidas que venham a surgir no curso de seu acompanhamento com a equipe do CRDH. O Disque-acolhimento tem abrangência para todo o Estado do Rio Grande do Sul.

O procedimento para os atendimentos, cujos dados coletados são sigilosos, é composto, em regra, por quatro fases interdependentes:

1ª Fase - Atendimento inicial: Nessa fase são realizados a triagem e o cadastro. É uma análise da situação, do risco iminente e da necessidade de urgência no atendimento. A vítima recebe informações e orientações gerais sobre o CRDH-DPE/RS, sobre a rede de atendimentos a sua disposição e sobre possíveis estratégias de ação.

2ª Fase - Acolhimento Multidisciplinar: O atendimento nessa fase é realizado por uma psicóloga e uma assistente social. É feita a escuta do(a) assistido(a) em situação de violência, identificada sua demanda específica, avaliado o risco do caso e, se necessário, pactuado um plano de segurança e iniciado um plano personalizado de acompanhamento. Esta fase de atendimento poderá ser realizada com a presença de Defensor(a) Público(a) ou analista processual para melhor elucidação das questões jurídicas.

3ª Fase – Atendimento Especializado: O objetivo dessa fase é aprofundar o diagnóstico preliminar elaborado pela equipe, a fim de identificar as demandas a serem tratadas nos outros tipos de atendimento, quais sejam: a) Atendimento Psicossocial, com psicóloga e/ou assistente social, com o objetivo de oferecer um espaço de escuta, suporte e reflexão ao(a) assistido(a) vítima de violência com vistas à promoção do fortalecimento subjetivo, da autonomia e do protagonismo. Além de fornecer orientações, encaminhamento para a rede de atendimento e de serviços sociais existentes, para possibilitar meios de acesso às políticas públicas e a efetivação dos direitos; e b) Atendimento Jurídico, com Defensor(a) Público(a), com o objetivo de oferecer orientações jurídicas e acompanhamento dos procedimentos judiciais e extrajudiciais. Também nessa fase, a equipe realiza interlocução com a rede de atendimento para encaminhar questões de atendimento psicológico, saúde, segurança, moradia, benefícios sociais, documentos, educação, trabalho/emprego, geração de renda.

4ª Fase – Educação em Direitos: O CRDH-DPE/RS realiza variadas ações em Educação em Direitos Humanos, as quais se concretizam nos seguintes formatos: a) Programa de capacitação permanente PAZ COM VOZ, que consiste em oficinas gratuitas e abertas ao público (na programação das oficinas procuramos proporcionar a reflexão sobre os temas

relacionados aos Direitos Humanos sob diferentes perspectivas, como mostra de filmes, mostra de trabalhos acadêmicos, oficinas lúdicas, debates e palestras), além do minicurso Virando a Página, destinado aos adolescentes privados de liberdade, conforme convênio entabulado com a Fundação de Atendimento Sócio-Educativo (FASE/RS); b) Palestras, debates e *workshops* promovidos pela sociedade civil; c) Ações itinerantes (mutirões de atendimento, orientações e divulgação do CRDH); d) Elaboração e distribuição de cartilhas; e, e) página do CRDH na rede social “Facebook” (<https://www.facebook.com/centroemdireitoshumanos>), na qual são publicadas notícias atuais sobre direitos humanos, tais como resultados de pesquisas, reportagens, vídeos, divulgação de eventos, conquistas na seara dos direitos humanos, dentre outros. No que tange ao Programa PAZ COM VOZ, só no ano de 2016 realizamos mais de 13 oficinas.

Especificamente quanto à 4ª fase, a equipe do CRDH-DPE/RS entende que a “Educação em Direitos Humanos” está fundada em uma perspectiva de olhar sobre o sujeito e suas múltiplas formas de ser, estar e viver no mundo, não se restringindo a espaços institucionalizados de difusão de informações (forma tradicionalmente associada à ideia de educação). Considerando que os direitos humanos consistem em uma perspectiva de respeito à alteridade e às múltiplas formas de existência, a equipe entende que educar em direitos humanos, diferentemente de um procedimento padronizado de trabalho, é um processo que pode se dar nos mais variados contextos de encontro com o outro. Desta forma, educar em direitos humanos, para a equipe, tem como diretriz estimular e animar o outro a refletir sobre sua condição no mundo e apropriar-se de sua condição de cidadão de direitos para, por meio dos seus mais variados instrumentais políticos e subjetivos, ativamente transformar sua vida. Por isso, nos processos educativos que atravessam os momentos de escuta e atendimento, a equipe procura guiar a escuta e a orientação sensibilizando para a formação de uma consciência crítica de si e dos processos imbricados na construção dos contextos violentos ou violadores de direitos em que aquele(s) sujeito(s) está(ão) inserido(s). Procura-se, nesse sentido, estimular a reflexão, a partir da própria história que traz o sujeito até o CRDH, sobre suas condições de inserção no mundo, os processos históricos e sociais que permeiam tal inserção, incidindo em uma consciência crítica sobre os próprios modos de viver, pensar, sentir e agir, em suas relações com os outros e consigo.

Não há limitação quanto ao número de atendimentos, os acompanhamentos são realizados enquanto a equipe e/ou o(a) assistido(a) entenderem necessário. O desligamento do serviço de atendimento especializado somente se dará quando for verificada a superação da situação de violência, o efetivo empoderamento da vítima e o fortalecimento de

mecanismos psicológicos e sociais. No entanto, a equipe reforça à(o) assistida(o) que, sentindo necessidade, poderá voltar a solicitar atendimentos neste CRDH-DPE/RS.

Em relação a dados numéricos, desde sua abertura até junho de 2017, o CRDH-DPE/RS tem 2305 assistidos cadastrados e já foram realizados 8831 atendimentos.

Tendo em vista as duas linhas de ações principais a serem trabalhadas neste Centro de Referência, o combate à violência doméstica e à violação de direitos humanos inseridos no CRDH-DPE/RS, encontram-se dois núcleos especializados da Defensoria Pública, o Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos e o Núcleo de Defesa da Mulher.

O Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Rio Grande de Sul atua desde 2009 na prevenção de violações aos Direitos Humanos, na busca pelo restabelecimento nos casos em que ela já ocorreu e na educação na área, ou seja, na promoção do empoderamento de indivíduos e grupos sociais em situação de vulnerabilidade econômica, social e organizacional. Com este escopo, o Núcleo atua no âmbito institucional, estabelecendo diretrizes de atuação da Defensoria Pública na área, mediante a elaboração de projetos, enunciados e encontros de capacitação, bem como de ações que articulem e apoiem a atuação de todos os Defensores Públicos do Estado, na garantia de efetividade dos Direitos Humanos, inclusive com subsídios à eventual necessidade de postulação perante organismos internacionais de defesa dos Direitos Humanos como os que compõem o Sistema Interamericano/OEA (Organização dos Estados Americanos) e o Universal/ONU (Organização das Nações Unidas).

Externamente, o Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos atua prevenindo violações identificadas por meio de demandas ou grupos sociais vulneráveis (com os quais busca interação e articulação), restabelecendo os direitos atacados por outros particulares ou mesmo pelo Poder Público e promovendo a educação em Direitos Humanos. Para tanto, maneja instrumentos judiciais como ações individuais e coletivas (de âmbito estadual ou nacional), bem como extrajudiciais, notadamente o Procedimento Administrativo para Apuração de Danos Coletivos (Padac), onde são realizadas audiências públicas, reuniões conciliatórias entre pessoas e grupos de conflito, expedidas recomendações para o restabelecimento de direitos, firmados a conhecida função de apoio e aparelhamento aos Defensores Públicos.

Comitês e comissões dos quais o Núcleo participa:

1. Conselho Estadual de Direitos Humanos (CEDH);
2. Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CONDEGE);
3. Conselho Deliberativo do Programa Estadual de Proteção, Auxílio e Assistência a Testemunhas Ameaçadas (CONDEL/PROTEGE);
4. Conselho Estadual da Pessoa Idosa (CEI);
5. Comissão Estadual de Erradicação do Trabalho Escravo no Rio Grande do Sul (COETRAE/RS);
6. Conselho Estadual LGBT;
7. Comitê Estadual de Atenção a Migrantes, Refugiados, Apátridas e Vítimas do Tráfico de Pessoas (COMIRAT);
8. Conselho Estadual do Programa de Proteção aos Defensores e às Defensoras dos Direitos Humanos (CEPPDDH/RS);
9. Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para População em Situação de Rua;
10. Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa com Deficiência (COEPEDE);
11. Comitê Estadual contra a Tortura (CECT/RS);
12. Presidência da Rede de Direitos Humanos do Sistema de Justiça e de Segurança do RS;
13. Coordenação da Frente Estadual por uma nova política prisional.

O Núcleo de Defesa da Mulher (NUDEM) foi criado em novembro de 2008, com recursos do PRONASCI - Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, por meio de Convênio entre a DPE/RS e a Secretaria de Reforma do Judiciário, em cumprimento à Lei Maria da Penha. A lei prevê a garantia do acesso aos serviços de Defensoria Pública, mediante atendimento específico e humanizado, a toda mulher em situação de violência

doméstica e familiar. Compete ao Núcleo realizar ações e atividades voltadas à defesa dos direitos das mulheres em situação de violência, em especial a doméstica e a familiar, que configuram violação aos direitos humanos, nos termos da Constituição, da Lei Maria Penha (Lei nº. 11.340/06) e consoante documentos internacionais.

Um dos mais relevantes diferenciais da atuação do NUDEM, e, de forma mais ampla, do CRDH/DPE-RS, é a estratégia de empoderamento das mulheres em situação de violência, que não se restringe à defesa e proteção frente ao ato violento. A partir dessa perspectiva, o Núcleo busca: a) Realizar atendimento sensível, humanizado e especializado; b) Realizar trabalho em parceria e articulado com a rede de proteção às mulheres, do Município, Estado, e União; c) Incidir ativamente nos espaços de debates de políticas públicas; d) Compor equipe multidisciplinar para a prestação de atendimentos; e, e) Realizar oficinas e capacitações sobre o tema com os mais diversos públicos. O Núcleo atua por meio de capacitações, palestras, participação em audiências públicas, entrevistas, participação permanente na Rede Lilás, apoio aos Defensores Públicos e outras instituições (mediante trocas de experiências e materiais), mutirões de atendimento e disseminação do tema.

Por fim, cabe ressaltar que, nesses cerca de três anos e meio de atuação do CRDH/DPE-RS, nunca se teve notícia do falecimento de qualquer assistido por motivo correlato às violências/violações de direitos humanos atendidas neste Centro.

2. O DEFENSORAR POR MEIO DO CRDH/DPE-RS

A Emenda Constitucional de nº. 80 de 2014 traz para o texto constitucional, nos termos do seu artigo 134, aquela que já fazia referência a LC nº. 80/94, mormente após as alterações procedidas pela LC nº. 132/09. A instituição Defensoria Pública torna-se uma instituição permanente, cumprindo-lhe como expressão e instrumento do regime democrático, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos necessitados, de forma integral e gratuita, em todas as instâncias.

Sinaliza-se, assim, a ampliação do parâmetro de atuação da Defensoria Pública, com a inclusão da defesa dos direitos coletivos, a promoção dos direitos humanos, a permanência, que indica impossibilidade de extinção, mormente porque cumpre com um direito humano fundamental que é o acesso à justiça; e é o fato de ser expressão e instrumento do regime democrático, o que lhe impõe a obrigatoriedade de defesa da democracia, seja

interna, quanto externamente.²

Não se fala há muito em uma assistência judiciária, limitada ao acesso ao sistema de justiça, mas sim jurídica, integral, que possibilite não apenas o atendimento individual, mas que focalize na integralidade e na complexidade da pessoa que chega à Defensoria Pública, buscando orientação, capacitação, educação em direitos,³ conscientização, atendimento multidisciplinar e empoderamento para o exercício efetivo de cidadania.

² SOUSA, J. A. G. de. (Coord.). **Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09**, 2012. Nas palavras de Adriana Fagundes Burger e de Christine Balbinot in A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/94: “(...) a partir da publicação da Lei Complementar nº 132, a Defensoria Pública recebe adensamento nas suas atribuições, passando a ser considerada “expressão e instrumento do regime democrático”, caracterizando um salto evolutivo da Instituição. A presença da Defensoria Pública melhor qualifica a democracia e promove a inclusão das classes sociais que historicamente restavam distantes do acesso à Justiça. A complexização das relações sociais exige do Estado novas e mais versáteis Instituições que possam atender aos anseios da população. A Instituição viabiliza, quando necessário, a postulação, seja judicial ou extrajudicial, com a utilização dos meios e recursos adequados à efetividade dos direitos, tornando-se, portanto, instrumento do Estado Democrático de Direito, na medida em que busca a realização dos direitos assegurados aos cidadãos. Ou seja, a Defensoria Pública transmuda-se mais uma vez, daquela Instituição destinada a prestar atendimento jurídico integral e gratuito, para a expressão e instrumento de realização do regime democrático. A definição elucida a vinculação, realizada pelo legislador constituinte, de que a democracia somente vinga em um Estado que respeita a dignidade da pessoa humana, e a Defensoria Pública, nesse contexto, deve ser considerada essencial ao processo de concretização dos direitos conferidos à pessoa humana. (...)” p. 2/3.

³ SOUSA, J. A. G. de. (Coord.). **Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09**, 2012. Nas palavras de Adriana Fagundes Burger e de Christine Balbinot in A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/94: “(...) o Defensor Público passa a ser considerado também um agente de educação jurídica, sendo uma das suas atribuições institucionais a divulgação dos direitos humanos. O conhecimento acerca dos direitos e deveres de cada um não só previne litígios, como também enseja maior reflexão sobre os atos da vida. (...) Assim, reconhece-se o poder-dever do Defensor Público de dialogar com os assistidos, disseminando o conhecimento jurídico, bem como a competência e atribuição da Instituição para a promoção dos direitos humanos, capacitando a população para o exercício da cidadania. Ora, se a difusão dos direitos humanos passa a ser considerada atribuição dos Defensores Públicos, ela naturalmente tem como consequência uma nova consciência nos cidadãos, que se reconhecem como sujeitos de direitos. E, cientes deste conhecimento, evidentemente passarão a exigir a sua implementação pelo Poder Público. O aprendizado não é um fim em si mesmo, mas tem por objetivo a intervenção na realidade social, com o objetivo de transformação. A educação sobre os direitos pode transformar a compreensão do contexto onde o indivíduo vive, o papel das Instituições, as possibilidades e as limitações próprias do ser humano, gerando um agir refletido sobre os atos da vida. (...)” p. 6/7.

A atuação na preservação e reparação dos direitos das vítimas de violência⁴ possui interlocução com a promoção dos direitos humanos, na medida em que objetiva rever condutas ilícitas, bem como reparar minimamente, por meio de indenização, o dano causado, além, é claro, dentro do espectro de promoção dos direitos humanos, fomentar políticas públicas que se voltem à efetividade desses direitos, fiscalizando as já existentes e dando voz aos vulneráveis, por meio da participação em conselhos de direitos, a qual lhe permite ampliar o espectro da realidade violatória destes direitos, por meio da aproximação e da escuta sempre atenta dos movimentos sociais e das organizações da sociedade civil.

É nesse contexto que se insere o CRDH/DPE-RS, conforme podemos observar. A sua sistemática de atuação cumpre com todos os objetivos da Instituição Defensoria Pública, nos termos do artigo 3º-A da LC nº. 80/94, pois o foco no enfrentamento da violência, enquanto fenômeno complexo que é, faz com que as funções institucionais da Defensoria Pública sejam potencializadas, ofertando-se acolhimento integral, por meio de um atendimento multidisciplinar, o qual permite a escuta, o empoderamento, a conscientização, a educação em direitos, fortalecendo a pessoa em sua totalidade enquanto ser humano que é, inclusive, com a confecção de planos de segurança, dependendo do caso em concreto.

Além disso, a realização de um trabalho em rede tem por intuito a fiscalização, bem como proporcionar tensão nos demais órgãos, fortalecendo e buscando o cumprimento de políticas públicas já estabelecidas, para além da sugestão da confecção de políticas novas, as quais atendam às necessidades da população vulnerável - que se vê dentro dos parâmetros das 100 Regras de Brasília -, consistindo a vulnerabilidade em algo bem mais além do critério meramente econômico, na medida em que vinculada a idade, gênero, estado físico ou mental, etnia, cultura, migração, pobreza, privação de liberdade, entre outros, que são circunstâncias que encerram maiores dificuldades para exercer com

⁴ SOUSA, J. A. G. de. (Coord.). **Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09**, 2012. Nas palavras de Adriana Fagundes Burger e de Christine Balbinot in A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/94: "(...) Como resultado da atuação na difusão dos direitos humanos, o Defensor Público deve dar uma resposta, dentro do ordenamento jurídico, para aqueles que, de alguma forma, sofreram opressão, seja por parte do Estado ou não, observando a eficácia horizontal e vertical do ordenamento jurídico. A ênfase na reparação dos direitos violados tem como objetivo amenizar as consequências da violência, obtendo uma reparação que, se efetivamente não irá apagar a lembrança do ocorrido, poderá responder à dor sofrida com o recebimento de merecidas indenizações. (...) A reparação por meio de indenizações é medida mínima que o Estado pode oferecer ao ofendido. Essa atividade assume importância, primeiro, porque recupera a confiança do cidadão no ordenamento jurídico, apagando a sensação de impunidade e inoperância do Estado para com a satisfação das suas necessidades. E mais, promove a paz social na medida em que os assistidos passam a confiar em que o Estado pode operar em seu favor (e não apenas contra eles), afastando a necessidade de vingança privada. (...)” p. 7.

plenitude, ante o sistema de justiça, os seus direitos.

Nas palavras de Rocha:

A razão de existir da Defensoria Pública é o ser humano em condição de vulnerabilidade, cabendo-lhe, enquanto serviço público, adotar as providências jurídicas e políticas, extrajudiciais e judiciais a conferir-lhe a dignidade necessária ao bem viver. Não interessa apenas ao seu Usuário, mas a toda a sociedade, diante da indivisibilidade dos direitos humanos e da interligação que caracteriza a sociedade contemporânea.⁵

No contexto de uma nova “escravidão”, conforme bem resume Rocha, de uma escravidão rebatizada, uma vez que não se pode considerar livre quem não tem onde morar, quem não pode se expressar livremente, quem não teve acesso a um julgamento justo, quem não é ouvido em projetos que lhe atingem, entre outros, a aproximação da Defensoria Pública aos movimentos sociais, às suas lideranças, bem como às organizações da sociedade civil, é de crucial e fundamental importância, o que é objeto de extrema atenção por parte do CRDH/DPE-RS.

A sociedade civil e os movimentos sociais são os grandes responsáveis pela construção dos direitos humanos, a constante troca e compartilhamento de ideias com os movimentos, são o que permite à Defensoria Pública oxigenar-se democraticamente, não se encastelando na burocracia que é inerente ao sistema de justiça.

Boaventura de Sousa Santos descreve com propriedade o sistema de justiça, focando, inclusive, no ensino do direito e na formação profissional, revelando o que observamos na prática, que o sistema judicial foi criado, não para um processo de ruptura, de inovação, mas para um processo de continuidade, de continuidade das desigualdades, diríamos.

Santos acentua que nesse sistema domina uma cultura normativista, técnico-burocrática, assente em três grandes ideias: a autonomia do direito, enquanto sendo o direito um fenômeno autônomo em relação ao que ocorre na sociedade; uma concepção restritiva desse direito, de ser apenas o que está nos autos do processo; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos, que se manifesta de múltiplas formas: por meio da prioridade do direito civil e penal; de uma cultura generalista; da desresponsabilização sistêmica, com a transferência de culpa para fora do sistema, ou seja, o problema nunca

⁵ ROCHA, A. S. da. **Defensoria Pública. Fundamentos, Organização e Funcionamento**, 2013.

é conosco; o privilégio do poder, na medida em que não se veem os agentes do poder em geral como cidadãos com iguais direitos e deveres; o refúgio burocrático; a independência como autossuficiência; e o que chama de sociedade longe.

Nesse sentido,

A sexta manifestação desta cultura normativista técnico-burocrática é ser, em geral, competente a interpretar o direito e incompetente a interpretar a realidade. Ou seja, conhece bem o direito e a sua relação com os autos, mas não conhece a relação dos autos com a realidade. Não sabe espremer os processos até que eles destilem a sociedade, as violações de direitos humanos, as pessoas a sofrerem, as vidas injustiçadas. Como interpreta mal a realidade, o magistrado é presa fácil de ideias dominantes. Aliás, segundo a cultura dominante, o magistrado não deve ter sequer ideias próprias, deve é aplicar a lei. Obviamente que não tendo ideias próprias tem que ter algumas ideias, mesmo que pense que não as tem. São as ideias dominantes que, nas nossas sociedades, tendem a ser as ideias de uma classe política muito pequena e de formadores de opinião, também muito pequena, dada a grande concentração dos meios de comunicação social. E é aí que se cria um senso comum muito restrito a partir do qual se analisa a realidade. Este senso comum é ainda enviesado pela suposta cientificidade do direito que, ao contribuir para a sua despolitização, cria a ficção de uma prática jurídica pura e descomprometida.⁶

O que Boaventura descreve é tudo do qual a Defensoria Pública precisa se afastar, não apenas porque somos uma Instituição contrapoder, conforme já citei Caio Paiva, mas porque constitucionalmente somos expressão e instrumento da democracia. Inexiste democracia sem um rol mínimo de direitos humanos fundamentais, e esses direitos são produtos de construções históricas e sociais, as quais se travam em campos outros que não apenas no judicial. Portanto, a sistemática de atuação do CRDH/DPE-RS, ao primar e firmar as funções institucionais da Defensoria Pública, nos termos do artigo 4º da LC nº. 80/94, vê que o fortalecimento do trabalho em rede, por meio da participação em Conselhos de Direitos e mediante a aproximação e da parceria desenvolvida com os movimentos sociais, suas lideranças e organizações da sociedade civil - os quais são agentes responsáveis pela construção desses direitos -, é o verdadeiro motor da democracia, e o acolhimento integral fornecido empodera e fortalece a cidadania política, permitindo resistência e a continuidade na luta pela defesa dos direitos.

Como salienta Boaventura de Sousa Santos, a Defensoria Pública, dentre outras Instituições do sistema de justiça, é aquela que possui melhores condições de contribuir

⁶ SANTOS, B. S. de. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**, 2011.

para desvelar a procura judicial suprimida, cumprindo aos defensores públicos aplicar no seu cotidiano profissional a sociologia das ausências, reconhecendo e afirmando os direitos dos cidadãos intimidados e impotentes, cuja procura por justiça e conhecimento dos direitos têm sido suprimidos e ativamente reproduzidos como não existentes.

Aí está a revolução da nossa sistemática de atuação, ela permite verdadeiramente uma assistência jurídica que condiz com um acesso a uma ordem jurídica que se requer justa. Ela permite mais do que isso, ela busca efetiva justiça social, o que vai ao encontro de um dos nossos objetivos enquanto razão de existir, que é a redução das desigualdades sociais. E esse é o nosso olhar sistêmico de defensorar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estamos vivenciando um momento político e institucional no país que exige, mais do que nunca, o reafirmar dos ideais democráticos. O sistemático desmantelamento e surrupiamento dos direitos da população mais vulnerável exige uma postura ativa da Instituição Defensoria Pública, pois se é instrumento e expressão do regime democrático está a existir para e pela democracia.

Assim, procurou-se na presente artigo correlacionar a sistemática de atuação do CRDH/DPE-RS com os objetivos e as funções institucionais da Defensoria Pública, dando conta de que a sua forma de defensorar é revolucionária porquanto trabalha com a reconceituação do que seja a Defensoria Pública enquanto Instituição que é.

Mais do que o cumprimento das nossas funções institucionais de prestar acolhimento integral, multidisciplinar, de atuar na preservação e reparação dos direitos das vítimas de violência estatal, tortura e, na espécie, da mulher vítima de violência, da assistência jurídica integral e da promoção e difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, pensamos que o nosso trabalho tem por missão contribuir na construção da própria cidadania, a qual no Brasil vem sendo construída num longo caminho que não pode se dissociar da sua história, bem como da sua estrutura enquanto sociedade, que, desde a Colônia, traz uma base escravocrata, patrimonialista e elitista, uma vez que de acordo com Carvalho⁷ o fenômeno da cidadania é complexo e historicamente definido, uma vez que o exercício de certos direitos não gera automaticamente o gozo de outros, razão pela qual a cidadania inclui várias dimensões.

⁷ CARVALHO, J. M. de. **Cidadania no Brasil**. O longo caminho, 2004.

Entendendo com Souki,⁸ no entanto, que cidadania é um método de inclusão social, temos por missão constitucional o dever de providenciar na inclusão dos chamados cidadãos subintegrados, de acordo com Neves,⁹ aqueles que embora lhe faltem condições reais de exercer os direitos constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e das responsabilidades do aparelho repressivo estatal, sendo integrados ao sistema jurídico, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados, mas não como detentores de direitos.

Boaventura de Sousa Santos¹⁰ nos convoca para uma revolução democrática da justiça e nós convocamos a Defensoria Pública para uma revolução democrática por meio da sistemática de atuação e de defensorar do CRDH/DPE-RS, pois como o mesmo autor nos enfoca: “sem direitos de cidadania efetivos a democracia é uma ditadura mal disfarçada.”

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei Complementar n.º. 80/94**.

_____. **Lei Complementar n.º. 132/09**.

CARVALHO, J. M. de. **Cidadania no Brasil**. O longo caminho. 5.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

SANTOS, B. S. de. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SOUSA, J. A. G. de. (Coord.). **Uma Nova Defensoria Pública Pedir Passagem**. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

NEVES, M. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. **O Estado Democrático de**

⁸ SOUKI, L. G. A atualidade de T. H. Marshall no estudo da cidadania no Brasil. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, 2006.

⁹ NEVES, M. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. **O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**, 2006.

¹⁰ SANTOS, B. S. de. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**, 2011

Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PAIVA, C. C. **Prática Penal para a Defensoria Pública.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROCHA, A. S. da. **Defensoria Pública. Fundamentos, Organização e Funcionamento.** São Paulo: Atlas, 2013.

SOUKI, L. G. A atualidade de T. H. Marshall no estudo da cidadania no Brasil. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, v. 6, n. 1, p. 39-58, 2006.

CIÊNCIAS CRIMINAIS

CRIMINAL SCIENCES

DOS ASPECTOS (IN)CONSTITUCIONAIS DO REGIME PENITENCIÁRIO FEDERAL

*THE (UN)CONSTITUTIONAL ASPECTS
OF THE FEDERAL PRISON SYSTEM*

Filippe Augusto dos Santos Nascimento

*Defensor Público Federal
Doutor em direito. Professor na Universidade Federal do Ceará
e Curso Jurídico Ouse Saber*

flippe_asn@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo trata das origens, do histórico e do desenvolvimento do sistema penitenciário federal no Brasil, bem como analisa as principais normas que existem para a regulação de tal modelo carcerário, realizando uma filtragem constitucional de tais dispositivos, apreciando criticamente as normas, a jurisprudência e a praxis sobre a temática, almejando contribuir com a ainda rara literatura nacional sobre a questão.

Palavras-chaves: Presídio Federal. Regime Penitenciário. Cárcere. Prisão. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This article deals with the origins, history and development of the federal penitentiary system in Brazil, as well as analyzes the main norms that exist for the regulation of such prison model, performing a constitutional analysis of such devices, critically appraising the norms, jurisprudence and praxis on the subject, aiming to contribute to the still rare national literature of this subject.

Key words: Federal Prison. Penitentiary Regime. Prison. Prison. Unconstitutionality.

Data de submissão: 26/05/2017

Data de aceitação: 28/07/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO REGIME NORMATIVO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

La prisión no es escuela para el pueblo.

(Grafite em uma rua qualquer da Argentina).

INTRODUÇÃO

Em pleno século XXI, a criminalidade persiste como grave problema a ser enfrentado pelo Brasil. Prevenção, repressão, processo e julgamento necessitam atuar conjuntamente para que o problema possa ser combatido de forma eficaz. Sendo efetiva a luta contra o crime, surge o não menos problemático cárcere e, com este, o paradoxo que lhe é inerente. Nas palavras de Arruda:

O paradoxo do cárcere, a despeito de secular, ainda subsiste inextricável: preparar o preso para a liberdade sob clausura, em condições de não liberdade, em convivência com pessoas igualmente perturbadas, desajustadas. (...) Nada obstante, a sociedade não pode prescindir da pena privativa de liberdade, do cárcere. Inexiste outro veículo apto a fazer-lhe as vezes. É um mal necessário. Cumpre, sim, reputá-la como derradeiro recurso do Direito Penal, sua *ultima ratio*. Há de ser reservada aos casos de delinquência grave e de multirreincidência.¹

A realidade carcerária brasileira, no entanto, encontra-se em uma crise mais grave que a do paradoxo teórico. O sistema penitenciário é uma quimera! As unidades prisionais estaduais não possuem condições mínimas de vida. Não há espaço, não há comida, não há segurança, muitas vezes, não há luz e não há água. O Supremo Tribunal Federal (STF) definiu como **estado de coisas inconstitucional**, ou seja, “um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário!”²

Não bastasse isso, conforme assevera René Ariel Dotti, a omissão na construção e na adequada gestão dos presídios alimentou a formação de quadrilhas, que, dos cárceres estaduais, organizam e comandam atentados³. Esse contexto provocou, na primeira década deste século, a eclosão de motins, rebeliões e ataques à população por meio de ações coordenadas por facções existentes dentro dos estabelecimentos penitenciários:

No ano 2001 a facção PCC (Primeiro Comando da Capital) realizou uma megarebelião que paralisou trinta presídios e foi o maior motim já realizado no mundo, com destaques na imprensa nacional e internacional, com manchetes em jornais de países como Estados Unidos, Canadá, França, entre outros. Passado cinco anos, em Maio de 2006 houve nova afronta, onde foram 373 ataques na capital paulista, interior e baixada santista; 82 ônibus queimados, 17 agências bancárias depredadas, 48 mortes e cinquenta feridos dentro do quadro de policiais e agentes penitenciários. Todos atribuídos ao PCC; ainda 304 supostos bandidos mortos pela polícia. Nos meses de Julho e Agosto do mesmo ano os ataques se repetiram com 826 ataques registrados no estado de São Paulo, dos quais 9 policiais foram mortos, mas com 102 supostos integrantes do PCC.⁴

¹ ARRUDA, É. Prisões Federais. **Revista do Tribunal Regional da 1ª Região**, jul. 2010, p. 2.

² ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347)

³ DOTTI, R. A. A trágica colheita dos frutos da omissão. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, jun./jul. 2006, p. 5.

⁴ Nota de rodapé de PENTEADO JUNIOR, A. T. O Sistema Penitenciário Federal. **Revista Magister de direito penal e processual penal**, 2004, p. 4.

A violência comandada pelas facções aterrorizou a população, revelando uma nova face do caos do sistema penitenciário nacional,⁵ sendo elemento desencadeador de medidas mais rígidas nas políticas públicas, na legislação e na jurisprudência referentes ao sistema carcerário. Somando-se a isso, determinados internos passaram a assumir papel de destaque na organização de tais movimentos criminosos, personificando o ocaso do sistema penitenciário pátrio.

Diante desse cenário, durante as campanhas presidenciais de 2002, um pouco mais de um ano após os sangrentos ataques provocados pelo PCC, surge a proposta, apresentada pelo então candidato Luís Inácio Lula da Silva, de criação de um complexo de presídios federais de segurança máxima com a promessa de abrigar os líderes dessas facções criminosas.

Com a vitória do candidato, a proposta de campanha foi cumprida, tendo sido construídos quatro presídios federais, que hoje estão em funcionamento, quais sejam: a) no Paraná, o Presídio Federal de Catanduvas; b) em Mato Grosso do Sul, o Presídio Federal de Campo Grande; c) em Rondônia, o Presídio Federal de Porto Velho; d) no Rio Grande do Norte, o Presídio federal de Mossoró. Além desses, ainda havia a previsão de construção de um Presídio Federal no Distrito Federal, que nunca foi levada adiante.

A lógica de tais presídios é simples. São construídos estabelecimentos penais de segurança máxima, com boas instalações para os internos, equipados com tecnologia avançada, pessoal capacitado e bem remunerado, aplicando-se um regime disciplinar diferenciado baseado no rigor para os internos e sob a responsabilidade da União. A adoção de tais medidas, no âmbito federal, apenas revela a falência do sistema estadual, que continua em situações precárias e subumanas, sem investimento público e mal administrado, mas sob o “alento” do sistema federal como “válvula de escape” no caso de alguma rebelião.

Não obstante a criação dos presídios federais apenas no início deste novo século, podem

⁵ Fala-se em nova face, posto que o problema carcerário brasileiro certamente sempre existiu. Vale como uma descrição remota o trecho do livro *João Miguel* da cearense Raquel de Queiroz, escrito na década de 1930, que revela o cenário carcerário daquele período: “Com o seguimento dos dias, o verdadeiro suplício da cadeia – o isolamento e a inação – começo a torturar intensamente o preso. Já ele não aguentava, nas longas horas de cisma, encolhido num canto, concentrado e dormente, tirando vagas fumaças do cachimbo. Já os pequenos detalhes da cela – o ninho de morcegos, a grande aranha preta do teto, as listas amarelas do reboco caído e as réstias vivas de luz que entravam pela trapeira gradeada – em quase nada o interessavam. Apenas lhe despertava a curiosidade um escrito rabiscado a carvão na parede suja, em grandes letras grossas e informes”. QUEIROZ, Raquel de. **João Miguel**. São Paulo: Editora Siciliano, 1992. P. 20. Assim sendo, no contexto narrado, houve apenas um estrangulamento do problema dada a facilitação logística de coordenação de operações criminosas por meio de integrantes de facções como Comando Vermelho e PCC a partir do avanço tecnológico (tecnologias móveis por meio de telefones celulares).

ser encontrados comandos normativos mais antigos, que já sinalizavam o interesse estatal na construção de penitenciárias geridas pela União. A Lei de Execução Penal, Lei n.º. 7.210, de 1984, no seu texto original, no artigo 86, §1º, já previa a possibilidade de a União construir estabelecimentos penitenciários sob sua gestão:

Art. 86, § 1º. A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher, mediante decisão judicial, os condenados à pena superior a 15 (quinze) anos, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado. (Redação original)

Em seguida, em 1990, o artigo 3º da Lei n.º. 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), estabeleceu:

Art. 3º. A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou a incolumidade pública.

Em 2003, já com a eleição do governo petista, a Lei de Execução Penal foi alterada pela Lei n.º. 10.792, alterando os artigos 52 a 54, 57, 58 e 60 para introduzir o Regime Disciplinar Diferenciado e modificando a previsão dos presídios federais do artigo 86, §1º:

Art. 86, §1º. A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado.

Com base neste alterado dispositivo legal, a União passou a construir os presídios federais. Ocorre que não havia lei que regulamentasse diretamente a transferência dos presos, bem como a permanência dos internos no sistema federal. Ante o impasse, o Ministério da Justiça sugeriu que o Conselho da Justiça Federal (CJF) editasse uma resolução sobre o assunto até que fosse aprovada uma lei. Tal como noticiado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Devido à inexistência de lei que regulamente a matéria e tendo em vista a proximidade da inauguração dos presídios, o Ministério da Justiça sugeriu que o CJF editasse uma resolução com essa finalidade, até que seja aprovada uma lei. Por essa razão, o texto aprovado estabelece que a vigência da resolução será de apenas um ano, a partir de sua publicação, ‘visando provisoriamente ao funcionamento emergencial dos estabelecimentos penais federais.’⁶

⁶ PUBLICADA resolução do CJF sobre os novos presídios federais. **Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 10 mai. 2006.

A solução sugerida pelo Ministério da Justiça, apesar de esdrúxula, foi adotada pelo CJF, que editou a Resolução nº. 502/06 com o prazo de validade de um ano (artigo 7º) até que a lei fosse publicada. Exaurida a vigência da resolução sem a publicação da lei, o Executivo arquitetou outra mirabolante saída normativa para a falta de regulamentação do regime penitenciário federal. O Presidente da República, em descompasso com texto constitucional, publicou o Decreto nº. 6049 de 27 de fevereiro de 2007.

O referido decreto surge para regulamentar o sistema penitenciário federal, extrapolando o mero caráter regulamentar que é inerente a esta espécie normativa. O decreto foi editado sem a existência de uma lei que autorizasse a regulamentação, com fundamento no artigo 84, IV e VI, “a” da Constituição Federal de 1988 (CF/88), ou seja, afirmando-se como decreto autônomo, o que, na realidade, obviamente, não era.

O decreto autônomo, conforme disposto no artigo 84, VI da CF/88, está previsto de forma muito limitada no direito brasileiro, restringindo-se aos casos de organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos e de extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

A mera leitura do Decreto nº. 6049 revela o colossal descompasso entre o que ele estatui e o que pode ser objeto de decreto autônomo. Esta espécie normativa deveria ter se restringido a regular a organização e o funcionamento administrativo dos presídios, já o decreto sob estudo tratou de questões inerentes ao *status libertatis* dos internos, impondo direitos, deveres, faltas e sanções. Desse modo, resta demonstrado que, *ipso facto*, o Executivo, por meio do Decreto nº. 6049, legislou de forma autoritária e unilateral, travestindo tal conduta na figura do decreto autônomo.

Somente em 2008, foi publicada a Lei nº. 11.671/08, dispondo sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais, sendo regulamentada por mais um decreto, o Decreto nº. 6877/09, que, repetindo o mau hábito do Executivo, em vários dispositivos, extrapola os limites legais, passando a inovar no mundo jurídico. A Lei 11.671/08 e o Decreto 6877/09 formam o núcleo do regime penitenciário federal, sendo os seus aspectos mais importantes analisados abaixo.

O que se pode notar é que a primeira penitenciária federal só foi inaugurada 22 anos após a primeira previsão legal, o que foi tempo suficiente para uma normatização bem elaborada sobre o assunto. Não obstante isso, o que se constata é que a regulamentação da matéria

está marcada por grosseiras inconstitucionalidades, o que será mais bem explorado abaixo.

1. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO REGIME NORMATIVO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL

Analisados os contornos históricos e as questões constitucionais iniciais, passa-se à análise mais detida dos dispositivos normativos que regulam a transferência, inclusão e permanência de internos no sistema penitenciário federal. Esses aspectos são tratados, basicamente, pela Lei nº. 11.671, de 08 de maio de 2008, e pelo Decreto nº. 6.877, de 18 de junho de 2009.

Assim sendo, para iniciar o estudo do regime normativo do sistema penitenciário federal, vale observar o artigo 1º da Lei nº11.671:

Art. 1º. A inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e a transferência de presos de outros estabelecimentos para aqueles obedecerão ao disposto nesta Lei.

O primeiro aspecto que decorre da simples redação do artigo 1º é que os presídios federais admitem tanto a inclusão direta de internos no sistema federal como transferência de presos de outros estabelecimentos. A relevância deste ponto reside no fato de a lei deixar transparecer que pode haver a inclusão de internos diretamente no sistema penitenciário federal sem necessitar que antes tenham passado pelo sistema penitenciário estadual.

O que se tem observado na prática é existirem alguns casos de recolhimento a estabelecimento penitenciário federal como primeiro ingresso no sistema penitenciário nacional. Um dos mais divulgados casos foi o do colombiano Juan Carlos Abadia, preso dia 7 de agosto de 2007, durante a “Operação Farrapos”, tendo sido diretamente recolhido para a Penitenciária Federal de Campo Grande⁷.

O artigo 2º da Lei 11.671, por sua vez, estabelece:

Art. 2º. A atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais será desenvolvida pelo juízo federal da seção ou subseção judiciária em que estiver localizado o estabelecimento penal federal de segurança máxima ao qual for recolhido o preso.

A redação do artigo é importante, pois define que a competência para acompanhar a

⁷ Traficante Juan Carlos Abadia é preso pela PF em SP. **Terra**.

execução penal nos estabelecimentos penitenciários federais é da Justiça Federal, o que se revela importante, quando se observa que o sistema penitenciário federal não abriga apenas condenados por crimes da competência federal, mas também e, principalmente, condenados por crimes de competência estadual.

Nesse sentido, nota-se que a lei tenta impor uma migração de competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal, o que se revela uma manifesta agressão ao texto constitucional. Isso se afirma, pois, como se sabe, que a competência da Justiça Federal é estabelecida de forma taxativa pelo texto constitucional, por meio do rol do artigo 109. Assim sendo, a mera leitura do citado artigo constitucional demonstra que não existe entre as competências jurisdicionais da Justiça Federal atuação em execução penal, só podendo esse entendimento ser aferido de forma indireta naqueles crimes já expressos no artigo como federais (artigo 109, IV, V, V-A, VI, VII, IX e X da CF/88).

Com efeito, o que se nota é que o texto da Constituição Federal ao definir uma competência subsidiária para a Justiça Estadual (artigos 125 e 126 da CF/88) e não estabelecer entre as competências da Justiça Federal atuação em matéria de execução penal, automaticamente, remeteu àquela Justiça a missão constitucional na matéria agora analisada. Desse modo, o que pretende a Lei nº. 11.671 com a redação do artigo 2º é inserir uma competência para a Justiça Federal por meio de lei ordinária, o que se revela flagrantemente inconstitucional, remetendo o princípio da supremacia constitucional à total insignificância.

Vale frisar que, em mais de uma oportunidade, o STF já afirmou que as competências jurisdicionais são de interpretação restritiva e que não é possível criar competência desta natureza sequer por lei em sentido estrito (salvo expressa autorização constitucional, p. ex., Artigo 109, §3º), sendo necessária, portanto, emenda constitucional para isso. Esse entendimento foi expressamente afirmado, *v.g.*, na Pet 693-AgR, da lavra do Min. Ilmar Galvão, nos seguintes termos: “Não pode, pois, a lei ordinária, como o Código de Processo Penal, regular matéria que só pode ter sede constitucional”⁸. O mesmo entendimento foi reiterado na ADI 2797/DF que afirmou com todas as letras a exclusividade constitucional da adição de competências jurisdicionais:

EMENTA: (...) IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para

⁸ Pet 693 AgR, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/1993, DJ 01-03-1996 PP-05012 EMENT VOL-01818-01 PP-00014 RTJ VOL-00159-01 PP-00028.

o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): **declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade.** 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. **2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação aos dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual.** 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. **6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal -salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária(...).**⁹ (Grifou-se)

A inconstitucionalidade do dispositivo torna-se mais clara quando se ressalta o caráter jurisdicional da execução penal¹⁰, já confirmado pela moderna doutrina do processo penal, superando o vetusto e ultrapassado entendimento de que a execução penal gozaria de mero caráter administrativo. Defendendo a natureza jurisdicional da execução penal, apresentam-se Dante Busana, Ada Pellegrini e Oscar Xavier de Freitas¹¹, por meio das súmulas das Mesas de Processo Penal da Universidade de São Paulo:

Tema: Natureza Jurídica da Execução Penal

Súmula nº. 39: A execução penal é atividade complexa que se desenvolve entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo.

Súmula nº. 40: Guarda natureza administrativa a expiação da pena. É objeto do processo de execução, guardando natureza jurisdicional

⁹ ADI 2797, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-02 PP-00250.

¹⁰ FERNANDES, A. S. **Execução Penal: Aspectos jurídicos**, p. 2.

¹¹ MARCÃO, R. **Curso de Execução Penal**, 2007, p. 3.

e tutela tendente à efetivação da sanção penal, inclusive com as modificações desta, decorrentes da cláusula *rebus sic stantibus*, ínsita na sentença condenatória.

Súmula nº. 41: Em toda e qualquer execução penal, há pelo menos dois momentos jurisdicionais: seu início e seu encerramento.

Súmula nº. 42: No curso de toda e qualquer execução penal, podem, a qualquer momento, ocorrer fenômenos processuais, sempre que o juiz for chamado a julgar, exercendo então a função jurisdicional de julgar.¹²

Assim sendo, ressaltado o caráter jurisdicional da execução penal, falece qualquer argumento no sentido de não ser necessária a presença de competência para execução penal no rol de atribuições jurisdicionais da Justiça Federal. É interessante perceber, no entanto, que a própria lei admite tal caráter, pois afirma que: “a atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais...”. Assim sendo, parece que a própria lei confessa inconstitucionalidade.

Não bastasse o problema de competência, do ponto de vista prático, a mera transferência da execução penal revela-se bastante danosa à defesa dos internos desprovidos de recursos, que, diferente do inicialmente afirmado, são muitos no sistema federal. A transferência de internos sem recursos significa que seus processos criminais tramitaram, em regra, na Justiça Estadual de origem, mas eles estão recolhidos no estabelecimento penitenciário federal, assistidos por um Defensor Público Federal, que tem como atribuição atuar na Justiça Federal, tendo seu papel de atuação na execução do interno prejudicado, já que não pode atuar nos processos estaduais de origem, além de estar a quilômetros de distância

¹² GRINOVER, A. P.; GOMES FILHO, A. M.; FERNANDES, A. S. **Recursos no Processo Penal**, 2011, p. 354.

deles.¹³

Como se nota, para os internos sem posses, a transferência para o sistema federal revela-se ainda mais prejudicial à defesa no que tange ao acompanhamento processual, pois resta ao defensor que o assiste tomar medidas administrativas, solicitando o apoio das defensorias estaduais do estado de origem, para que acompanhem a defesa dos internos nos processos criminais iniciais.

Por fim, no que se refere ao artigo 2º, merece destaque o fato de a lei tentar aproximar a figura da autoridade judiciária da realidade da penitenciária federal, já que estabelece que a atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais será desenvolvida pelo juízo federal da seção ou subseção judiciária em que estiver localizado o presídio. Nesses termos, o que se pode depreender da lei é que deve ser Juiz-Corregedor do presídio federal um daqueles que atue na vara federal mais próxima do estabelecimento prisional, o que facilita o acompanhamento da execução penal e o cumprimento das normas relativas ao presídio.

O objetivo da norma, evidentemente, é o de aproximação entre o magistrado da execução penal e a vida do presídio sob sua jurisdição, já que, justamente por apreciar o comportamento dos presos e julgar sua vida carcerária (benefícios, regressões, etc.) necessita estar próximo daquela comunidade carcerária, o que impõe que tal jurisdição seja a mais próxima possível, trate-se de seção ou subseção judiciária.

Infelizmente, esse intelecto normativo não é respeitado nas Seções Judiciárias do Rio Grande do Norte e do Paraná, responsáveis, respectivamente, pelos Presídios Federais

¹³ O caso pode ensejar, inclusive a atuação da Defensoria enquanto *custos vulnerabilis*, nos termos expostos por Jorge Bheron Rocha: “Outra hipótese é a atuação nos pedidos de relaxamento feitos por advogado particular em comarcas do interior do estado, estando o acusado preso na capital, cercado de dificuldades para mobilizar sua defesa, limitações lógicas de locomoção e de contato com o mundo exterior[14], inclusive com seu procurador judicial. Em caso assim, o Núcleo da Defensoria Pública que oficia junto à Casa de Privação Provisória de Liberdade Professor Clodoaldo Pinto, em Itaitinga (CE), realizou atendimento ao acusado G.B.S., que contava com causídico particular, cujo processo já se encontrava com instrução encerrada, entretanto aguardando que o juízo intimasse a acusação para a oferta de memoriais escritos. O Núcleo ingressou com petição requerendo a imediata intimação das partes para apresentação dos memoriais a fim de evitar dilatação desnecessária na prisão provisória. Tal intervenção foi acolhida pelo advogado particular constituído que, dialogando processualmente com o que denominou de diligente provocação, reiterou o pedido da Defensoria Pública, o que demonstra perfeita compatibilidade e complementariedade entre as atuações, conforme já alertava Ferrajoli. A atuação diuturna junto aos estabelecimentos prisionais, com as prerrogativas que são asseguradas à instituição e aos seus membros, apresentando as vantagens organizacionais ao demandar[16], a Defensoria Pública pode colaborar com o contraditório substancial, como interveniente, sem com isso dispensar ou substituir o importante papel desempenhado pelo causídico particular, que é o defensor natural.”. **In: A Defensoria como *custos vulnerabilis* e a advocacia privada.**

de Mossoró e Catanduvas, visto que há subseções judiciárias federais em Mossoró-RN e Cascavel-PR, que seriam mais próximas aos Presídios Federais antes citados, mas as varas federais responsáveis pela execução penal em tais presídios estão situadas, por ordem, em Natal-RN e Curitiba-PR.

A alegação dos Tribunais Regionais Federais - responsáveis pela instalação das varas - para isso é a questão de segurança para os juízes, o que não se sustenta seja por descumprimento expreso da legislação; seja por esse argumento não encontrar respaldo na realidade dos outros dois presídios federais (Porto Velho-RO e Campo Grande-MS), que respeitam a lei sem prejuízos à segurança de seus magistrados corregedores; seja, primordialmente, pelos graves problemas à ampla defesa dos apenados, visto que ficam distantes do magistrado, muitas vezes, de seus processos físicos (que, geralmente, chegam físicos dos Estados) e até de advogados.

No âmbito da Defensoria Pública da União, esta questão obriga uma bipartição de trabalho entre os Defensores Federais com lotação mais próxima dos presídios (Mossoró e Cascavel) e os Defensores Federais com lotação nas Varas da Execução Penal Federal. Os Defensores com atuação mais próxima do Presídio fazem as vistorias, visitas *in loco* e atendimentos aos internos. Por outro lado, no que tange aos peticionamentos junto às Varas de Execução Federal, há uma distinção histórica entre a DPU no Rio Grande do Norte e no Paraná, pois a DPU-Mossoró-RN, além de realizar o trabalho local no Presídio Federal, também sempre peticionou junto à Vara Federal em Natal, por meio de acordo firmado com o magistrado corregedor, enquanto que, no Paraná, o peticionamento ante à Vara Federal ficou historicamente aos encargos da DPU-Curitiba-PR. Nos dois casos, há flagrante dificuldade no trabalho da Defensoria, pois, no caso da DPU-Mossoró, fica-se distante dos autos e do juiz, enquanto que, no caso da DPU-Curitiba, os Defensores ficam distantes dos presos. O simples respeito à legislação, com a mudança da Vara de Execução Federal para a subseção mais próxima do presídio, sanaria todos esses graves problemas à ampla defesa.

O artigo 3º da Lei nº. 11.671 trata do perfil de preso federal:

Art. 3º. Serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório.

A redação do artigo 3º traz uma norma aberta, baseada em um conceito jurídico

indeterminado “de interesse da segurança pública”, o que fica no campo da discricionariedade do magistrado. Ocorre, todavia, que tal arquitetura legislativa macula nitidamente o princípio da legalidade no que se refere à proibição de incriminações vagas e indeterminadas.

O princípio da legalidade, como se sabe, possui quatro funções: a) proibir a retroatividade da lei penal; b) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes; c) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; d) proibir incriminações vagas e indeterminadas¹⁴. Assim sendo, diante da limitação de liberdade típica do direito e do processo penal (o que significa restrição a direito fundamental) faz-se imperiosa a existência de normas precisas, não sendo possível existir no direito ou no processo penal normas limitadoras de liberdade que sejam vagas e indeterminadas, o que também revela a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº. 11.671.

O Decreto nº. 6.877, por sua vez, ultrapassando o caráter regulamentar e inovando no mundo jurídico, estabelece:

Art. 3º. Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características:

I - ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;

II - ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem;

III - estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD;

IV - ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça;

V - ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou

VI - estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem.

Da redação do artigo 3º do Decreto, afere-se que o referido ato normativo não se conteve em regulamentar a Lei nº. 11.671, passando a inovar no mundo jurídico, usurpando

¹⁴ GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: Parte geral, 2009, p. 96.

o papel da Lei, o que revela a inversão normativa, invalidando o dispositivo. Esse rol cria um verdadeiro “perfil” de preso federal. Da leitura de tal dispositivo, notam-se as consequências (tão nefastas quanto evidentes) para a vida carcerária, processual e social do interno, que, seja por qual razão for, venha a ser, em algum momento, inserido no sistema penitenciário federal.

Em especial, destaca-se, como consequência do enquadramento neste **perfil**, a chamada **superestigmatização**, ou seja, um preconceito social e generalizado contra aquele que é preso federal. Tal estigma é sentido, inclusive, no curso dos processos judiciais. Há a formação de uma jurisprudência hiperinquisitiva contra presos federais, que chega a justificar prisões com excesso de prazo, violações a direitos básicos, tais como sigilo da comunicação com advogados e visitas íntimas, única e exclusivamente, pelo fato de o interno ser do sistema penitenciário federal e não necessariamente por ter ele cometido fatos graves. Resume bem o ponto Gabriel Cesar dos Santos:

Além de estar eivado de imprecisões e lacunas na formulação dos diplomas normativos que disciplinam o seu funcionamento, o Sistema Penitenciário Federal viola diversos direitos individuais, gerando danos irreversíveis à vida dos sujeitos que estão submetidos a ele, na medida em que contribui fortemente para construção de um perfil sócio-psicológico que potencializa e reforça a relação daqueles com a criminalidade, consolidando a identidade criminoso e perpetuando a desviação. Nesse contexto, verifica-se a existência de uma “superestigmatização” do preso federal, já que as próprias hipóteses de federalização da execução indicam, em tese, se tratar dos presos mais perigosos. O processo de formação da identidade desviante é ainda mais pernicioso, pois ao assumir o papel correspondente ao estereótipo de “criminoso federal” que lhe foi atribuído, terá que fazer jus à sua periculosidade quando regressar ao convívio social.¹⁵

Nota-se assim que a simples inclusão de alguém no sistema penitenciário federal, o que não raro ocorre de forma equivocada e sem respeitar os padrões previstos na própria legislação sobre o tema, por si só, já gera efeitos deletérios não só para o interno sair de tal sistema, mas também para o prosseguimento de sua vida processual, carcerária e social. Tal como todo preconceito, a “superestigmatização” decorrente do encarceramento federal cria uma “cegueira” que dificulta o reconhecimento de erros pelo próprio sistema. A ideia de que há de se ser mais rígido com o preso federal por ele ser preso federal acaba por desconsiderar a possibilidade daquele indivíduo - pelos fatos que praticou - sequer dever estar no sistema

¹⁵ SANTOS, G. C. Sistema Penitenciário Federal e a violação dos direitos individuais do preso: uma reflexão crítica sobre os critérios de seleção dos inimigos do estado brasileiro. *In: Revista da Defensoria Pública da União*, jan/dez. 2016. p. 330.

penitenciário federal! Este estigma, ao fim e ao cabo, torna este um direito contra a pessoa e não contra os fatos criminosos praticados, o que acaba fragilizando todos os direitos e garantias mais básicos do indivíduo no curso desses processos.

O artigo 4º trata da decisão de inclusão do preso no sistema federal:

Art. 4º. A admissão do preso, condenado ou provisório, dependerá de decisão prévia e fundamentada do juízo federal competente, após receber os autos de transferência enviados pelo juízo responsável pela execução penal ou pela prisão provisória.

§ 1º. A execução penal da pena privativa de liberdade, no período em que durar a transferência, ficará a cargo do juízo federal competente.

§ 2º. Apenas a fiscalização da prisão provisória será deprecada, mediante carta precatória, pelo juízo de origem ao juízo federal competente, mantendo aquele juízo a competência para o processo e para os respectivos incidentes.

O aspecto interessante do dispositivo acima transcrito é o fato de deixar claro que cabe ao Juiz Federal Corregedor a última palavra no que tange à transferência. Como se verá abaixo, quando da análise do artigo 5º, deve haver uma decisão prévia do juiz da origem sobre a transferência, mediante provocação de um dos legitimados. No caso da decisão prévia da origem ser favorável à transferência, não estará o Juiz Federal vinculado a ela, havendo plena liberdade para o Corregedor, se for o caso, negar a inclusão do preso no sistema federal.

O artigo 4º é importante para afirmar o poder de decisão do Juiz Corregedor. É comum, nos casos de transferência para presídios federais, haver pressão política para forçar transferências que, muitas vezes, apenas buscam aquietar os ânimos da opinião pública. Por isso, a lei atribui ao juiz e não às autoridades administrativas a decisão sobre a transferência para o presídio federal, o que é não só um reforço à autoridade das decisões do magistrado, mas uma garantia ao próprio apenado. Entender de forma diversa, atribuindo às autoridades administrativas a decisão sobre as transferências é fazer o Direito tombar ante ao interesse político da ocasião.

Não obstante isso, o Superior Tribunal de Justiça vem, lamentavelmente, mitigando a discricionariedade do Juiz Federal Corregedor na matéria, em uma clara jurisprudência *contra legem*. Prevalece no STJ o entendimento no sentido de que, acaso devidamente motivado pelo Juízo Estadual o pedido de manutenção do preso em presídio federal, não

cabe ao Magistrado Federal exercer juízo de valor sobre a fundamentação apresentada, mas apenas aferir a legalidade da medida:

AGRAVO REGIMENTAL EM CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. EXECUÇÃO DE PENA. PRORROGAÇÃO DE PERMANÊNCIA DE APENADO EM PRESÍDIO FEDERAL DE SEGURANÇA MÁXIMA. MANUTENÇÃO DAS RAZÕES QUE ENSEJARAM O PEDIDO INICIAL. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. POSIÇÃO DE LIDERANÇA DO DETENTO NO COMANDO VERMELHO”. MOTIVAÇÃO LEGAL. ARTS. 3º E 10, § 1º, DA LEI N. 11.671/2008. IMPOSSIBILIDADE DE JUÍZO DE VALOR DO MAGISTRADO FEDERAL. MERA AFERIÇÃO DA LEGALIDADE DA MEDIDA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL.

1. A rejeição da renovação de permanência do apenado em presídio federal autoriza seja suscitado conflito de competência, nos termos do art. 10, § 5º, da Lei n. 11.671/2008.

2. Persistindo as razões que ensejaram a transferência do preso para o presídio federal de segurança máxima, como afirmado pelo Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro/RJ, a renovação da permanência do apenado é providência indeclinável, como medida excepcional e adequada para resguardar a ordem pública. Incidência do art. 3º do Decreto 6.877/2009, que regulamenta a Lei supramencionada.

3. Prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que, acaso devidamente motivado pelo Juízo estadual o pedido de manutenção do preso em presídio federal, não cabe ao Magistrado Federal exercer juízo de valor sobre a fundamentação apresentada, mas apenas aferir a legalidade da medida. Ressalva do ponto de vista do Relator. (...)¹⁶

Esse entendimento é de todo equivocado, pois retira do magistrado federal a total cognição judicial sobre **quem é e por qual motivo** determinados internos estão no Presídio Federal. A experiência nos presídios federais revela que, muitas vezes, as autoridades administrativas e até mesmo judiciárias estaduais buscam se desfazer de presos tidos “por problemáticos”. Entenda-se nessa expressão equívoca (“problemático”) toda a sorte de preso que impõe afazeres extras às autoridades locais. Nesse grupo, existem presos com doenças raras, suicidas, ameaçados de morte etc., que, por mais que não sejam necessariamente perigosos

¹⁶ AgR no CC 150.364/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2017, DJe 02/03/2017

para os fins da Lei n.º. 11.671, são enviados para o Presídio Federal, muitas vezes, por razões diversas da realidade, como uma forma de se eximir do problema que é administrar a vida daquela pessoa. Com esse entendimento do STJ, mesmo que o magistrado federal, Corregedor do Presídio Federal, constate que foi um equívoco a inclusão desse apenado no sistema penitenciário federal, ainda assim, será refém do arbítrio do juiz estadual.

Outro exemplo dessa diminuição da cognição executória do magistrado federal:

A concessão do benefício da progressão de regime ao apenado em presídio federal de segurança máxima fica condicionada à ausência dos motivos que justificaram a transferência originária para esse sistema ou, ainda, à superação de eventual conflito de competência suscitado. Tal entendimento jurisprudencial deriva da interpretação sistemática dos dispositivos legais que norteiam o ingresso no Sistema Penitenciário Federal, os quais demonstram a absoluta incompatibilidade entre os motivos que autorizam a inclusão do preso e os benefícios liberatórios da execução.¹⁷

Nota-se assim que a jurisprudência do STJ vem trilhando um perigoso caminho, contrário, expressamente, ao artigo 4º da lei - que, apesar de formalmente inconstitucional, como acima visto, segue presente no ordenamento jurídico, dada a presunção de constitucionalidade das leis – que estabelece que depende de decisão do juízo federal competente o ingresso e, por via de consequência, de saída dos internos do sistema penitenciário federal, diminuindo assim a competência jurisdicional do magistrado federal para tal fim, chegando ao ponto de retirar sua competência para atos típicos da execução penal, como a progressão de regime! Patente absurdo!

O artigo 5º da lei n.º. 11.671, por sua vez, trata dos legitimados para pedir a transferência de presos para o sistema federal, estabelece a já citada decisão prévia do juiz da origem sobre a transferência, garante ao interno a assistência por Defensor Público Federal, além de estabelecer algumas outras regras procedimentais:

Art. 5º. São legitimados para requerer o processo de transferência, cujo início se dá com a admissibilidade pelo juiz da origem da necessidade da transferência do preso para estabelecimento penal federal de segurança máxima, a autoridade administrativa, o Ministério Público e o próprio preso.

§ 1º. Caberá à Defensoria Pública da União a assistência jurídica ao preso que estiver nos estabelecimentos penais federais de segurança

¹⁷

CC n.º. 125.871/RJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, DJe 7/6/2013.

máxima.

§ 2º. Instruídos os autos do processo de transferência, serão ouvidos, no prazo de 5 (cinco) dias cada, quando não requerentes, a autoridade administrativa, o Ministério Público e a defesa, bem como o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, a quem é facultado indicar o estabelecimento penal federal mais adequado.

§ 3º. A instrução dos autos do processo de transferência será disciplinada no regulamento para fiel execução desta Lei.

§ 4º. Na hipótese de imprescindibilidade de diligências complementares, o juiz federal ouvirá, no prazo de 5 (cinco) dias, o Ministério Público Federal e a defesa e, em seguida, decidirá acerca da transferência no mesmo prazo.

§ 5º. A decisão que admitir o preso no estabelecimento penal federal de segurança máxima indicará o período de permanência.

§ 6º. Havendo extrema necessidade, o juiz federal poderá autorizar a imediata transferência do preso e, após a instrução dos autos, na forma do § 2º deste artigo, decidir pela manutenção ou revogação da medida adotada.

§ 7º. A autoridade policial será comunicada sobre a transferência do preso provisório quando a autorização da transferência ocorrer antes da conclusão do inquérito policial que presidir.

Dos dispositivos acima, merece destaque a fixação do rol dos legitimados para solicitar a transferência de internos para o sistema federal, quais sejam: a) a autoridade administrativa; b) o Ministério Público; c) o próprio preso. Logo se constata que a autoridade judiciária da origem não pode agir de ofício, solicitando a transferência de internos. Tal fato, que parece óbvio, na prática, tem sido ignorado. É bem comum encontrar, em processos judiciais de transferência entre estabelecimentos penitenciários, solicitações de transferência formuladas pela própria autoridade judiciária da origem.

Um ponto que merece elogio na lei é o fato de atribuir legitimidade ao próprio preso para requerer transferência para o presídio federal, o que está em conformidade com o princípio da ampla defesa (artigo 5º, LV da CF/88) em sua perspectiva de autodefesa.¹⁸ Tal legitimidade revela-se fundamental, principalmente, nos casos em que os internos correm risco de morte nos seus presídios de origem, o que, infelizmente, é bem comum.

¹⁸ OLIVEIRA, E. P. **Curso de Processo Penal**, 2007, p. 31.

O dispositivo acima transcrito afirma ainda ser necessária a decisão prévia do juiz da origem sobre a transferência do interno, o que acaba revelando um interessante diálogo entre competências jurisdicionais. Desse modo, a Lei acaba por estabelecer um sistema de diálogo entre a competência estadual e a federal, havendo a necessidade de que ambas as esferas jurisdicionais decidam favoravelmente à transferência para que ela possa ser efetivada. Tal entendimento é corroborado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

4. Cabe ao Poder Judiciário verificar se o preso tem ou não o perfil apropriado para a transferência ou a permanência nos presídios federais, em controle compartilhado entre o juízo de origem solicitante e o juízo responsável pelo presídio federal, prevista expressamente em lei forma hábil para a solução de eventual divergência, o conflito de competência (art. 9º e art. 10, § 5º, da Lei nº 11.671/2008).¹⁹

Ainda no artigo 5º, estabelece-se que caberá à Defensoria Pública da União a assistência jurídica ao preso federal, ponto em que a lei também é digna de elogio, já que também está em conformidade com o princípio da ampla defesa (artigo 5º, LV da CF/88), agora, sob a perspectiva da defesa técnica.²⁰

O papel do Defensor Público Federal é imprescindível no que tange ao acompanhamento de todos os incidentes processuais referentes à permanência ou saída do interno do sistema penitenciário federal, destacando-se: a) a defesa inicial, anterior à inclusão do interno; b) o monitoramento do prazo de permanência estipulado na decisão de inclusão; c) a defesa nos processos disciplinares de interno (artigo 39 e ss. do Decreto 6049).

Não obstante isso, a transferência do interno do sistema estadual para o federal, em lugar distante do da aplicação da pena, tal como é a lógica do sistema, provoca o já citado prejuízo à assistência do Defensor Público Federal, já que os processos criminais da origem tramitaram, em regra, na Justiça Estadual, o que impede atuação do defensor federal, visto que há vários casos de presos provisórios no sistema penitenciário federal, ademais de ser comum existirem vários outros processos em curso na esfera estadual além daquele que levou o interno à prisão e ao sistema federal. Nesses moldes, resta ao Defensor, como já afirmado, solicitar o apoio da Defensoria Estadual na origem, solicitando o acompanhamento do processo criminal inicial.

Conforme o artigo 5º, §5º, a decisão que admitir o preso no estabelecimento penal federal

¹⁹ STF - HC 112650 / RJ, rel. Min. ROSA WEBER, 2014.

²⁰ *Ibidem*, p. 29.

de segurança máxima indicará o período de permanência, o que será mais bem abordado nos comentários do artigo 10.

O artigo 5º, §6º, possibilita ao juiz federal autorizar a imediata transferência do preso em caso de urgência, o que implica em mais uma utilização de conceito indeterminado em matéria penal, o que não é recomendável. Um ponto bastante relevante é que há entendimento de que tal dispositivo autorizaria o juiz da execução **de ofício** solicitar a transferência de preso para o sistema federal:

Também o procedimento de transferência do preso para as penitenciárias federais pode ser colocado como um dos casos de manifestação do sistema inquisitório na execução penal. Isto porque, mesmo que a Res. CJF 502 e a Res. CJF 557 (sendo que a segunda surgiu para substituir a primeira), ou a Lei 11.671/2008 (que substituiu ambas as resoluções citadas acima), que disciplinam a matéria, façam referência a possibilidade de o processo ser iniciado pelo Ministério Público, pelo preso ou pela administração penitenciária, há o resguardo da possibilidade de o juízo de origem requerer a transferência, agindo de ofício, cabendo, inclusive, suscitar conflito de competência caso seja negado (art. 5, caput, deste último instrumento normativo, bem como a Exposição de Motivos do PL 969/2007, referente à Lei 11.671/2008).²¹

Não obstante o entendimento acima, que critica a ideia de um magistrado poder solicitar a inclusão de ofício de interno no sistema penitenciário federal, aqui, deve-se ser ainda mais rigoroso nesse entendimento para frisar que sequer parece ser semanticamente possível tal entendimento.

O artigo 5º, §5º apenas autoriza, em casos de extrema necessidade, que o juiz federal possa autorizar a imediata transferência do preso. Neste ponto, deve-se compreender que tal dispositivo implica na possibilidade de o magistrado federal, ante *periculum in mora e fumus boni iuris*, possa liminarmente decidir pela inclusão de interno no sistema federal, jamais podendo ser extraído disso que o juiz federal ou o juiz estadual possam decretar tal transferência de ofício. Reitere-se: os juízes, nos termos da lei, poderão julgar liminarmente, ou seja, com contraditório diferido, a inclusão de preso no sistema, mas sempre a reboque do pedido de um dos legitimados para isso. Admitir interpretação diversa, realmente, seria possibilitar uma confusão completa entre os papéis de parte e de julgador, ferindo de morte o sistema acusatorial proposto pela Constituição federal de

²¹ PACHECO, A. M. P. Sistema Acusatório, Sistema Inquisitivo e Execução nas Penitenciárias de Administração Federal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 90, 2011, p. 165 - 187.

1988.

O artigo 6º ordena que o juízo de origem encaminhe ao juízo federal os autos da execução, quando deferida a transferência do preso condenado, o que é necessário para que o juiz federal possa, nos termos do já comentado artigo 2º, acompanhar a execução penal. O artigo 7º estatui ser suficiente a carta precatória, remetida pelo juízo de origem, para que o juízo federal competente dê início à fiscalização da prisão no estabelecimento penal federal nos casos de preso provisório.

O artigo 8º trata das visitas do juiz corregedor e do membro do Ministério Público, apenas reforçando os comandos já previstos nos artigos 66 e 68 da LEP. Já o artigo 9º, garante ao juízo da origem o poder de suscitar o conflito de competência perante o tribunal competente em caso de negativa de transferência pelo juiz federal. Tal conflito de competência mostra-se equivocado não só terminologicamente, mas também no que diz respeito à legitimidade, já que a autoridade judiciária da origem não é parte legitimada para solicitar transferência como analisado no artigo 5º. Ora, se a autoridade judiciária não possui legitimidade para iniciar o processo de transferência, qual seria a razão jurídica para recorrer da decisão do magistrado federal? Logo nota-se que se alguém deveria recorrer seriam os mesmos legitimados já previstos no artigo 5º.

O artigo 10º exclui trata do prazo de permanência de presos no sistema federal e de possíveis renovações de tal período:

Art. 10. A inclusão de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima será excepcional e por prazo determinado.

§ 1º. O período de permanência não poderá ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, renovável, excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência.

§ 2º. Decorrido o prazo, sem que seja feito, imediatamente após seu decurso, pedido de renovação da permanência do preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, ficará o juízo de origem obrigado a receber o preso no estabelecimento penal sob sua jurisdição.

§ 3º. Tendo havido pedido de renovação, o preso, recolhido no estabelecimento federal em que estiver, aguardará que o juízo federal profira decisão.

§ 4º. Aceita a renovação, o preso permanecerá no estabelecimento

federal de segurança máxima em que estiver, retroagindo o termo inicial do prazo ao dia seguinte ao término do prazo anterior.

§ 5º. Rejeitada a renovação, o juízo de origem poderá suscitar o conflito de competência, que o tribunal apreciará em caráter prioritário.

§ 6º Enquanto não decidido o conflito de competência em caso de renovação, o preso permanecerá no estabelecimento penal federal.

O artigo acima assevera que a inclusão de preso em estabelecimento penal federal será excepcional e por prazo determinado. Assim sendo, esgotado o prazo de permanência, a medida resta atendida e, diante da excepcionalidade que lhe é inerente, não há motivos para que o interno permaneça no estabelecimento penal federal.

Quanto ao prazo, pode-se ver que o período máximo de permanência no presídio federal é de 360 dias, renovável excepcionalmente, o que significa que pode, inicialmente, ser estipulado um prazo menor, daí a necessidade do artigo 5º, §5º, asseverar que decisão que admitir o preso no estabelecimento penal federal de segurança máxima indicará o período de permanência. Tendo em vista que o próprio dispositivo fala que o prazo pode ser renovado excepcionalmente, percebe-se que o real escopo da lei é afirmar que, em cada decisão de renovação, se for o caso, o juiz deve avaliar o novo prazo de permanência nunca podendo tal prazo ser superior a 360 dias por decisão.

Assim sendo, apesar da excepcionalidade da medida, o próprio artigo 10, §1º, afirma que tal prazo pode ser renovado, caso seja solicitado, motivadamente, pelo juízo de origem. Deve-se ainda atentar que o citado parágrafo ressalta a necessidade de que, em um eventual pedido de renovação, sejam atendidos os requisitos da transferência. Neste caso, evidentemente, cabe ao Juiz Federal Corregedor perquirir sobre os motivos que ensejaram o pedido de renovação.

O segundo parágrafo do artigo 10, por sua vez, assevera que, decorrido o prazo determinado para permanência no sistema federal sem o pedido de renovação, ficará o juízo de origem obrigado a receber o preso no estabelecimento penal sob sua jurisdição. Nesses termos, a lei demonstra a excepcionalidade da permanência de interno no sistema federal e, ante a inexistência de pedido de renovação da permanência, impõe o retorno do reeducando ao estabelecimento estadual. Esse entendimento foi consolidado pela Súmula nº. 8 do “I Workshop dos Juizes Federais Corregedores de Presídios Federais”:

Enunciado nº. 8: Decorrido o prazo de dez dias, sem pedido de renovação de permanência, o preso deve ser devolvido, independente-

mente de qualquer outra providência por parte do juízo.²²

Ainda quanto à renovação do prazo de permanência, o artigo 10 deve ser interpretado em comunhão com o artigo 5º da mesma lei, o que significa que, na verdade, os mesmos legitimados a solicitar a transferência devem ser legitimados a requerer a renovação excepcional de permanência do detento. Tal observação decorre da simples lógica jurídica, afinal, conforme o velho e correto brocardo: “onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito” (*ubi eadem ratio legis, ibi eadem legis dispositio*).

Dessa maneira, assim como o preso, a autoridade administrativa ou o Ministério Público podem pedir inclusão no sistema penitenciário federal, igualmente, podem solicitar a renovação da permanência, pois os requisitos autorizadores são os mesmos em ambos os casos.

Por fim, o artigo 11 estabelece que a lotação máxima do estabelecimento penal federal de segurança máxima não poderá ser ultrapassada. Recomendando ao magistrado que o número de presos, sempre que possível, permaneça aquém do limite de vagas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, constata-se que o sistema penitenciário nacional permanece com graves problemas estruturais, sendo o próprio regime federal a demonstração da falência do sistema penitenciário estadual. Constatam-se também os graves problemas legislativos na regulamentação do regime penitenciário federal, destacando-se o mau uso do poder regulamentar por parte do Executivo.

Ainda no que tange aos problemas de constitucionalidade, o estudo demonstra um vício de constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº. 11.671/2008, que atribui competência jurisdicional à Justiça Federal, violando a Constituição, que estabeleceu o rol de competências desse segmento judiciário de forma taxativa. Assim sendo, revela-se a necessidade de uma ampla revisão da normatização existente em matéria de execução penal no âmbito federal, devendo-se inclusive pensar em alterações no texto constitucional

²² Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/Pdf/ParecerDecisaoCGJTJSPiWorkshopSistemaPenitenciarioFederal.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

para que se possa preservar a atuação da Justiça Federal em execução penal.

Não bastassem tais aspectos, a pobreza normativa da Lei nº. 11.671/2008 e os inconstitucionais excessos regulamentares dos decretos comentados obrigam que se realize uma interpretação que confira um mínimo de harmonia ao regime penitenciário federal, o que se buscou nos comentários acima.

Ademais, urge que seja revista a orientação jurisprudencial sobre a matéria, visto que há um excesso de poderes conferidos às autoridades administrativas estaduais no fluxo de internos para o sistema federal, o que é um caminho deveras perigoso ante a precariedade estrutural dos sistemas locais, o que estimula a utilização dos equipamentos federais como mera “válvula de escape”, o que, além de contribuir para se perpetuarem as omissões nos planos estaduais, mina a própria razão de ser do sistema penitenciário federal.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, É. Prisões Federais. **Revista do Tribunal Regional da 1ª Região**, Brasília, v. 22, n. 7, jul. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34737>>. Acesso em: 13 abr. 2011.

DOTTI, R. A. A trágica colheita dos frutos da omissão. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 12, p. 53-57, jun./jul. 2006.

FERNANDES, A. S. **Execução Penal**: Aspectos jurídicos. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo8.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. v. 1. Niterói: Impetus, 2009.

GRINOVER, A. P.; GOMES FILHO, A. M.; FERNANDES, A. S. **Recursos no Processo Penal**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARCÃO, R. **Curso de Execução Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, E. P. **Curso de Processo Penal**. 8.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

PACHECO, A. M. P. Sistema Acusatório, Sistema Inquisitivo e Execução nas Penitenciárias de Administração Federal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 90/2011, p. 165-187, Mai-Jun/2011 DTR\2011\1581. P. 4.

PENTEADO JUNIOR, A. T. O Sistema Penitenciário Federal. **Revista Magister de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 35, 2004. Disponível em: < <http://docs.exdat.com/docs2/index-625533.html>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

Resolução do CJF sobre os novos presídios federais. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 10 mai. 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Publicada-resolu%C3%A7%C3%A3o-do-CJF-sobre-os-novos-pres%C3%ADdios-federais>. Acesso em: 18 fev. 2016.

ROCHA, J. B. *In: A Defensoria como custös vulnerabilis e a advocacia privada*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

TRAFICANTE Juan Carlos Abadia é preso pela PF em SP. **Terra**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/retrospectiva2007/interna/0,,OI2121900-EI10676,00.html>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

A RESOLUÇÃO E EXPLORAÇÃO DE PROBLEMA À EDUCAÇÃO E À DIVERSIDADE PRISIONAIS

THE RESOLUTION AND EXPLORATION OF PROEDUCANDOSBLEM TO PRISON EDUCATION AND DIVERSITY

Miguel de Brito Santos

*Mestre em Educação Matemática – UEPB
Técnico em Assuntos Educacionais*

miguelbrisan@hotmail.com

RESUMO

O artigo ora apresentado é resultado da releitura do capítulo três da pesquisa desenvolvida com educandos privados de liberdade, experiência que aproximou, em seu tempo, a educação matemática desenvolvida pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, à educação prisional, tendo como elo a pesquisa narrativa. Assim, foi possível aproximar experiências profissionais à metodologia exploração-resolução de problema em condições de privação de liberdade. A resolução-exploração de problema enquanto metodologia se apresenta como forte base ao educador que trabalha naquela condição. Além disso, a pesquisa revelou aproximações com outras áreas do conhecimento de tal modo a fortalecer argumentações, mesmo que em área aparentemente distante como é o caso do Direito. Emergem possibilidades de fundamentar, com base em campos da educação matemática, estudos voltados às populações de assistidos. Olhamos, mesmo que de modo tangencial, constructos da educação em presídios, o direito à educação, previsto internacionalmente, além de elementos quantitativos que apontam a dimensão do problema, por exemplo, a população brasileira analfabeta fora e dentro dos presídios.

Palavras-chave: Educação. Matemática. Presídio. Problema. Narrativa.

ABSTRACT

The article presented is the result of the re-reading of chapter three of the research developed with students deprived of liberty, an experience that approached, in its time, the mathematical education developed by the State University of Paraíba (UEPB) to prison education, its link was Narrative research. Therefore, it was possible to approach experienced professionals to the exploratory-problem solving while methodology itself conditions of prisoners deprivation of liberty. The resolution-exploration of problem as methodology presents as a strong basis to the educator working in that condition. Besides that, the research revealed approximations with other areas of knowledge in such a way as to strengthen arguments, even in a seemingly distant area such as Law. There are possibilities to base, based on fields of mathematical education, studies aimed at the populations of assisted. Although tangential, we might have been noted, constructs of education in prisons, the right to education, predicted internationally, in addition to quantitative elements that point out the scale of the problem, for example, the Brazilian population illiterate outside and inside the prisons.

Keywords: Education. Mathematics. Prison. Problem. Narrative.

Data de submissão: 20/03/2017

Data de aceitação: 18/08/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. A DECISÃO PELA SALA DE AULA COM EDUCANDOS PRIVADOS DE LIBERDADE 2. OS DIFERENTES DOMÍNIOS DE EXPERIÊNCIAS PROFISSIONAIS ASSOCIADOS AO MODELO DE ENTRADA E A RESOLUÇÃO-EXPLORAÇÃO DE PROBLEMA 3. APROXIMAÇÕES DA NARRATIVA EM EDUCAÇÃO MATEMÁTICA ÀS REFERÊNCIAS EM DIREITO E EDUCAÇÃO EM PRESÍDIOS. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O artigo apresentado a seguir é parte da pesquisa, narrativa, educação matemática com educandos privados de liberdade: um trabalho com a metodologia exploração-resolução de problemas.

Durante a escrita desse artigo, tomamos como base o capítulo três da pesquisa desenvolvida em sala de aula com educandos privados de liberdade. Apresentamos, assim, as etapas como o capítulo foi se constituindo. Primeiro encontramos algumas referências da área de educação prisional. Mostraremos adiante, em pesquisas específicas do campo de educação em presídios, publicadas pelo INEP – Instituto de Estudos e Pesquisas Educacionais, que se associaram a referências desenvolvidas pela própria Defensoria Pública da União por meio da **Revista da Defensoria Pública da União** e da **cartilha de orientações jurídicas**, ambas as publicações distribuídas nacionalmente. Essa última, embora seja uma referência de orientações básicas aos assistidos, mostrou-se, visualmente, com forte poder de síntese ao identificar por meio da figura: o homem do campo, o aposentado, o enfermo, o preso. O formato de uma simples cartilha se aproximou, ao nosso olhar em pesquisa, de discussões e palestras que abordavam o perfil da população carcerária brasileira. A partir de percepções emergidas do trabalho cotidiano, encontramos, também, na **Revista da Defensoria Pública da União** uma fonte que subsidiou questões relativas à área do Direito. Destacamos aqui a necessidade de uma breve aproximação, como mostraremos, com aquela área.

Em um segundo momento, aproximamos experiências acadêmicas às vividas no Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) e na Defensoria Pública da União (DPU). Pois, ao olhar os assistidos sob o ponto de vista educativo, vimos a educação de jovens e adultos, contudo, em uma escola com educandos privados de liberdade.

Pensamos, inicialmente, em desenvolver a pesquisa com os itens do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em uma escola regular que não um presídio. Contudo, o cotidiano do trabalho na DPU nos levou à experiência em sala de aula prisional.

Então, desenvolvemos, tendo como foco a metodologia resolução-exploração de problema, por meio da pesquisa narrativa à aproximação de cotidianos da academia, profissional e do presídio.

Isso foi possível porque pensamos em um modelo, apresentado no capítulo quatro da pesquisa, e que aqui retomamos, em tópico a seguir, enquanto suporte aos deslocamentos entre domínios, condição que contribuiu com a aplicação da metodologia utilizada em sala de aula.

Precisamos olhar a educação em prisões de modo a conceber o contexto da pesquisa como parte de um processo global mais amplo. Assim, narramos, com base em referências da área de educação em presídios, atividades (seminários e discussões com foco em educação prisional) que permitiram um olhar panorâmico da educação prisional.

1. A DECISÃO PELA SALA DE AULA COM EDUCANDOS PRIVADOS DE LIBERDADE

O interesse pela pesquisa em sala de aula prisional ocorreu, inicialmente, quando encontramos a revista *Em Aberto*.¹ Sobretudo porque vimos a possibilidade de aproximar experiências de diferentes cotidianos.

A narrativa, enquanto elemento de aproximação da vida acadêmica ao trabalho e ao domínio prisional, apareceu nas primeiras aulas na universidade quando encontramos a linha de pesquisa narrativa. Por outro lado, no artigo “Educação Escolar na Prisão: controvérsias e caminhos de enfrentamento e superação da cilada”², vimos a narrativa base de análise do panorama latino-americano, particularizando a educação em espaço de privação de liberdade:

As interpretações sobre a América Latina são múltiplas, podendo ser distintas, complementares e ao mesmo tempo divergentes. Sob esse aspecto, pode ser vista como figuras e figurações de uma longa narrativa, permeada por construções intelectuais, que distinguem e mesclam, recriam-se e transfiguram-se, uma vez que o mesmo pensamento que descreve, compreende, explica ou nomeia, participa decisivamente da constituição do objeto, seja este coisa, gente ou ideia.³

Os dois parágrafos acima indicam momentos de contatos com leituras aparentemente

¹ **EM ABERTO** é uma publicação monotemática do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP).

² ONOFRE, E. M. C. Educação escolar na prisão: Controvérsias e caminhos de enfrentamento e superação da cilada. *In*: LOURENÇO, A. S. da. e ONOFRE, E. M. C. (Orgs). **O espaço da prisão e suas práticas educativas: enfoques e perspectivas contemporâneas**, 2012.

³ op. Cit. p. 267-268

distantes da educação matemática, desse modo percebemos a necessidade de situar essas leituras, inicialmente, antes de apresentar as aproximações entre o trabalho na defensoria, a experiência em sala de aula e a metodologia resolução-exploração de problema aplicada. Além disso, uma vez que a Defensoria Pública atua com a diversidade brasileira, há possibilidade de se olhar essas populações mediante um programa etnomatemático que considere a diversidade étnica de populações assistidas pelo órgão.

A Defensoria atua diante da própria diversidade brasileira. Como forma de simplificar visualmente a abrangência da área de atuação desse órgão público, selecionamos a imagem da **Cartilha de Orientação Jurídica**. Nela é possível identificar o homem do campo, o aposentado, o enfermo, a mulher, o preso, o deficiente nas mais diversas formas de deficiência, o aposentado. A cartilha é uma fonte em que se vê o amplo espectro de atuação da Defensoria Pública da União.

Extraímos um pequeno trecho da cartilha em que o papel da DPU é apresentado de modo panorâmico:

A Defensoria Pública da União (DPU) existe para dar assistência jurídica gratuita à população carente. Ou seja, é a instituição que defende os direitos, na justiça ou fora dela, de quem não tem condições de pagar por um advogado particular. Não se paga nada para ser atendido.⁴

A imagem simbólica, figura, fortaleceu a perspectiva de aproximar educação de jovens e adultos às atividades do cotidiano e isso inserido em uma pesquisa.

Outro elemento de partida foram as publicações anuais da **Revista da Defensoria Pública** e os recortes, citados a seguir, que contribuem com o entendimento, embora panorâmico, do papel da Defensoria Pública da União.

Vejamos. No artigo de Daniel Mourges Cogoy, a Defensoria é vista no momento de sua inserção na constituição de 1988:

No Brasil, a assistência jurídica aos pobres é garantida desde a Constituição de 1934. Esta previa, em seu artigo 113, que cabia ao estado prestar assistência jurídica aos necessitados. Apenas na Carta Magna de 1988, porém, em seu artigo 134, foi criada a Defensoria Pública

⁴ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Direitos previdenciários e assistências. **Cartilha de orientação jurídica**, 2014, p. 7.

como instituição – no âmbito estadual e federal – com a finalidade de garantir assistência jurídica gratuita a todos os necessitados (...). Primeiramente, na esfera criminal, visando garantir o direito de defesa e contraditório aos acusados em geral, especialmente os pobres. E, mais recentemente, ampliando sua esfera de atuação, a fim de garantir também a esfera cível, com ênfase na tutela de direitos da família e direitos possessórios, para, a pouco tempo, abranger outras áreas, como a defesa do consumidor e mesmo a tutela de direitos difusos e coletivos.⁵

Na edição de 2013, Erik Palácio Boson diz sobre a Defensoria Pública:

Por expressa determinação constitucional, a Defensoria Pública da União é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do estado. A ela incumbe, como expressão e instrumento do regime democrático, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos e a defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.⁶

Em outro momento, o autor destaca a defesa dos direitos individuais e coletivos de grupos sociais, vulnerável ou não economicamente, para isso considera construtos que abordam o conceito de grupos sociais, como é o caso de Gisele Aparecida dos Santos ao dizer:

Os grupos sociais incluem, mas não se limitam a grupos culturais. Entre os grupos sociais, estariam aqueles baseados no gênero, raça e etnicidades (além de cultura e religião). O que os torna um grupo social é que formam suas identidades a partir de práticas comuns e do mesmo status social. A identidade é constituída com base na partilha de um destino comum. Um ponto fundamental para se entender a noção de grupo social é que sua identificação não é dada pela adoção, consciente, de práticas ou modo de agir, mas pelo modo como é visto pelos outros grupos sociais.⁷

As populações prisionais são formadas por toda essa diversidade. Em um momento particular de nossa pesquisa, foi possível perceber, de um lugar que não o de educador, a convivência entre apenados, professores e agentes penitenciários. Abaixo indicamos a passagem em que registramos um breve momento dessa convivência:

⁵ COGOY, D. M. Assistência jurídica e judiciária no Brasil: Legitimação, eficácia e desafios do modelo brasileiro. **Revista da Defensoria Pública da União**, 2012, p. 145-146.

⁶ BOSON, E. P. A Defensoria Pública como Instituição articuladora do direito como padrão de reconhecimento. **Revista da Defensoria Pública da União**, 2013, p.11-12.

⁷ SANTOS, G. A. **As cotas como projeto de multiculturalismo**. In: Reconhecimento, utopia, distopia: os sentidos das políticas das cotas raciais, 2012, p.2.

Enquanto o professor apresentava os textos em espanhol, pedi licença para pegar a lista de presença. Um movimento bastante simples, pegar a lista de presença apenas. Porém, foi além desse entendimento. Porque com esse movimento me desloquei da condição de educador para a de observador. E foi aí que vi, pela primeira vez, um momento cotidiano do convívio de três “populações”: os agentes, os apenados e os professores. Precisei desenhar, na mão esquerda, as letras AAP de apenados, agentes e professores, usei esse artifício consciente porque precisava lembrar o momento durante narrativa.⁸

Essas experiências durante a convivência com os apenados nos levaram a um esforço de síntese das unidades narrativas, onde procuramos condensar as percepções em dois planos: a) entrelinhas dos diálogos e b) o trabalho com a metodologia resolução-exploração de problema aplicada em sala de aula.

Dessa maneira, ampliando as experiências indicadas acima, retomamos esses dois planos com intuito de pontuar algo presente nas entrelinhas e que está relacionado à saúde mental das pessoas encarceradas. A seguir resgatamos, ao concluir a escrita das entrelinhas, dentre as possíveis doenças do domínio prisional a de pessoas com transtorno em conflito com a lei: “Concluindo esse primeiro plano, lembrei-me de evidências de possíveis quadros de educandos com transtornos mentais em conflito com a lei, contudo tais percepções ficaram encobertas.”⁹

Ao escrevermos **evidências**, queremos dizer que podemos localizar educandos com tais transtornos, já abordado, inclusive pelo Ministério da Saúde. Contudo, nessa pesquisa essa questão ficou no que chamamos de entrelinhas. Poderíamos ter citado outra doença como a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), mas no caso do transtorno, o adoecimento é proveniente do conflito:

Segundo o relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (junho/2014), as quase três mil unidades prisionais brasileiras mantêm sob a custódia do Estado cerca de 700 mil pessoas, sendo 4500 pessoas com transtorno mental em conflito com a lei (85% custodiadas em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico – HCTP – ou Alas Psiquiátricas e 15% em unidades prisionais comuns). Esse número que nos últimos anos vem mostrando tendência de crescimento pode, no entanto, ser maior: se fossem realizadas avaliações interdisciplinares integrais e todas as pessoas privadas de liberdade no sistema prisional, seguramente encontraríamos um número signi-

⁸ SANTOS, M. B. de. **Educação matemática com educandos privados de liberdade** [manuscrito]: um trabalho com a metodologia resolução e exploração de problemas, 2016, p. 46.

⁹ op. cit, 142.

ficativo de pessoas com transtorno mentais necessitando de medidas terapêuticas, entre outros motivos, por uso abusivo de drogas, ou por agravos psicossociais decorrentes das condições de confinamento e desassistência no cárcere¹⁰.

Destacamos esse caso particular de doenças que é o transtorno mental de pessoas em conflito com a lei porque evidencia o adocimento humano na relação com o Estado. Procuramos, contudo, narrar diferentes momentos da convivência com educandos privados de liberdade. Pois, esses momentos compõem entrelinhas que procuramos capturar.

Identificamos, por exemplo, educandos que apresentam mais condições de leituras. O que podemos ver no diálogo, a seguir, quando um dos educandos se referiu à Bíblia, enquanto a lia:

[...]

— Professor, sete é o número da perfeição?

Fiquei surpreso com a pergunta.

— Por que essa pergunta?

[...] A matemática começava a ser retomada. Então outra colocação apareceu com relação ao número sete [...].

— A Bíblia diz que tudo que Deus fez sempre foi em sete dias. A princípio Deus criou tudo em seis dias e no sétimo ele descansou. Então, sete é um número de plenitude, do tempo, do acabamento. Alguns dizem que o sete é o número da mentira, mas não é verdade.

Ficamos surpresos com algumas intervenções. O diálogo acima mostra isso, porque os números primos apresentam suas particularidades: os conhecemos, podemos gerá-los, mas há sempre um próximo desconhecido. Esse fato indica que diferentes percepções de mundo, grupos sociais, convivendo em condições de cerceamento de liberdade, podem construir outra visão mais rica e elaborada.

¹⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Serviço de Avaliação de Medidas Terapêuticas Aplicáveis à Pessoa com Transtorno Mental em Conflito com a Lei, 2014, p. 8.

Ubiratan D'Ambrósio trata de diferentes visões de mundo no artigo “A História da Matemática: questões historiográficas e políticas e reflexos na educação matemática”¹¹ ao dizer:

Por razões várias, ainda pouco explicadas, a civilização ocidental, que resultou dessas culturas, veio a se impor a todo o planeta. Com ela, a Matemática cuja origem se traça às civilizações mediterrâneas, particularmente à Grécia antiga, também se impôs a todo o mundo moderno. Populações excluídas em consequência do processo colonial tentam, rapidamente, assimilar esse conhecimento.¹²

Essa percepção de processo histórico das relações homem-homem e homem-natureza são essenciais ao fortalecimento de outras visões que não as de negação do próprio homem. E no quadro particular do domínio prisional, em uma sociedade massificada, o homem é a massa, o encarceramento é de massas de populações que trazem em sua própria história as marcas de opressão. Com esse pensamento, a metodologia resolução-exploração aplicada pode receber, acreditamos nessa possibilidade, contribuição da etnomatemática, ou seja, embora o trabalho tenha sido com a resolução-exploração de problema, no domínio prisional pode aparecer uma matemática que considere a palavra ou a pergunta dialogada, nessa pesquisa pudemos identificar esse fato, contudo, deixemos para outro momento essa discussão.

2. OS DIFERENTES DOMÍNIOS DE EXPERIÊNCIAS PROFISSIONAIS ASSOCIADOS AO MODELO DE ENTRADA E A RESOLUÇÃO-EXPLORAÇÃO DE PROBLEMA

Fomos percebendo a grande massa de assistidos que necessitam da concretização das políticas desenvolvidas pela defensoria. Os encarcerados são uma parte da população que precisa da assistência (estadual, federal), assim, ao olhar pela ótica educacional, relemos a educação de jovens e adultos, nesse caso, dentro dos presídios.

Pensamos em desenvolver a pesquisa em uma escola regular e não em um presídio, e essa ideia persistia. Mas, à medida que fomos tendo acesso às informações acerca dos presídios brasileiros, superamos possíveis dúvidas quanto ao campo.

¹¹ D'AMBRÓSIO, A. **História da Matemática: questões historiográficas e políticas e reflexos na educação matemática**, 1999.

¹² *Ibidem*.

Precisávamos ver sentido em desenvolver uma pesquisa ligada não apenas ao mundo acadêmico, porque sentimos a necessidade de associar a atividade na universidade às do trabalho em órgãos públicos.

Ao pensar na Defensoria, concebemos que a pesquisa pode contribuir enquanto meio de pensar uma parceria com o presídio, articulando ações com a pastoral carcerária, verificando os atendimentos prestados dentro dos presídios.

No caso do INEP, o exame realizado anualmente, ENEM prisional, é uma política de onde se pode partir, seja para um trabalho de análise do alcance desses exames (limitações e/ou avanços) ou mesmo apontar outros caminhos à uma educação com maior leque de ação em que a família, por exemplo, esteja presente e sirva de suporte à educação entre os próprios presos.

A pesquisa na área de educação matemática na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) por si só demonstra a presença da universidade. Assim, portanto, o sentido da pesquisa envolvendo diferentes cotidianos, tendo como foco uma metodologia específica, nos apareceu quando as experiências profissionais e vivências no âmbito universitário foram nos levando a pensar em uma **liga**, pela narrativa, que possibilitasse o deslocamento pelos domínios citados.

A narrativa enquanto suporte fortaleceu a elaboração de um modelo simplificado na figura 02. Isso possibilitou maior clareza durante os deslocamentos entre domínios, condição que contribuiu com a aplicação da metodologia resolução-exploração de problemas, pois precisamos olhar os deslocamentos por diferentes cotidianos de modo simples.

Como pode ser visto, na figura 02, o modelo é bastante simples, e consta de duas circunferências que representam domínios externos e internos ao presídio. Com um modelo básico e simplificado associado à escrita narrativa, fomos fortalecendo a ideia de ver a sala de aula prisional inserida em um contexto mais amplo. Mas voltemos a outros elementos da pesquisa.

Chamamos a atenção ao transtorno de pessoas em conflito com a lei e, nesse momento, também como esforço de ligações entre áreas de conhecimentos, encontramos o trabalho dissertativo de Padovani¹³ que relaciona o termo resolução de problema, vendo-o como técnica e enquanto suporte à pesquisa com adolescentes em conflito com a lei.

¹³ PADOVANI, R. C. da. **Resolução de Problemas com Adolescentes em Conflitos com a Lei: Uma Proposta de Intervenção**, 2003, p. 29-31.

A técnica aplicada na pesquisa se liga a processos cognitivos de habilidades, como saber **confrontar-se** com um problema, e **articular passos** durante sua resolução. O termo problema, naquela dissertação, se encontra relacionado a uma situação ou conjunto de situações bases às respostas dos pesquisados.

Procuramos pensar em fortalecer o trabalho com a exploração de problema. Contudo, percebi a dificuldade da área em definir o termo problema. Resgatamos o trecho da pesquisa que indica essa percepção:

A leitura das unidades narrativas associada aos referenciais adotados levou a uma percepção das possibilidades do uso do termo Problema. Porém, isso só foi possível com certo amadurecimento do termo Exploração, porque tal amadurecimento ocorreu antes, durante, depois da experiência em sala de aula prisional. Então foi preciso perceber o termo Problema com certa relatividade de campo de conhecimento. Assim, a pesquisa mostra que a metodologia aplicada pode contribuir com desenvolvimento em diferentes áreas do conhecimento, uma vez que a leitura daquele termo central ocorre de maneira a se deslocar por diferentes áreas emergidas durante um diálogo em sala de aula.¹⁴

Esse caminho de procura por ligações que apresente coerência do pensamento é uma atividade que exige paciência, especialmente quando se é preciso colher informações de campos de conhecimentos ainda não trilhados. Nesta pesquisa precisamos olhar a educação em prisões de modo a reter certo panorama que permitisse ver o contexto da pesquisa como parte de um processo global. No tópico a seguir, apresento alguns recortes de pesquisas da área de Educação em Prisões. Procuramos relacionar as leituras dessa área às experiências durante o período em sala de aula prisional.

3. APROXIMAÇÕES DA NARRATIVA EM EDUCAÇÃO MATEMÁTICA ÀS REFERÊNCIAS EM DIREITO E EDUCAÇÃO EM PRESÍDIOS

No primeiro tópico desse artigo, falamos da importância de dois construtos de autores que fortaleceram a ideia de desenvolver a pesquisa em sala de aula prisional. As obras citadas naquele tópico trazem as densidades de cada pesquisa presente nelas, contudo, aqui, procuramos partir da experiência narrada para, dela, considerar os recortes das pesquisas presentes nos construtos indicados.

¹⁴ SANTOS, M. B. de. **Educação matemática com educandos privados de liberdade** [manuscrito]: um trabalho com a metodologia resolução e exploração de problemas, 2016, p. 49.

A experiência narrada aparece em toda escrita da pesquisa, as unidades narrativas são uma particularidade porque foi preciso maior aprofundamento com a metodologia aplicada em sala de aula.

Antes de apontar recortes das obras citadas acima, destacamos um momento significativo ocorrido durante debate promovido pela Universidade Estadual da Paraíba, quando ouvimos dois palestrantes da área de educação em presídios: Roberto Silva e Timothy Ireland. Na ocasião, foi abordado o “Direito à Educação” perpassando desde a Declaração Universal de Direitos Humanos às conferências internacionais; as garantias internacionais do direito à educação para pessoas privadas de liberdade no encontro de Hamburgo (1997) e na Conferência Internacional de Educação de Jovens e Adultos–Confintea VI, em Belém; Constituição Federal, 1988, artigo 208, que trata da Educação de Jovens e Adultos; Lei nº. 9394/96 que destaca a necessidade de atender os jovens em seu período de formação; Parecer CNE/CEB 4/2010 que trata da educação de jovens e adultos em cárcere enquanto direito humano subjetivo.

Tangenciamos o direito subjetivo ao encontrar em JR¹⁵ os três elementos: sujeito, um objeto e uma relação jurídica, na ordem, o titular do direito, o objeto que pode ser coisa, a própria pessoa ou outras pessoas, e uma relação jurídica entre pessoas.

Acompanhamos a exposição dos pesquisadores e percebemos um panorama de dados apresentado no tópico: “Crise da EJA no Brasil: sujeitos visíveis e invisíveis da EJA”.¹⁶ Esse aspecto quantitativo possibilitou entrada em sala de aula prisional com uma visão mais ampla da situação.

Percebemos o particular desse quadro geral pela fala de outro professor, Roberto Silva, que, entre outros temas, tratou da “remição¹⁷ da pena pelo estudo”, que pode ser lido, também, no artigo intitulado: Por uma Política Nacional de Educação para os Regimes de Privação de Liberdade no Brasil. Nesse artigo o autor chama atenção à forma como o tema foi tratado no Congresso Nacional. Aponta o equívoco que é considerar a remição

¹⁵ FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito**, 2008.

¹⁶ 65,9 milhões de pessoas com mais de 15 anos não frequentam a escola e não têm o Ensino Fundamental completo (Censo Demográfico/IBGE, 2010). 13,9 milhões de pessoas com 15 anos ou mais de idade, são consideradas analfabetas (Censo Demográfico/ IBGE, 2010). 4.046.169 pessoas com 15 anos ou mais de idade estão matriculadas na modalidade EJA (Censo Escolar/INEP 2010). 1,2 milhões de pessoas com 15 anos ou mais de idade estão em turmas ativas de alfabetização (SBA/2011).

¹⁷ Roberto Silva faz um breve histórico sobre a remição em alguns países da América Latina e destaca o caso brasileiro: no Brasil a remição da pena é um instituto consagrado pela Lei Federal nº 7210, de 1984, a Lei de Execução Penal (LEP) que a regulamenta em seu artigo 126.

pelo trabalho como parâmetro à remição pelo estudo:

Essa omissão em relação aos estudos, pesquisas e diagnósticos, tanto por parte dos proponentes quanto das comissões legislativas que precisam avaliar os diversos aspectos das proposições, faz a remição pelo trabalho parecer um modelo ideal e bem sucedido, capaz de servir como parâmetro para remição pela Educação.¹⁸

No mesmo artigo, o autor olha as estruturas sociais das quais os jovens e adolescentes brasileiros são oriundos e aponta uma falência estrutural. Pois, entende que a profundidade da análise da questão penitenciária precisa considerar “a colonização, escravidão, a estrutura social, trabalho, educação, saúde...,”¹⁹ para ele “Falharam a religião, a família, a escola, a comunidade, o mercado de trabalho, e a sociedade em geral em criar mecanismos de inclusão social que possibilitem assegurar o desenvolvimento contínuo e saudável de seus filhos.”²⁰

Nesse processo de pesquisa, ouvimos em 07 de novembro de 2014 dois outros pesquisadores da área de educação prisional: Marc de Maeyer e Hugo Rangel.

Encontramos em “educação para todos ao longo da vida”²¹ durante a escrita de nossa pesquisa narrativa necessidade de superar a relação tradicional. Vimos uma educação ao longo da vida enquanto emancipatória. “A educação ao longo da vida é, em si, uma educação libertadora; ferramenta que deve ser acessível a cada um, ela vai permitir compreender o porquê de se ‘estar aqui no mundo’, compreender seu mundo e sua representação de mundo.”²²

Ao referir-se à educação em prisões, o autor acima diz:

No que se refere à educação na prisão, os programas educacionais deverão, portanto, privilegiar mais um trabalho sobre este “estar aqui no mundo” do que um aprendizado de técnicas e competências; veremos também que esta aprendizagem de técnicas e de competências, com certeza necessária, somente será possível se for precedida

¹⁸ SILVA, R. **Por uma Política Nacional de Educação para os Regimes de Privação de Liberdade no Brasil**. In: LOURENÇO, A. S. da. e ONOFRE, E. M. C. (Orgs). O espaço da prisão e suas práticas educativas: enfoques e perspectivas contemporâneas, 2012, p.88.

¹⁹ *Ibidem*. p. 104.

²⁰ *Ibidem*. p. 104.

²¹ MAEYER, M. de. Ter tempo não basta para que alguém se decida a aprender. **Revista “Em Aberto”**, 2011, p. 44.

²² *Ibidem*.

do questionamento sobre este estar aqui no mundo e com ele!²³

Com relação ao conflito com a lei o autor lembra que este se estende à gestão política, posto que, uma vez negado outros direitos (educação, alimentação, saúde etc.), o agente público confronta-se com a legislação que estabelece a privação de liberdade. O conflito é entendido:

‘quando falamos de pessoas em conflito com a lei, constatamos também que os responsáveis pela gestão política estão eles próprios em conflito com suas próprias leis: não cumprem suas obrigações que determinam que as necessidades elementares (alimentação, segurança, educação, saúde...) são um direito inalienável de todos! No entanto, mesmo nas sociedades democráticas, isto não acontece para todo o mundo’²⁴

Por outro lado, Lucena na revista *Em Aberto* escreveu “[...] *hay que asegurarse que las actividades educativas sean dinámicas y puedan así despertar el interes genuino de los reclusos.*”²⁵ Para tanto, a atuação de educadores precisa ser pensada e, no caso desta pesquisa, em particular, pensamos a atuação ao considerar diferentes cotidianos e particularizamos a sala de aula trabalhando com a metodologia resolução e exploração de problemas.

Percebemos, no contato com as pesquisas indicadas, a possibilidade de aproximação com trabalhos desenvolvidos na área de exploração e resolução problema. Desse modo, destacamos as ideias de que apontam a codificação e a descodificação como movimentos “quase simultâneos”²⁶ do processo de entendimento de um problema. A metodologia, portanto, pode ser um forte apoio às práticas educativas de domínios prisionais.

Em outro artigo, percebemos o “estar aqui no mundo”,²⁷ de Freire, e entendemos como base a que os educandos não se reduzam a objeto de pesquisa, mas sejam ativos em sua voz, condição que, embora limitada, evidenciou-se, nesta pesquisa, em alguns momentos

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ LUCENA, H. H. de. Educação em prisões na América Latina: elementos de análise. **Revista “Em Aberto”**, 2011, p. 164.

²⁶ ANDRADE, S. de. Ensino – **Aprendizagem de Matemática via resolução, exploração, codificação e descodificação de problemas e a multicontextualidade da sala de aula**, 1998.

²⁷ ONOFRE, E. M. C. Educação escolar na prisão: Controvérsias e caminhos de enfrentamento e superação da cilada. In: LOURENÇO, A. S. da. e ONOFRE, E. M. C. (Orgs). **O espaço da prisão e suas práticas educativas: enfoques e perspectivas contemporâneas**, 2012.

quando nos referimos, nas unidades narrativas, aos “problemas prontos.”²⁸ A seguir resgato nossa escrita sobre essa questão de problemas prontos:

Os ‘problemas prontos’ levados à sala foram uma limitação da atividade educativa, posto que escolhidos por mim. Essa condição, contudo, por vezes, foi superada, quando os problemas surgiram da condição cotidiana em que o fazer matemático se revelou (...). Por outro lado, mesmo com essa percepção de limitação, a exploração em diferentes casos, algo comentado nas unidades narrativas, se distanciou da ‘coisa’ pronta. Então a concepção metodológica, durante a exploração, permitiu, em algumas situações, o descolamento do item, mesmo discutindo os conteúdos presentes nele. Mas se a proposta estivesse descolada do exame possivelmente a matemática também seria mais criativa.²⁹

A metodologia resolução-exploração de problema, interligada a uma base narrativa, permitiu perceber, embora tivesse conduzindo o trabalho em sala de aula através de problemas prontos, que a limitação por vezes foi superada, ou seja, o fazer matemático da rigidez do planejamento. Então, um diálogo pode ser muito mais rico caso o professor consiga conduzir, mesmo tendo seus problemas prontos, com abertura a construção de conhecimentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao olhar uma condição mais generalizante, em nossa pesquisa, entendemos que as populações de jovens, adultos, idosos, pessoas do campo, quilombolas, negros, índios, populações ribeirinhas e pessoas privadas de liberdade se aproximam da educação de jovens e adultos. Contudo, foi preciso particularizar o estudo sem perder de vista aqueles outros domínios. Com esse esforço, nos inclinamos à pesquisa com educandos privados de liberdade.

Nesse processo de pensamento, fomos reforçando a ideia de uma educação matemática enquanto ciência social e a etnomatemática enquanto programa que fundamenta matemáticas em diferentes domínios e fortalece olhares diversos como diversas são as

²⁸ DOMITE, M. C. M. do. **Problemática**: um caminho a ser percorrido em Educação Matemática, 1993.

²⁹ SANTOS, M. B. de. **Educação matemática com educandos privados de liberdade** [manuscrito]: um trabalho com a metodologia resolução e exploração de problemas, 2016, p. 54.

populações assistidas pela Defensoria Pública União.

Percebemos a população de assistidos e as atividades laborais do cotidiano do trabalho, e entendemos que um amplo campo de pesquisa pode fundamentar-se com base na educação matemática de modo a subsidiar argumentos dos quais o próprio direito pode fazer uso como também captar novas compreensões das populações de assistidos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, S. de. Ensino – **Aprendizagem de Matemática via resolução, exploração, codificação e descodificação de problemas e a multicontextualidade da sala de aula.** Rio Claro. IGCE, Unesp, 1998.

BOSON, E. P. A Defensoria Pública como Instituição articuladora do direito como padrão de reconhecimento. **Revista da Defensoria Pública da União.** Brasília, 2013.

COGOY, D. M. Assistência jurídica e judiciária no Brasil: Legitimação, eficácia e desafios do modelo brasileiro. **Revista da Defensoria Pública da União.** Brasília, 2012.

D'AMBRÓSIO, A. **História da Matemática: questões historiográficas e políticas e reflexos na educação matemática.** São Paulo: UNESP, 1999.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Direitos previdenciários e assistências. **Cartilha de orientação jurídica.** 1.ed. Brasília: DPU, 2014 p.7

DOMITE, M. C. M. do. **Problematização:** um caminho a ser percorrido em Educação Matemática. Universidade Estadual de Campinas. São Paulo, 1993.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito.** 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LUCENA, H. H. de. Educação em prisões na América Latina: elementos de análise. **Revista “Em Aberto”.** Brasília, 2011.

MAEYER, M. de. Ter tempo não basta para que alguém se decida a aprender. **Revista “Em Aberto”.** Brasília, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Serviço de Avaliação de Medidas Terapêuticas Aplicáveis à Pessoa com Transtorno Mental em Conflito com a Lei, 2014.

SANTOS, G. A. **As cotas como projeto de multiculturalismo.** *In:* _____. Reconhecimento, utopia, distopia: os sentidos das políticas das cotas raciais. São Paulo: Annblume/FAPESP, 2012.

SANTOS, M. B. de. **Educação matemática com educandos privados de liberdade** [manuscrito]: um trabalho com a metodologia resolução e exploração de problemas. Campina Grande. UEPB, 2016.

ONOFRE, E. M. C. Educação escolar na prisão: Controvérsias e caminhos de enfrentamento e superação da cilada. In: LOURENÇO, A. S. da. e ONOFRE, E. M. C. (Orgs). **O espaço da prisão e suas práticas educativas:** enfoques e perspectivas contemporâneas. São Carlos: EdUFSCar, 2012.

SILVA, R. Por uma Política Nacional de Educação para os Regimes de Privação de Liberdade no Brasil. In: LOURENÇO, A. S. da. e ONOFRE, E. M. C. (Orgs). **O espaço da prisão e suas práticas educativas:** enfoques e perspectivas contemporâneas. São Carlos: EdUFSCar, 2012.

PADOVANI, R. C. da. **Resolução de Problemas com Adolescentes em Conflitos com a Lei: Uma Proposta de Intervenção.** São Carlos: UFSCar, 2003.

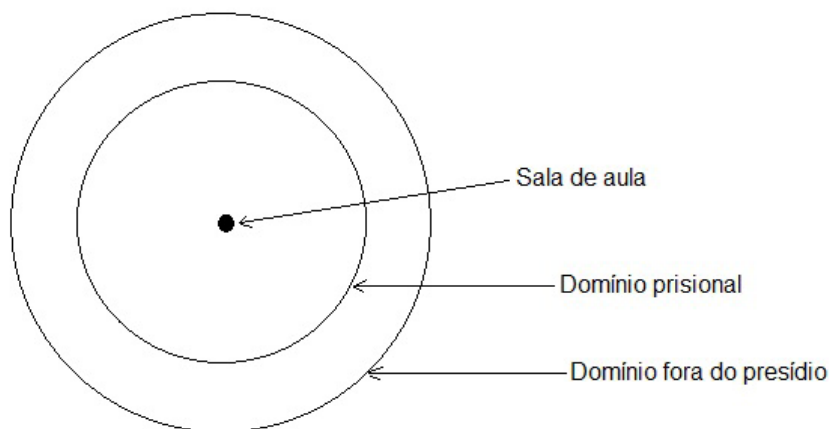
ONUCHIC, L. de la R. **A Resolução de problemas na educação matemática:** onde estamos e para onde iremos? IV Jornada Nacional de Educação Matemática. Universidade de Passo Fundo, maio, 2012.

Figura 01 – Representação do público assistido pela DPU



Fonte: Cartilha de orientação jurídica/Defensoria pública da União

Figura 02 – Modelo de entrada



Fonte: SANTOS, M. de B. Educação matemática com educandos privados de liberdade [manuscrito]: um trabalho com a metodologia resolução e exploração de problemas. Campina Grande. UEPB – 2016, p. 66.

PENALIDADE E TOLERÂNCIA ZERO: DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO PENAL E AS CONSEQUÊNCIAS NA REALIDADE BRASILEIRA

PUNISHMENT AND ZERO TOLERANCE: FROM THE SOCIAL STATE TO THE PENAL STATE AND THE CONSEQUENCES IN BRAZILIAN REALITY

Aline Santestevan Oliveira Iribarrem

*Advogada
Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pelotas
Especialista em Direito Ambiental
asoiribarrem@gmail.com*

Marcelo Nunes Apolinário

*Doutor em Derechos Fundamentales pela Universidad Autónoma de Madrid
Professor na Universidade Federal de Pelotas (UFPEL)
marcelo_apolinario@hotmail.com*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo compreender, por meio do estudo de autores como Loïc Wacquant e Jock Young, a respeito da transição do Estado Social ao Estado Penal, como se deu a evolução da penalidade e da política de tolerância zero, e de que maneira esses fatores geram consequências na realidade brasileira. Pretende-se, assim, analisar as relações existentes entre política econômica, estrutura social e política criminal, para então verificar em que medida a política de tolerância zero foi importada dos Estados Unidos para o Brasil, de forma a produzir efeitos sobre os rumos da política criminal e refletir diretamente no sistema prisional brasileiro. O método utilizado é o dedutivo, mediante uma análise bibliográfica e de dados estatísticos.

Palavras-chave: Penalidade. Tolerância zero. Política criminal. Sistema prisional brasileiro.

ABSTRACT

This paper aims to understand, through the study of authors such as Loïc Wacquant and Jock Young, about the transition from the Social State to the Penal State, how the evolution of the punishment and the policy of zero tolerance occurred, and how these factors have consequences in the Brazilian reality. The purpose of this study is to analyze the relationship between economic policy, social structure and criminal policy, and then to verify the extent to which the zero tolerance policy was imported from the United States to Brazil in order to produce effects on the policy criminal and directly reflect on the Brazilian prison system. The method used is the deductive, through a bibliographical analysis and statistical data.

Keywords: Punishment. Zero Tolerance. Criminal Policy. Brazilian prison System.

Data de submissão: 16/03/2018

Data de aceitação: 14/08/2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. PENALIDADE E ESTRUTURA SOCIAL 2. DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO PENAL: SOBRE A POLÍTICA DE TOLERÂNCIA ZERO ATRAVÉS DA ANÁLISE DE LOÏC WACQUANT 3. A RESPOSTA AO DELITO E A POLÍTICA DE TOLERÂNCIA ZERO NA REALIDADE BRASILEIRA. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho está em analisar alguns dos elementos determinantes dos rumos da política criminal brasileira, por meio do estudo a respeito de como se deu a evolução da penalidade, qual a sua relação com a estrutura social e com a importação de uma política de tolerância zero.

Dessa maneira, primeiramente procede-se a uma análise do caminho percorrido desde a Baixa Idade Média até a modernidade recente, englobando a transição do período fordista para o período pós-fordista e compreendendo as relações existentes entre política econômica, estrutura social e política criminal, por meio do exame de alguns dos principais autores da criminologia clássica.

Posteriormente, faz-se uma breve análise da doutrina da tolerância zero, por meio da obra *As Prisões da Miséria*, de Loïc Wacquant, buscando-se compreender seus principais elementos e como se deu sua expansão ao redor do planeta, bem como o seu declínio. Foca-se no que o autor chama de transição do Estado Social para o Estado Penal, demonstrando algumas de suas consequências na realidade social.

Por fim, estudam-se os dados da realidade brasileira, verificando as consequências sociais oriundas da importação de uma política de tolerância zero dos Estados Unidos para o Brasil, potencializadas pelas raízes históricas da estruturação da realidade social e da evolução da política criminal.

1. PENALIDADE E ESTRUTURA SOCIAL

Para uma melhor compreensão do presente e da realidade brasileira, faz-se necessária uma breve análise acerca de como se deu a evolução da penalidade. Entretanto, é preciso atenção para não incorrer no erro de contar-se uma história defensora da legitimação dos métodos de punição, ao invés de retirar o véu da humanização das penas e apresentar uma narrativa sobre a complexidade da estrutura social e da punição.¹

Nesse contexto, é preciso retornar à Baixa Idade Média, quando então os principais

¹ MAYORA, M.; GARCIA, M. O Controle Penal no Brasil do Século XIX – Contribuição desde a Economia Política da Pena. *Revista Faculdade de Direito UFMG*, 2013, p. 549-573.

métodos de punição aplicados eram a indenização e a fiança. Na época, a principal utilidade do direito criminal era preservar a hierarquia social, e sua ênfase estava na manutenção da ordem pública entre aqueles sujeitos considerados iguais em *status* e bens. O crime era visto como uma ação de guerra, e o direito criminal como instrumento de manutenção da paz.²

Uma das principais ferramentas utilizadas para a consecução de tal fim era a arbitragem privada, que resultava na imposição de fianças de acordo com as classes sociais. Entretanto, a impossibilidade de os infratores pertencentes às classes mais baixas pagarem as fianças arbitradas em moeda levou à sua substituição por castigos corporais. E dentro dos castigos corporais, o aprisionamento era visto como mais uma de suas modalidades.³

Ressalte-se que, nesse contexto, o alto angariamento de recursos da administração da justiça criminal, maior até que os encargos fiscais, foi um dos principais motivos que ocasionaram a transformação do direito penal, de arbitragem de direitos privados, para parte do direito público.

Até o século XV, a pena de morte e a mutilação grave eram utilizadas somente em casos mais extremos. Entretanto, a partir dessa época, passaram a ser aplicados com mais regularidade, sempre que o juiz estivesse convencido de que o réu seria perigoso para a sociedade. Dessa forma, houve um crescimento extraordinário do número de sentenças de pena de morte ao longo do século XVI, utilizadas como um meio de tirar de circulação sujeitos que eram considerados potencialmente perigosos, dando-se pouca atenção à real existência de culpa em relação ao delito praticado.

Utilizava-se, então, as penas de mutilações para identificar aqueles que eram considerados criminosos, tornando difícil seu retorno para o mercado de trabalho. Acreditava-se, ainda, que a punição pública tinha efeito dissuasório, razão pela qual ocorria nas mais variadas formas de sadismo.⁴

Já no fim do século XVI, os métodos de punição começaram a ser modificados. A possibilidade de exploração do trabalho de prisioneiros passou a receber mais atenção, o

² RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. 2004, p. 23-30.

³ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. 2004, p. 23-30.

⁴ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. 2004, p. 37-42.

que gerou a adoção de escravidão nas galés, deportação e trabalhos forçados. Importante ressaltar que essa mudança não surgiu visando considerações mais humanitárias, mas no interesse do próprio desenvolvimento econômico.

Isso se deu devido à queda no crescimento demográfico, como resultado das guerras religiosas e outras disputas internas que ocorreram na Europa durante esse período. Houve então uma grande escassez de força de trabalho, ocasionando crise e estímulo às taxas de natalidade. A escassez de homens se tornou tão agravada que os próprios exércitos foram reforçados por meio da utilização de criminosos – o exército então passou a ser considerado uma espécie de organização penal.⁵

Ademais, a mendicância passou a ser condenada pelos calvinistas, pois era considerada um desperdício de mão-de-obra. A mendicância não apta para o trabalho passou a ser objeto de políticas criminais; a apta para o trabalho causava ainda mais escassez de força de trabalho. Para resolver esse problema e limpar as cidades de vagabundos e mendigos surgiram as primeiras casas de correção.⁶

Provavelmente, a primeira instituição criada com esse objetivo tenha sido *Bridewell*, em Londres, no ano 1555. Entretanto, o desenvolvimento máximo dessa iniciativa foi alcançado na Holanda, em Amsterdã.

O exemplo de Amsterdã foi estudado e seguido em toda a Europa, particularmente nos países de língua alemã. A essência das casas de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (*poorhouse*), oficinas de trabalho (*workhouse*) e instituições penais. Seu objetivo principal era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil. Através do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros adquiriam hábitos industriais e, ao mesmo tempo, receberiam um treinamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente.⁷

Assim, percebe-se que a constituição das casas de correção consistia em uma combinação, ao mesmo tempo, de assistência aos pobres, oficinas de trabalho e instituições penais. Inicialmente, eram bem ordenadas e limpas. Entretanto, a partir do século XVIII,

⁵ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder, 2004, p. 43-67.

⁶ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O.. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder, 2004, p. 43-67.

⁷ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder, 2004, p. 69.

tornaram-se instituições precárias, concentrando órfãos, doentes e infratores, visando à exploração do trabalho dos reclusos. O encarceramento então passou a ser a principal pena aplicada, tomando o lugar dos castigos físicos e da pena de morte.⁸ Portanto, importante destacar que essa original forma de segregação punitiva não surge com o objetivo idealista de melhorar as condições humanas na prisão, mas com o fim de controlar os detentos para que não fosse desperdiçado um contingente significativo de mão-de-obra barata que poderia ser útil à valorização do capital.⁹

No Brasil, a realidade não foi muito diferente. Até o século XIX, o método de produção que prevaleceu era o escravismo interno, de forma que a privação de liberdade tinha uma função complementar e acessória. O controle social penal era exercido, em sua maior parte, por meio da pena de morte, penas corporais, galés e prisão com trabalho¹⁰. Dessa forma, até o final do século XIX não existia uma real experiência penitenciária no Brasil.

Com a república, implantavam-se ao mesmo tempo a ordem burguesa e a pena privativa da liberdade (prisão celular, reclusão, prisão disciplinar – art. 43 do Código Penal de 1890); fábrica e cárcere tardios, porém enlaçados, num processo histórico bem distinto do europeu. O controle social penal tinha agora outra fisionomia: fábricas-prisões para menores aprenderem o trabalho (arts. 30 e 49 do Código, e dec. Nº 1313, de 17.jan.1891); prisões curtas, com compromisso de ‘tornar ocupação’ logo após, ou, na reincidência, remoção para colônias penais nas ilhas marítimas ou nas fronteiras, para vadios, mendigos e ‘capoeiras’ (se estrangeiros, posterior deportação); privação da liberdade para os homens livres trabalhadores que cometessem algum crime. A equação estava montada: fábrica ou cárcere.¹¹

No mesmo sentido, após a abolição da escravatura e a proclamação da República, o

⁸ RUSCHE, G; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder, 2004, p. 43-67.

⁹ BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**, 2004, pp. 21 e 22.

¹⁰ BATISTA, N. **Punidos e Mal Pagos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1990, p. 124. Para AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800 – 1940. In: **História das prisões no Brasil**. Vol. I. MAIA, Clarissa Nunes... [et. al] (Org.). Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 49, no período da escravidão, a ansiedade em relação ao controle social se tornava mais aguda, as precárias condições do sistema penitenciário brasileiro obrigaram o Estado a buscar alternativas para enfrentar o crescente número de delinquentes, oferecer segurança às classes proprietárias dos centros urbanos e impor mecanismos eficazes de controle sobre as populações negras que gozavam de liberdade no contexto social. A solução foi empregar o Exército como uma instituição penal; de fato este se converteu na maior ferramenta punitiva para os delinquentes no Brasil durante a segunda metade do século XIX. Milhares de suspeitos, maioria pobres e negros, foram recrutados à força, utilizando-se a conscrição como mecanismo de castigo.

¹¹ BATISTA, N. **Punidos e Mal Pagos**, 1990, p. 125.

Código Penal de 1890 trazia em seus artigos 399 e 206, respectivamente, punições para a vadiagem e para a greve. Não trabalhar ou parar de trabalhar contrariavam a ordem penal.¹²

Necessário ressaltar que, ao analisar todo esse período, é perceptível que a política criminal que ditava as penalidades a serem aplicadas sempre tiveram ampla influência dos rumos da política econômica.

Nesse contexto, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos,¹³ as manifestações jurídicas e políticas do Estado, bem como as organizações da sociedade civil, convergem para o mesmo sentido de instituir e de reproduzir uma determinada formação econômico-social histórica. Dessa forma, o Sistema de Justiça Criminal embasa o centro gravitacional do controle social, de maneira que a pena configura:

[...] o mais rigoroso instrumento de reação oficial contra as violações da ordem social, econômica e política institucionalizada, garantindo todos os sistemas e instituições particulares, bem como a existência e continuidade do próprio sistema social, como um todo.¹⁴

Já no século XX, nos países do primeiro mundo, houve uma transição entre o período dos chamados anos dourados do momento pós-guerra e a crise que se instaurou após o final dos anos 1960, que Jock Young denomina de movimento da modernidade para a modernidade recente.¹⁵

Os anos dourados ocorreram no último terço do século XX e trouxeram para a Europa e América do Norte um mundo de inclusão, de pleno emprego e de conformidade:

os setores gêmeos da sociedade, o trabalho e a família, se encaixavam como num sonho funcionalista. Os comentaristas sociais da época não se queixavam de criminalidade e delinquência, mas de conformidade e aceitação.¹⁶

¹² BATISTA, N. **Punidos e Mal Pagos**, 1990, p. 36.

¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 9.

¹⁴ SANTOS, J. C dos. **Direito Penal**: parte geral, 2014, p. 9.

¹⁵ YOUNG, J. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente, 2002, p. 15.

¹⁶ YOUNG, J. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente, 2002, p. 18.

Dessa forma, o mundo era inclusivo e concorde, dominado por uma atmosfera de sucesso e de unidade.

O Estado, nesse contexto, era assimilativo, pois buscava assimilar aqueles que se desviavam do padrão, socializando-os e reabilitando-os até atingir a cura. Eles não eram vistos como estranhos, mas como pessoas que não tiveram outra escolha senão desviar-se.¹⁷

Entretanto, nos anos 1960 veio a revolução cultural, e em 1973 a crise econômica, que acarretaram uma desconstrução desse mundo aparentemente perfeito e de conformidade, sendo substituído por outro mundo de crise e instabilidade. A sociedade deixou de ser inclusiva e passou a ser excludente.

A revolução cultural, como mencionado, veio primeiro, trazendo a “ascensão do individualismo, da diversidade, de uma desconstrução, em vastíssima escala, dos valores aceitos”.¹⁸ A criminalidade e a desordem começaram a se disseminar, e os críticos passaram a referir-se à bússola que não estava funcionando.

Em sequência, veio a crise econômica, modificando a estrutura do mercado de trabalho do mundo industrial moderno – transição do modo de produção fordista para o pós-fordista. Trouxe, então, significativas mudanças na comunidade e no trabalho, acarretando um processo de exclusão social.

Como efeito da transição para o modo de produção pós-fordista, houve um enxugamento na produção da indústria manufatureira e uma flexibilização da mão-de-obra trabalhista, o que trouxe como consequência a redução dos empregos de renda média, fazendo com que predominasse um sentimento de precariedade e prepotência sobre aqueles que antes acreditavam estar seguros.

Em paralelo a isso, houve uma ascensão do consumismo em massa, trazendo, por meio do capitalismo moderno, possibilidades de escolhas sobre estilos de vida por meio do mercado, com ênfase no imediatismo e acarretando mais frustrações. O sucesso monetário e o *status* social tornaram-se, então, o foco do mundo moderno.

¹⁷ YOUNG, J. **A sociedade excludente:** exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente, 2002, p. 20.

¹⁸ YOUNG, J. **A sociedade excludente:** exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente, 2002, p. 16.

Conseqüentemente, as frustrações decorrentes da privação existente entre os pobres acarretaram um aumento na criminalidade e, por conseguinte, na intolerância.

A privação relativa é convencionalmente pensada como um olhar para cima: trata-se da frustração daqueles a quem a igualdade no mercado de trabalho foi recusada face àqueles com mérito e dedicação iguais. Mas a privação também é um olhar para baixo: a apreensão diante do relativo bem-estar daqueles que, embora em posição inferior à do observador na hierarquia social, são percebidos como injustamente favorecidos: ‘eles ganham a vida fácil demais, mesmo que não seja tão boa quanto a minha’. E ainda mais quando a renda é aumentada ilicitamente, particularmente nos casos em que o cidadão respeitável também é vítima de crime.¹⁹

Nesse sentido, pode-se dividir os pobres em respeitáveis e imprestáveis, vivendo lado a lado. Os que podem ser chamados de imprestáveis, incapazes de resistir ao impacto do crime, acabam tornando-se vítimas desse sistema. Além do mais, os excluídos começam a criar divisões entre eles mesmos, o que acaba por favorecer o surgimento de gangues, e por aumentar ainda mais a criminalidade. “A **dialética da exclusão** está em curso, uma amplificação do desvio que acentua progressivamente a marginalidade, [...] de uma subclasse de ociosidade e desespero.”²⁰

Tudo isso acarreta uma modificação na percepção da própria sociedade em relação ao outro desviante, que está em toda a parte – qualquer pessoa pode ser, potencialmente, um desviado.

Esse segmento da população, que Alessandro de Giorgi²¹ denomina como populações problemáticas, é gerido cada vez menos pelos instrumentos derivados do *Welfare State* e cada vez mais por meio da repressão penal. Nesse sentido, Loïc Wacquant fala em transição do Estado Social para o Estado Penal.

Nos Estados Unidos, a população carcerária torna-se cada vez mais negra e pobre, enquanto na Europa esse fenômeno também é observado, mas em relação aos migrantes. Dessa maneira, conforme já foi mencionado, é perceptível a transição do Estado Social ao Estado Penal, em paralelo à transição do modo de produção fordista para o pós-fordismo.

¹⁹ YOUNG, J. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente, 2002, p. 26.

²⁰ YOUNG, J. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente, 2002, p. 31.

²¹ GIORGI, A. de. **A miséria governada através do sistema penal**, 2006, p. 96.

Extrai-se daí o surgimento de uma nova racionalidade de controle sobre o sistema carcerário, onde o conceito qualificante é o risco. “As novas estratégias penais se caracterizam cada vez mais como dispositivos de gestão do risco e de repressão preventiva das populações consideradas portadoras desse risco.”²²

Dessa maneira, a população carcerária é recrutada de acordo com a identificação - Alessandro de Giorgi fala em invenção – daquelas classes de sujeitos que são potencialmente produtoras de risco para a ordem vigente. “Isso significa, concretamente, que categorias inteiras de indivíduos deixam virtualmente de **cometer** crimes para **se tornarem**, elas mesmas, crime.”²³

Tem-se, assim, o que se pode chamar de cárcere atuarial, inserindo uma lógica econômica e gerencial ao controle do cárcere, baseada na monetarização dos riscos e na relação custo-benefício.

Essa lógica acaba por contaminar a sociedade, trazendo um processo de construção social que vê a diversidade como um risco em potencial. As características presentes na multiplicidade são “[...] redefinidas pelas estratégias de controle como fontes de incerteza permanente, fobia do diferente e pânico pelo imprevisível”.²⁴ Retorna aqui a noção de metrópole punitiva presente na criminologia contemporânea, como em *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault, que traz uma cidade punitiva permeada com tecnologias disciplinares, transposta por muros como uma instituição panóptica.²⁵

Nesse contexto, a cidade passa, por ela mesma, a exercer o controle, possibilitando vigilância e repressão – pela própria arquitetura da cidade.

A nova arquitetura urbana e as políticas de controle que nela se apoiam – quer se chame **tolerância zero** ou *neighbourhoodwatch*, ou ainda **vigilância eletrônica** ou *Community policing* – alimentam uma geografia social totalmente independente dos comportamentos individuais (ausência de uma norma), preparada para a segregação e a contenção de classes de indivíduos definidas pelo **status** (imposição de uma ordem).²⁶

²² GIORGI, A. de. **A miséria governada através do sistema penal**, 2006, p. 97.

²³ GIORGI, A. de. **A miséria governada através do sistema penal**, 2006, p. 98.

²⁴ GIORGI, Al. de. **A miséria governada através do sistema penal**, 2006, p. 101.

²⁵ FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. 2011.

²⁶ GIORGI, A. de. **A miséria governada através do sistema penal**, 2006, p. 102-103.

Assim, a metrópole que surge no contexto do pós-fordismo separa e isola, de maneira artificial, os segmentos da população, controlando sua entrada e saída nos guetos voluntários (tais como centros comerciais e aeroportos) e nos guetos involuntários (os guetos propriamente ditos), através de indicações de *no-go-areas* assinalando visualmente a restrição. Aqui, existe “uma diferença fundamental entre aqueles que, na cidade pós-moderna, leem o aviso *no-go-area* como ‘eu não quero entrar’ e ‘aqueles para quem *no go* se traduz por ‘eu não posso sair.’”²⁷

Cria-se, nesse contexto, um abismo social entre os incluídos e os excluídos segregados pelo controle urbano. “O efeito é a segmentação da multidão através de uma ecologia do medo que, na cidade, se materializa na figura do estrangeiro, do imigrante, do desempregado, do dependente de drogas”.²⁸

Ademais, as funções que possam ser positivas e produtivas são inibidas, e há um rompimento dos laços de empatia e de cooperação, potencialmente transformadores, pois representam um risco ao controle do poder dominante.

Entretanto, as mencionadas estratégias de controle preventivo não escapam de uma contradição constitutiva que, segundo Alessandro De Giorgi, levaria ao limite do paradoxo. “Elas pretendem estabelecer um regime de previsibilidade absoluta, da antecipação e da categorização, ali onde a produtividade da multidão se baseia exatamente no oposto.”²⁹

A população proveniente do modelo do pós-fordismo é caracterizada justamente pela imprevisibilidade, pelo inédito, sendo esses requisitos de sua produtividade. Aí se encontra a contradição: como uma sociedade pode excluir o diferente, enquanto incentiva o diferente nos meios de produção?

2. DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO PENAL: SOBRE A POLÍTICA DE TOLERÂNCIA ZERO POR MEIO DA ANÁLISE DE LOÏC WACQUANT

Nesse contexto de transição, compreendido no capítulo anterior, segundo Loïc Wacquant,

²⁷ GIORGI, A. de. **A miséria governada através do sistema penal**, 2006, p. 104.

²⁸ GIORGI, A. de. **A miséria governada através do sistema penal**, 2006, p. 105.

²⁹ GIORGI, A. de. **A miséria governada através do sistema penal**, 2006, p. 107.

surge um paradoxo decorrente da penalidade neoliberal, que “pretende remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a **própria causa** da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países.”³⁰ É nesse sentido que o autor fala em transição de um Estado Social para um Estado Penal.

Esse modelo mostra-se mais atraente e com efeitos mais nefastos naqueles países atingidos por grandes desigualdades sociais e desprovidos de instituições fortes o suficiente para atenuar o impacto causado pela transição para o novo século na vida dos indivíduos.

Além disso, outro fator agrava o problema: as discriminações etnoraciais baseadas na cor e a hierarquia de classes recortada na sociedade, que atribuem ao ato de penalizar a miséria o significado de tornar invisível o problema do negro e das classes menos favorecidas.

Há a supressão do Estado econômico, o enfraquecimento do Estado social, o fortalecimento e glorificação do Estado penal. Para se chegar até aqui, é preciso reconstituir a cadeia de instituições, agentes, discursos, revistas, livros etc. por meio da qual se propagou o novo senso comum penal visando criminalizar a miséria – e, por esse viés, normatizar o trabalho assalariado precário. Esse senso comum foi concebido nos Estados Unidos e se internacionalizou.³¹

Cumprido então analisar de maneira mais aprofundada as origens desse modelo, que também passou a ser conhecido como doutrina da tolerância zero. Como mencionado, seu nascimento se deu nos Estados Unidos, e de lá se expandiu para o mundo.

Nos Estados Unidos, aqueles que buscavam o emprego do capital e de mão de obra acabavam por exigir mais Estado para maquiagem as consequências sociais consideradas degradantes oriundas das camadas inferiores da sociedade.

A popularização desse discurso se deu por meio do *Manhattan Institute*, que lançou Charles Murray, um politólogo que recebeu 30.000 dólares e dois anos de tranquilidade para escrever um livro intitulado *Losing Ground: America Social Policy*, que se tornou a principal fonte da doutrina da tolerância zero. Suas cópias foram enviadas para pessoas estratégicas na divulgação, e devido ao fato de seu conteúdo estar de acordo com a corrente política dominante, acabou por se tornar um clássico sobre o debate social no país.³²

³⁰ WACQUANT, L.. **As prisões da miséria**, 2011, p. 26.

³¹ WACQUANT, L. **As prisões da miséria**, 2011, p. 26-27.

³² WACQUANT, L. **As prisões da miséria**, 2011, p. 30-34.

De acordo com o livro mencionado, as políticas de auxílio à população mais pobre seriam excessivamente generosas, carregando a responsabilidade pela ascensão da pobreza nos Estados Unidos, na medida em que recompensariam a inatividade dessas camadas sociais.

Daí, adveio a lógica de que o Estado deveria evitar a intervenção na vida em sociedade para tentar diminuir as desigualdades, que seriam fundadas na natureza, “[...] sob pena de agravar os males que tenta atenuar perpetuando as perversões do ideal igualitário surgido na Revolução Francesa.”³³

A ideia central dessa doutrina de tolerância zero se encontrava na atribuição de um caráter sagrado aos espaços comunitários, que seria imprescindível para uma vida urbanizada. Já a desordem atribuída ao ambiente das classes menos favorecidas, consistiria em um terreno natural e propício para a existência do crime.

Esse discurso se expandiu para o âmbito policial e judiciário da cidade de Nova York, o que a tornou um exemplo mundial de aplicação da doutrina de tolerância zero, centrada na agressiva perseguição e repressão da pequena delinquência, mendigos e sem teto.

Além do mais, através da referida doutrina e do *Manhattan Institute*, a teoria da vidraça quebrada foi vulgarizada, de maneira a modificar a organização do trabalho policial.

Essa teoria, jamais comprovada empiricamente, serviu de álibi criminológico para a reorganização do trabalho policial. O objetivo dessa reorganização: refrear o medo das classes médias e superiores - as que votam - por meio da perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus e metrô etc.). Usam para isso três meios: aumento em 10 vezes dos efetivos e dos equipamentos das brigadas, restituição das responsabilidades operacionais aos comissários de bairro com obrigação quantitativa de resultados, e um sistema de radar informatizado (com arquivo central sinalético e cartográfico consultável em microcomputadores a bordo dos carros de patrulha) que permite a redistribuição contínua e a intervenção quase instantânea das forças da ordem, desembocando em uma aplicação inflexível da lei sobre delitos menores tais como a embriaguez, a jogatina, a mendicância, os atentados aos costumes, simples ameaças.³⁴

Dessa maneira, no decorrer de cinco anos, o orçamento da polícia de Nova York foi aumentado em 40%, atingindo o total de 2,6 bilhões de dólares, o que significava quatro vezes mais do que as verbas destinadas para os hospitais públicos na época.

³³ WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. 2ª, 2011, p. 32.

³⁴ WACQUANT, L. **As prisões da miséria**, 2011, p. 34.

Além do mais, a doutrina da tolerância zero põe de lado a polícia comunitária, mais pacífica na resolução dos conflitos. Convém ressaltar que na cidade de San Diego, onde esse tipo de abordagem era utilizado, atingiram-se taxas de diminuição de criminalidade equivalentes às da cidade de Nova York. Entretanto, é Nova York que se torna um modelo nacional e internacional de combate à criminalidade, por meio da política de tolerância zero.

A referida política se propagou rapidamente ao redor do mundo, expandido o discurso de necessidade de guerra ao crime e de reconquistar os espaços públicos, que abrigariam delinquentes, tantos os reais quanto os imaginários.³⁵

Diversos países importaram a política de tolerância zero, acreditando que seria uma solução simples para acabar com todos os males impregnados na sociedade, desde a criminalidade até a exclusão daqueles considerados como indesejáveis no meio social.

Na Escócia, o Ministro do interior declarou que **a tolerância zero vai limpar nossas ruas**. Em agosto de 1998, o presidente do México lança uma “cruzada nacional contra o crime” [...]. Em setembro de 1998, foi a vez da Argentina³⁶. A expansão seguiu pela Europa, chegando na Itália e na Inglaterra. Em Milão, foi impulsionada a criminalidade dos imigrantes, decorrente de uma série de assassinatos. Em Nápoles, a tolerância zero foi aplicada até mesmo em relação aos motoristas imprudentes.

A Cidade do Cabo, na África do Sul, em fevereiro de 1999, lançou uma ampla operação utilizando a política de tolerância zero para conter uma onda de violência decorrente de atividades de grupos islamitas radicais, de caráter prototerrorista.

Já em janeiro de 1999 chega ao Brasil, após a visita de dois altos funcionários da polícia de Nova York. O então governador do Distrito Federal, Joaquim Roriz, anunciou que aplicaria a política de tolerância zero, providenciando a imediata contratação de 800 policiais civis e militares suplementares. Respondendo às críticas que argumentaram que essa providência acarretaria uma superlotação da população encarcerada, o governador alegou que bastaria construir novos estabelecimentos prisionais.³⁷

No entanto, algumas falhas estruturais existentes na política de tolerância zero começaram

³⁵ WACQUANT, L. **As prisões da miséria**, 2011, p. 38.

³⁶ WACQUANT, L. **As prisões da miséria**, 2011, p. 38-39.

³⁷ WACQUANT, L. **As prisões da miséria**, 2011, p. 39.

a ficar mais evidentes. As reclamações a respeito de incidentes ocorridos com a polícia de Nova York aumentaram em 60% em dois anos, a maioria envolvendo vítimas negras e latinas.

Os próprios policiais de Nova York, um dos principais eixos da política de tolerância zero, tornaram-se menos entusiasmados em relação à sua aplicação, tendo em vista a necessidade de restabelecer o equilíbrio, sob o risco de tornar-se um modelo de tirania.

E uma das principais consequências da tolerância zero é ter cavado um fosso de desconfiança entre a comunidade afro-americana e as forças de ordem, lembrando as relações que eram mantidas na era segregacionista. [...] A tolerância zero apresenta duas fisionomias opostas: se é alvo (negro) ou beneficiário (branco).³⁸

Além disso, a utilização da política de tolerância zero também trouxe como consequência a sobrecarga dos tribunais – ao mesmo tempo em que os números da criminalidade caem, o número das pessoas que são detidas e julgadas apresenta um crescimento contínuo. Isso ocasiona uma grande sobrecarga dos juízes e tribunais, bem como uma demora exacerbada na conclusão dos julgamentos.

Dessa maneira, tornou-se corriqueiro que um juiz apreciasse até mil casos na jornada sem que nenhum fosse solucionado. Como consequência, a apreciação dos casos era adiada por não haver nenhum juiz disponível, ou então o advogado de plantão, também sobrecarregado, não conseguia chegar a tempo. Havia casos em que os próprios acusados, cansados da demora, se reconheciam culpados para pedir uma dispensa do processo em troca de redução da pena.³⁹

Houve também uma sobrecarga das casas de detenção, com o aumento considerável do fluxo de ingressos nas prisões, muitos efetuados sem motivo.

Em 1993, eram 106.900, em 1997, passou para 133.300. Houve um número absurdo de prisões que se efetivou sem motivo judiciário – sobre as 345.130 detenções operadas em 1998, 18.000 foram anuladas pelo procurador antes mesmo que as pessoas presas passassem diante de um juiz, e outras 140.000 foram declaradas sem motivo pela corte.⁴⁰

³⁸ WACQUANT, L. **As prisões da miséria**, 2011, p. 44.

³⁹ WACQUANT, L. **As prisões da miséria**, 2011, p. 45.

⁴⁰ WACQUANT, L. **As prisões da miséria**, 2011, p. 46.

Além do mais, Wacquant⁴¹ ressalta que o grande paradoxo desse modelo é que, ao mesmo tempo em que se expandiu ao redor do mundo, passou a ser seriamente questionada em Nova York. Esse questionamento acerca de sua aplicabilidade se deu após o assassinato de Amadou Diallo, em janeiro de 1999, um imigrante da Guiné de 22 anos que foi alvo de 41 balas de revólver provenientes de quatro policiais membros da Unidade de Luta contra os Crimes de Rua. Os referidos policiais estavam em busca de um suposto estuprador, e o encontraram sozinho e tranquilo, na portaria de seu prédio, onde foi abatido.

O assassinato de Amadou Diallo ocorreu depois do caso Abner Louima, no qual um imigrante haitiano foi vítima de tortura sexual em um posto policial de Manhattan. Em decorrência desses acontecimentos, foram realizadas diversas manifestações e campanhas de desobediência civil nos Estados Unidos.⁴²

Percebe-se, assim, que apesar das falhas desse modelo de tolerância zero serem evidentes nos Estados Unidos, a sua expansão se deu a nível global, chegando mais tardiamente nos países menos desenvolvidos – onde o impacto de sua utilização também foi maior.

Nesse contexto, criou-se nos grandes centros do planeta o pensamento de que a polícia não deveria mais ter como escopo proteger a ordem pública, mas direcionar todos os esforços apenas no combate ao crime, adotando comportamentos mais punitivos que preventivos. Nessa esteira, os pequenos delitos e contravenções foram deixados de lado para que se combatessem os crimes mais graves e que causavam grandes impactos sociais. Desse modo, as pequenas janelas quebradas já não poderiam mais ser consertadas, chegando a um ponto insustentável onde a criminalidade aumentou substancialmente em um curto período, de tal maneira que diversos especialistas se deram conta do equívoco sobre a estratégia adotada.⁴³

No Brasil, as consequências da aplicação da política de tolerância zero, combinadas com o complexo histórico de evolução da penalidade e estrutura social, conjugam elementos que trazem como resultado uma triste realidade, composta por números exorbitantes de indivíduos no ambiente carcerário em situação cada vez mais precária.

3. A RESPOSTA AO DELITO E A POLÍTICA DE TOLERÂNCIA ZERO NA

⁴¹ WACQUANT, L. **As prisões da miséria**, 2011, p. 42.

⁴² WACQUANT, L. **As prisões da miséria**, 2011, p. 42-43.

⁴³ APOLINÁRIO, M. N. Estado de direito penal: discursos e práticas de um sistema paradoxal. Por uma deslegitimação dos instrumentos estatais opressores, **en Contribuciones a las Ciencias Sociales**, febrero 2010.

REALIDADE BRASILEIRA

Desde o início da década de 1990, os problemas que circundam a violência, a segurança e a criminalidade constituem-se como questões centrais dos grandes e médios centros urbanos da América do Sul. As taxas de criminalidade têm crescido desde o período que caracterizou o avanço da pobreza e da hiperinflação que marcaram a transição da ditadura para a democracia em meados da década de 1980. O retorno ao regime democrático efetivou-se com a intensificação da criminalidade.⁴⁴ Segundo um relatório divulgado pela Anistia Internacional no ano de 2015,⁴⁵ o Brasil aparece como o país que tem o maior número geral de homicídios no mundo inteiro. Só em 2012, foram 56 mil homicídios. Em 2014, 15,6% dos homicídios foram cometidos por policiais.

O levantamento foi concentrado na Zona Norte do Rio de Janeiro, que inclui a Favela de Acari. Entre as vítimas da violência policial no Estado, entre 2010 e 2013, 99,5% eram homens, e quase 80% das vítimas eram negras.

O Brasil é o quinto país mais populoso do mundo, possuindo a terceira maior população carcerária, conforme o levantamento realizado pelo *World Prison Brief* (WPB).⁴⁶ Ressalte-se que não existe relação direta entre os números da população total e da população carcerária, pois a Índia, com uma população total seis vezes maior que a do Brasil, possui 200 mil a menos de apenados no cárcere.

Além do mais, em junho de 2016, de acordo com os dados divulgados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), o Brasil ultrapassou a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, pela primeira vez na história. Em relação aos números registrados no início da década de 1990, isso representa um aumento correspondente a 707%.⁴⁷

É visível que os números em relação à população privada de liberdade brasileira estão

⁴⁴ AZEVEDO, R. G. de; CIFALI, A. C. Segurança pública, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades. *In: Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul*. SOZZO, Máximo (Org), 2017, p. 27 – 28.

⁴⁵ BRASIL. Anistia Internacional.

⁴⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. *World Prison Brief – Entire world Prison Population Totals*.

⁴⁷ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN, 2016**.

em constante ascensão, representando um crescimento médio de 7,3% ao ano, o que constitui um reflexo sobre os caminhos escolhidos pela política criminal no Brasil.

Em relação à taxa de aprisionamento, entre os anos 2000 e 2016, ocorreu um aumento de 157%. Isso significa que, em 2000, haviam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes, passando para 352,6 pessoas presas para cada 100 mil, em junho de 2016.⁴⁸

No entanto, o número de vagas nos estabelecimentos prisionais não acompanhou a evolução da taxa de aprisionamento. Segundo o panorama geral, também divulgado pelo INFOPEN, o déficit de vagas é de 358.663, gerando uma taxa de ocupação de 197,4%.⁴⁹

Os números referentes aos dados aqui analisados demonstram a gravidade da situação dos estabelecimentos carcerários brasileiros, cuja superlotação, nos moldes do sistema atual, só tende a crescer.

Além do mais, segundo os dados publicados pelo INFOPEN, 64% da população prisional é negra. Em relação ao grau de escolaridade, percebe-se que é extremamente baixo, considerando que 51% não completou o Ensino Fundamental. De outro lado, apenas 1% da população prisional possui o Ensino Superior completo.⁵⁰

Da análise dos dados aqui demonstrados, é possível traçar o perfil dos indivíduos que compõem a população prisional brasileira: a maioria é negra e possui baixos níveis de escolaridade, do que se pode concluir que fazem parte das camadas menos favorecidas da sociedade. Juntando essas informações com os dados referentes à alta taxa de violência policial que ocorre no Brasil, é possível unir dois elementos característicos da política de tolerância zero, conforme analisado no capítulo anterior.

Ainda, indo além dos dados estatísticos, é perceptível o crescimento desse movimento através da criminalização mais gravosa de determinadas condutas e aumento da repressão, sem embasamento científico, sendo citados como exemplos a Lei dos Crimes Hediondos

⁴⁸ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN, 2016.**

⁴⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN, 2016.**

⁵⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN, 2016.**

e o Regime Disciplinar Diferenciado.⁵¹

Dessa forma, é inevitável chegar-se à conclusão de que ainda existem consequências da política de tolerância zero na realidade brasileira, talvez arraigados no inconsciente coletivo. Esses reflexos são agravados pelos caminhos que a política de penalidade tomou até aqui, influenciados pelos rumos da estrutura social e da política econômica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade brasileira inegavelmente sofre as consequências do surgimento de uma política de tolerância zero, agravadas pela complexa evolução da penalidade, diretamente relacionada com a estrutura social. Entretanto, como não possui instituições suficientemente preparadas para amortecer ao menos uma parte dessas consequências, os efeitos são catastróficos, cominando em um sistema criminal em crise e em um sistema prisional desumano.

Tão graves são esses efeitos que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal declarou, em decisão liminar na ADPF nº 347/DF, o Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao sistema carcerário brasileiro, instituto utilizado principalmente na Colômbia para indicar e buscar soluções para a violações em massa de direitos fundamentais, principalmente de direitos que exigem uma prestação programática por parte do Estado.

De tudo isso depreende-se que não é possível analisar a política criminal de um país sem analisar a história da penalidade e da própria sociedade, sempre levando em consideração suas peculiaridades. Os modelos utilizados em outros países podem ser utilizados como um norte, mas nunca importados sem uma análise crítica – como ocorreu com a política de tolerância zero – sob pena de efeitos nefastos sobre a sociedade, principalmente sobre a camada menos favorecida.

Mas é dessa análise crítica que surge a esperança do nascimento de uma política criminal mais humana, sensível às diferenças, que possa de alguma maneira atenuar as mazelas sociais causadas pela penalidade até agora.

⁵¹ SHECAIRA, S. S. Tolerância zero. *In* **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, 2009, p. 165-176.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, C. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800 – 1940. In: **História das prisões no Brasil**. Vol. I. MAIA, C. N. [et. al] (Org.). Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

APOLINÁRIO, M. N. Estado de direito penal: discursos e práticas de um sistema paradoxal. Por uma deslegitimação dos instrumentos estatais opressores, **en Contribuciones a las Ciencias Sociales**, febrero 2010. Disponível em: <www.eumed.net/rev/cccss/07/mna.htm>. Acesso em: 16 de março de 2018.

AZEVEDO, R. G. de; CIFALI, A. C. Segurança pública, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades. In: **Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul**. SOZZO, Máximo (Org). São Paulo: Fundação Perseu Alamo, 2017.

BATISTA, N. **Punidos e Mal Pagos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1990.

BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª., ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2016**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2017/12/relatorio_2016_Junho.pdf>. Acesso em: jan de 2018.

_____. **Anistia Internacional**. Disponível em: <<https://anistia.org.br/policia-brasileira-e-rapida-gatilho/>>. Acesso em 10 de julho de 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 30.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

GIORGI, A. de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. **World Prison Brief – Entire world Prison Population Totals**. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_stats.php?area=all&category=wb_poptotal>. Acesso em agosto de 2017.

MAYORA, M.; GARCIA, M. **O Controle Penal no Brasil do Século XIX – Contribuição sesde a Economia Política da Pena.** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 63, pp. 549 - 573, jul./dez. 2013. Disponível em: < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2340.2013v63p549/1449>>. Acesso em: agosto de 2017.

RUSCHE, G; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social.** Trad. Gizlene Neder. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, J. C. dos. **Direito Penal:** parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SHECAIRA, S. S. Tolerância zero. In **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 165-176, outubro/2009. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33312-42518-1-PB.pdf>>. Acesso em: julho de 2018.

WACQUANT, L. **As prisões da miséria.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

YOUNG, J. **A sociedade excludente:** exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 26.

DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL
E PREVIDENCIÁRIO

*RIGHT TO SOCIAL ASSISTANCE
AND SOCIAL SECURITY LAW*

UM ENFOQUE HUMANIZADO DE POBREZA E A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO POLÍTICA PÚBLICA DE DIREITOS

A HUMAN RIGHTS APPROACH TO POVERTY AND SOCIAL SERVICE AS A PUBLIC POLICY OF RIGHTS

Paloma Morais Corrêa

*Mestre em Direitos Humanos pela London School of
Economics and Political Science
Analista de Políticas Sociais*

paloma.correa@dpu.def.br

RESUMO

Embora a Organização das Nações Unidas tenha já declarado a ausência de hierarquia entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, verdade é que estes últimos, até hoje, são de difícil responsabilização. Prova disso são as discussões acerca da classificação da pobreza como uma violação aos direitos humanos, argumento que também não está plenamente aceito pela doutrina, pelos governos ou pela sociedade. Adotando um enfoque de direitos humanos para o desenvolvimento, conforme ensinamentos de Amartya Sen e Peter Uvin, este artigo demonstrará que ações para fortalecer a autonomia do indivíduo são fundamentais na superação da pobreza, aqui definida, conforme conceituação da ONU, como um estado de múltiplas privações. Ao realizar uma investigação qualitativa doutrinária e documental, e partindo do exemplo da evolução da Assistência Social no Brasil como política pública de direitos, apresentam-se estratégias de combate à pobreza que apesar de não estarem diretamente relacionadas à garantia de renda, revelam-se estruturais na agenda pelo desenvolvimento. Através deste estudo, concluiu-se que políticas públicas focadas em possibilitar a emancipação social do indivíduo, para além de programas de garantia de renda mínima são tão ou mais fundamentais do que estes últimos no combate à desigualdade social.

Palavras-chave: Pobreza. Direitos Humanos. Assistência Social.

ABSTRACT

Although the Organization of United Nations has already declared that civil and political rights are not hierarchically superior when compared to economic, social and cultural rights, the truth is that the last ones are of difficult adjudication. As an example, it can be mentioned the debate around poverty as a violation of human rights, which has neither been completely accepted by the doctrine nor by the governments or society. Taking a human rights approach to development, following readings on Amartya Sen and Peter Uvin, this article will demonstrate how actions to empowering individuals are paramount to overcome poverty, defined as a state of multiple deprivations, following a UN concept. This study was based on literature and documents taking the evolution of Social Service as a public policy in Brazil as an example to present strategies for fighting poverty that despite not being directly related to the question of income are structural to development. This essay will demonstrate that public policies aimed to invest on individual's social emancipation might be even more fundamental to eradicating social inequality than politics of increasing income.

Keywords: Poverty. Human rights. Social service.

Data de submissão: 07/07/2016

Data de aceitação: 02/03/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. POBREZA COMO VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS. 1.1 O conceito de pobreza segundo a ONU 1.2 Pobreza e desenvolvimento: fortalecendo o indivíduo 2. A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL 2.1 A estrutura da Política Nacional de Assistência Social 2.2 A teoria na prática: fortalecer para não vitimizar. CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 ampliou a atuação do Estado no meio social, reconhecendo os direitos sociais como objeto de garantias legais de proteção. A assistência social passa a representar, provavelmente, a face mais humanizada da ação pública para a proteção dos direitos fundamentais. Por meio da discussão do conceito de pobreza à luz do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e reconhecendo a importância de avançar na efetivação desses direitos, este artigo pretende contribuir no debate que classifica a pobreza como uma violação aos direitos humanos. Primeiramente, abordar-se-á a definição do termo pobreza de acordo com os órgãos das Nações Unidas, e a natureza das obrigações estatais com relação à garantia da segurança humana. Em seguida, o artigo examinará o conceito de desenvolvimento sob a ótica dos direitos humanos, e o papel do desenvolvimento na erradicação da pobreza. Na segunda parte deste estudo, será apresentada a organização estrutural da Política Nacional de Assistência Social, bem como os princípios norteadores do atendimento socioassistencial prestado a indivíduos e famílias, que como será observado, tem por escopo resgatar a autonomia do sujeito. Demonstrar-se-á que a assistência social afirma-se, no Brasil, como um importante instrumento de cumprimento das obrigações do Estado na efetivação da justiça social.

1. POBREZA COMO VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Em evento acadêmico sediado em Londres em 2009, Noam Chomsky referiu-se à pobreza como a maior preocupação do século XXI no âmbito dos direitos humanos.¹ O assunto pobreza foi objeto de discussão também em Genebra, durante a 25ª sessão do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), onde o órgão das Nações Unidas enfatizou que a Declaração Universal dos Direitos Humanos havia estabelecido ser a pobreza uma questão de direitos humanos.² O Preâmbulo comum dos dois Pactos Internacionais de Direitos enfatiza a necessidade de se garantir que as pessoas vivam livres de privações, o que só pode ser atingido através do gozo de direitos econômicos, sociais e culturais. O termo pobreza não está explicitamente escrito no Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, mas a erradicação da pobreza está intimamente

¹ CHOMSKY, N. Human Rights in the 21st Century (Aula). London School of Economics and Political Science, 2009.

² COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. Statement on Poverty and the ICESCR (25ª sessão, 2001). UN DOC.E/C, 2001.

ligada a direitos como o de trabalhar, o de ter um nível de vida adequado, o direito à moradia, alimentação, saúde e educação, direitos esses que estão elencados no referido Pacto. Consequentemente, o Comitê afirma que a pobreza constitui uma negação aos direitos humanos.³ Um senso de responsabilidade legal foi introduzido a essa visão pela doutrina, sob a afirmação de que a pobreza é, na verdade, uma violação aos direitos humanos. De acordo com Campbell, por exemplo:

(...) a condição de pobreza deve ser vista como uma violação distinta a direitos humanos específicos, como o direito à subsistência ou o direito a um nível de vida tolerável. Alternativamente, podemos identificar a violação não na causação do dano, mas na incapacidade de agir para possibilitar àqueles que estão em extrema pobreza de escapar dessa condição. A violação está na inação dos que estão em posição de fazer algo efetivo sobre isso.⁴

Seguindo a mesma linha de entendimento de pobreza como violação aos direitos humanos, Thommas Pogge analisa o artigo 28 da Declaração Universal, que enfatiza direitos e liberdades, afirmando ser o papel da ordem institucional prover o acesso aos objetos dos direitos humanos. Nas palavras do autor, “uma ordem institucional e sua imposição são violadoras de direitos humanos a partir do momento em que tal ordem origina um déficit substancial e evitável de direitos humanos”.⁵ A antiga Alta Comissária da ONU para os Direitos Humanos, Mary Robinson, reconhece ser a pobreza “incompatível com a dignidade humana, que é a pedra de toque dos direitos humanos”.⁶ Mas a autora também explica que a implementação de direitos humanos depende da técnica do “naming and shaming”.⁷ Nesse sentido, Robinson reconhece as dificuldades em relação à implementação, pela via judicial, dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Para uma organização internacional de direitos humanos ‘nominar’ efetivamente - por exemplo, com relação à falha de um estado em honrar suas obrigações internacionais de direitos humanos – deve

³ COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. Statement on Poverty and the *ICESCR* (25ª sessão, 2001). UN DOC.E/C, 2001.

⁴ STEINER, H., ALSTON, P. and GODMAN, R. *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, 2008, p. 310.

⁵ STEINER, H., ALSTON, P. and GODMAN, R. *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, 2008, p. 311.

⁶ ROBINSON, M. *Advancing Economic, Social, and Cultural Rights: The Way Forward*. **Human Rights Quarterly** 26, 2004, p. 309.

⁷ ROBINSON, M. *Advancing Economic, Social, and Cultural Rights: The Way Forward*. **Human Rights Quarterly** 26, 2004. A expressão em inglês “*naming em shaming*”, relativa a violações de direitos humanos, significa tornar públicas as violações perpetradas, como o intuito de gerar comoção pública e, assim, mobilizar a comunidade internacional no sentido de exercer pressão para que as violações sejam levadas à justiça.

haver clareza relativamente à violação, ao violador e à compensação; esses são elementos frequentemente difíceis de serem estabelecidos objetivamente no caso de direitos econômicos, sociais e culturais.⁸

Apesar disso, a autora destaca a importância de fomentar as conquistas trazidas para o campo dos direitos humanos com o fim da Guerra Fria, que podem ser entendidas como uma mudança do foco ocidental em direitos civis e políticos para a ênfase do bloco soviético em direitos econômicos e sociais. Robinson clama pela necessidade de fortalecer os pobres por meio da implementação de direitos econômicos, sociais e culturais.⁹ Em seu discurso relativo à pobreza, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reforçou a importância de aplicar políticas contra a pobreza sob uma perspectiva de direitos humanos, que enfatiza os deveres dos detentores de obrigações, tais como os estados e as organizações internacionais. O Comitê afirmou também ser tarefa do Pacto Internacional “fortalecer os pobres, garantindo-lhes direitos e impondo obrigações legais aos estados”.¹⁰ Nos comentários gerais 11, 13 e 14, o Comitê objetivou:

identificar as obrigações centrais que se originam dos níveis essenciais mínimos dos direitos à alimentação, educação e saúde, confirmando que essas obrigações centrais são inderrogáveis, e que uma estratégia de combate à pobreza impõe obrigações vinculantes aos estados.¹¹

1.1 O conceito de pobreza segundo a ONU

De acordo com o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, não existe definição universalmente aceita de pobreza, mas o órgão das Nações Unidas referenda um “entendimento multidimensional de pobreza”.¹² Esse enfoque considera as dimensões materiais e não materiais da pobreza, que pode ser definida como “privações múltiplas”, pois pobreza não está relacionada apenas a uma questão de renda, mas a uma ausência de

⁸ ROBINSON, M. Advancing Economic, Social, and Cultural Rights: The Way Forward. **Human Rights Quarterly** 26, 2004, p. 870.

⁹ ROBINSON, M. Advancing Economic, Social, and Cultural Rights: The Way Forward. **Human Rights Quarterly** 26, 2004.

¹⁰ COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. **Statement on Poverty and the ICESCR**, p. 3.

¹¹ COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. **Statement on Poverty and the ICESCR**, p. 3-4.

¹² COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. **Statement on Poverty and the ICESCR**, p. 2.

poder que leva à exclusão e exposição à violência.¹³ A Organização das Nações Unidas, nos Objetivos do Milênio 2008, também ratifica essa visão ampla de pobreza, analisando o fenômeno à luz dos direitos humanos.

Pobreza resulta de enfraquecimento e exclusão. Pobreza não é simplesmente a falta de bens materiais e oportunidades como emprego, propriedade de bens de produção e rendimentos. Também é a falta de bens físicos e sociais, tais como saúde, integridade física, liberdade de sentir medo e da violência, pertencimento social, identidade cultural, capacidade de organização, habilidade de exercer influência política, e possibilidade de viver com respeito e dignidade.¹⁴

No mesmo discurso, o Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU afirma que as violações aos direitos humanos são ao mesmo tempo causa e consequência da pobreza. Seguindo este argumento, a Comissão de Segurança Humana afirma que paz e desenvolvimento estão interconectados, uma vez que existe um caminho que leva pobreza e privação à violência, e vice-versa.¹⁵ Esta relação de causa e efeito da pobreza é enfatizada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em relação aos direitos a não discriminação e à igualdade. Em seu discurso sobre pobreza, o Comitê observou que “discriminação pode originar a pobreza, da mesma forma que pobreza pode originar discriminação”.¹⁶ No mesmo documento, o Comitê introduz uma perspectiva de gênero em relação às estratégias de combate à pobreza e à necessidade de fortalecer indivíduos e comunidades, ao afirmar que “mulheres e meninas carregam um ônus desproporcional da pobreza (...) e o fortalecimento das mulheres, em particular, é uma pré-condição essencial para a erradicação da pobreza global”.¹⁷

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais define pobreza como “falta de capacidades básicas para viver com dignidade”, reconhecendo os elementos da pouca educação, discriminação, vulnerabilidade e exclusão social como componentes da

¹³ SALOMON, M. **Poverty and Development**. (Aula) London School of Economics and Political Science, 29/10/09.

¹⁴ UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. **Claiming the Millennium Development Goals: A Human Rights Approach**, 2008, p. 7.

¹⁵ OGATA, S and SEN, A. Development, rights and human security. **Commission on Human Security**, Human Security Now, 2003.

¹⁶ COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. **Statement on Poverty and the ICESCR**, p. 3.

¹⁷ COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. **Statement on Poverty and the ICESCR**, p. 2.

pobreza.¹⁸ A Comissão de Segurança Humana destacou que a tarefa relativa à promoção da segurança humana ultrapassa o objetivo de proteger indivíduos e comunidades de ameaças.¹⁹ De acordo com a Comissão, “estar livre de privações, do medo, e proporcionar às futuras gerações um ambiente natural saudável são as bases da segurança humana”.²⁰ Sendo assim, fortalecer os indivíduos através da proteção das liberdades humanas e do provimento de suas necessidades deve ser o fundamento principal da segurança humana.

O aspecto mais interessante deste enfoque apresentado pela Comissão relaciona-se à ideia de fortalecimento dos indivíduos como forma de atingir a dignidade humana. Essa concepção reforça valores como o amor, a fé e a cultura como fundamentais para desfrutar de uma vida digna.²¹ Como consequência, supera-se a relação restrita entre pobreza e renda ou acesso a bens materiais, ampliando-a para uma visão relacionada à felicidade. Em suma, conceituar pobreza na perspectiva dos direitos humanos preocupa-se também com a falta de oportunidades para se viver uma vida feliz. Considerando que seres humanos não nascem apenas para sobreviver, mas para realizar suas capacidades, entende-se que um indivíduo que não consiga estabelecer um senso de pertencimento através de relações de amor, fé e cultura será um indivíduo com uma vida pobre.

1.2 Pobreza e desenvolvimento: fortalecendo o indivíduo

Assim como pobreza, o conceito de desenvolvimento também pode ser definido em termos de “aspectos materiais e não materiais que melhoram o bem-estar da humanidade”.²² De acordo com Salomon, Tostensen e Vandenhole, “desenvolvimento é a negação da pobreza ao nível do indivíduo”.²³ Os autores também esclarecem que pobreza é um elemento que sempre vai existir em situações onde não existir desenvolvimento; contudo, situações de pobreza também poderão ser identificadas onde há desenvolvimento, se não houver uma

¹⁸ COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. Statement on Poverty and the ICESCR.

¹⁹ OGATA, S and SEN, A. Development, rights and human security. Commission on Human Security, **Human Security Now**, 2003.

²⁰ OGATA, S and SEN, A. Development, rights and human security. Commission on Human Security, **Human Security Now**, 2003, p. 4.

²¹ OGATA, S and SEN, A. Development, rights and human security. Commission on Human Security, **Human Security Now**, 2003.

²² SALOMON, M. TOSTENSEN, A and VANDENHOLE, W. Human Rights, Development and New Duty-Bearers in M.E. SALOMON, A. TOSTENSEN and W. VANDENHOLE (Eds.), *Casting the Net Wider: Human Rights, Development and New Duty-Bearers*. Antwerp: Intersentia, 2007, p. 9.

²³ SALOMON, M. TOSTENSEN, A and VANDENHOLE, W. Human Rights, Development and New Duty-Bearers in M.E. SALOMON, A. TOSTENSEN and W. VANDENHOLE (Eds.), *Casting the Net Wider: Human Rights, Development and New Duty-Bearers*. Antwerp: Intersentia, 2007, p. 8.

adequada distribuição de recursos.²⁴ Portanto, desenvolvimento não é a única condição necessária para a erradicação da pobreza.

Reforçando a visão de que pobreza não está unicamente relacionada a uma questão de renda, a natureza do desenvolvimento também pode ser entendida analisando-se as limitações do mundo material. De acordo com Amartya Sen, “tal importará na relação entre rendas e resultados, entre matéria-prima e capacidades, entre a prosperidade econômica e a nossa habilidade de viver como desejamos”.²⁵ Sen percebe desenvolvimento como um “processo de expansão das reais liberdades humanas”,²⁶ e pobreza como um obstáculo à liberdade, que precisa ser eliminada para garantir o desenvolvimento. Consequentemente, mensurar o quanto as pessoas exercitam suas liberdades estará altamente dependente das oportunidades sociais e econômicas que dispuserem. Ainda de acordo com Sen, a pobreza extrema é um obstáculo econômico à liberdade que leva à vulnerabilidade, uma vez que, conforme o autor, a pobreza “deixa a pessoa indefesa contra outras violações de liberdades”.²⁷ Essas reflexões levam à mesma conclusão apresentada por Sen à Comissão de Segurança Humana, destacando a importância de fortalecer as pessoas como forma de atingir um sistema eficiente de proteção. De acordo com o Relatório de Segurança Humana de 2003:

Pessoas fortalecidas podem demandar respeito pela sua dignidade quando esta for violada. São capazes de criar novas oportunidades de trabalho e perceber os problemas locais. Além disso, essas pessoas podem mobilizar a comunidade em prol da segurança dos demais (...). Pessoas protegidas têm poder de escolha, e pessoas fortalecidas são capazes de evitar riscos e demandar avanços no sistema de proteção.²⁸

O papel dos direitos econômicos, sociais e culturais, portanto, é fortalecer as pessoas. Fortalecimento conduz à liberdade porque “com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem definir seus próprios destinos e ajudar uns aos outros”.²⁹ Peter Uvin redefine as três categorias de obrigações estatais em relação aos direitos humanos a partir

²⁴ SALOMON, M. TOSTENSEN, A and VANDENHOLE, W. *Human Rights, Development and New Duty-Bearers* in M.E. SALOMON, A. TOSTENSEN and W. VANDENHOLE (Eds.), *Casting the Net Wider: Human Rights, Development and New Duty-Bearers*. Antwerp: Intersentia, 2007, p. 9.

²⁵ SEN, A. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999, 13.

²⁶ SEN, A. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 3.

²⁷ SEN, A. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 8.

²⁸ OGATA, S and SEN, A. *Development, rights and human security*. Commission on Human Security, *Human Security Now*, 2003, p. 11-12.

²⁹ UVIN, P. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004, p. 11.

da perspectiva do fortalecimento, afirmando que o objetivo da proteção deveria ser o de apoiar as pessoas para que se organizem na tentativa de evitar violações a seus direitos, enquanto as obrigações positivas deveriam estar concentradas em fortalecer as capacidades dos atores para que possam, eles mesmos, satisfazer seus próprios direitos. A obrigação de respeito deveria estar focada em estabelecer relações não prejudiciais entre as pessoas e as agências de desenvolvimento.³⁰ Citando os resultados de uma pesquisa realizada pelo Banco Mundial em 2000, Uvin define o que vem a ser privação pelas características de “inferioridade social, isolamento, fraqueza física, vulnerabilidade, privação sazonal, ausência de poder e humilhação”, situações que são facilmente geradas por acesso precário à saúde e educação, que por sua vez, refletem uma situação de pobreza.³¹ De acordo com Uvin, devemos focar em pobreza e privação tendo em mente que o fortalecimento do indivíduo deve ser o objetivo principal. Para tanto, é necessário questionar “o que já está sendo feito pela população local em relação aos problemas? O que eles acham que já aprenderam com isso e quais foram os obstáculos identificados?”³² Conclui-se que o fortalecimento tem sido visto como fundamental para a erradicação da pobreza, e que há uma preocupação com princípios como o respeito à autonomia individual, reforçando as capacidades e evitando a vitimização do indivíduo. Portanto, de acordo com Uvin, “o desenvolvimento não pode prosperar quando as pessoas não possuem liberdade, vivem em medo constante, não conseguem se mover ou trabalhar como desejam, e são retiradas das comunidades e terras com as quais estão emocionalmente ligadas”.³³

Dessa forma, Uvin sustenta um enfoque de desenvolvimento em que os direitos humanos são levados em consideração, sob o seguinte argumento:

Procurar fortalecer as pessoas através de reformas legais e políticas que estabeleçam condições para a realização de seus direitos - acesso à terra e à água, proteção da propriedade intelectual, leis e políticas que ponham fim a práticas discriminatórias de todo o tipo (...).³⁴

Fortalecimento significa prover as condições necessárias para aumentar as capacidades das pessoas de exercitarem suas próprias liberdades. O desafio incluído nessa premissa é o de

³⁰ UVIN, P. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004.

³¹ UVIN, P. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004, p. 123.

³² UVIN, P. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004, p. 123-124.

³³ UVIN, P. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004, p. 123. A palavra “assistência” é aqui referida pelo autor no sentido de ajuda desprovida da intenção emancipatória do indivíduo. Estaria, assim, mais próxima daquilo que entendemos por “assistencialismo”, ou seja, a assistência prestada sem o comprometimento de fortalecer, através da ação, a autonomia do sujeito.

³⁴ UVIN, P. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004, p. 131.

que pessoas desprovidas de poder tendem a ser vistas como incapazes de exercer autonomia, o que pode levar à vitimização. Pessoas pobres são mais vulneráveis à discriminação e à violência, da mesma forma que estarão mais vulneráveis à vitimização. Um enfoque de direitos humanos ao desenvolvimento que visa a erradicar a pobreza por meio do fortalecimento deve incluir os sujeitos vulneráveis no processo, de forma a considerar as vítimas como agentes potencialmente capazes de superar as adversidades. Participação e processos de longo prazo podem ser as armas mais eficientes contra a vitimização. Como afirmado por Uvin, “pobreza e privação dificilmente serão atacadas em contextos onde a mera assistência substitui o papel do fortalecimento.”³⁵

(...) o assistencialismo, ainda que exitoso em atingir seus próprios objetivos técnicos, tem frequentemente acomodado, contribuído, ou fomentado as dinâmicas da desigualdade, corrupção e exclusão social.³⁶

Na mesma linha de pensamento, Uvin argumenta que um enfoque de direitos humanos para o desenvolvimento enfatiza o papel das instituições, tais como o Estado e o Poder Judiciário, para habilitar as pessoas a exercitarem suas liberdades. De acordo com o autor, as pessoas devem ser vistas como sujeitos de direitos cuja efetivação depende da ação das instituições, de forma que o respeito, proteção e provisão de direitos individuais tornam-se preocupações centrais para esses atores. Nas palavras de Uvin: “ter foco em direitos humanos significa que veremos o público usuário dos serviços como detentores de direitos, não simplesmente beneficiários ou participantes (...) transferindo-se, assim, o escopo das ações: da caridade para mudanças estruturais”.³⁷ Consequentemente, um enfoque de direitos humanos para o desenvolvimento altera o foco tradicional em dinheiro para a plena realização dos direitos individuais, e não é entendido com um favor ou demonstração de bondade, mas sim como um dever a ser implantado. De acordo com Uvin, “direitos esclarecem que violações não são inevitáveis ou naturais, mas originam-se de decisões e políticas deliberadas”.³⁸ Como resultado, políticas estratégicas para a erradicação da pobreza precisam atacar as causas estruturais do problema. Nesse sentido, o autor salienta:

Em um enfoque de direitos humanos para o desenvolvimento, dinheiro é muito menos crucial, pelo menos em um primeiro momento. O que de fato importa é a capacidade organizacional, a influência

³⁵ UVIN, P. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004, p. 137.

³⁶ UVIN, P. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004, p. 137.

³⁷ UVIN, P. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004, p. 129.

³⁸ UVIN, P. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004, p. 130.

mútua, a responsabilidade interna e externa, as trocas e inovações de ideias, os mecanismos de participação e controle, inclusive processos de tomada de decisões, aumento da disponibilidade de informações, incremento das políticas, do ambiente legal e da qualidade do sistema de justiça, entre outros.³⁹

Em suma, pensar o desenvolvimento sob uma perspectiva de direitos humanos baseia-se no argumento de que “processos de responsabilização, participação, inclusão, justiça e garantias sociais devem subsidiar tanto o mercado quanto o Estado, e que em qualquer condição, tais questões são essencialmente políticas”.⁴⁰ Sen compartilha da mesma opinião, afirmando que “desenvolvimento deve estar mais focado em melhorar a vida das pessoas e o exercício de suas liberdades”, e o autor também enfatiza que combater a pobreza em seu conceito amplo engloba a ideia de “possuir uma boa vida enquanto se estiver vivo”, e que prosperidade econômica nada mais é do que um meio para atingir “mais liberdade para levar a vida que queremos”.⁴¹ Nessas palavras de Amartya Sen, podemos observar uma introdução do elemento felicidade como um valor supremo a ser perseguido pela humanidade. No trabalho de Sen, pobreza é analisada como privação de capacidades básicas que nos impede de viver a vida que entendemos ser válida. De acordo com o autor, a privação de capacidades elementares está refletida em dados de mortalidade prematura, desnutrição significativa (especialmente para crianças), morbidez permanente, taxas de analfabetismo, entre outras falhas. Referindo-se a desenvolvimento, Sen também cita que privações podem resultar da negação a oportunidades econômicas e aos recursos gerados pelo mercado.⁴² Conclui-se, assim, que Uvin e Sen concordam com o fato de que um enfoque de direitos humanos para o desenvolvimento introduz um elemento a mais ao papel das instituições econômicas no aumento das liberdades, que possibilita às pessoas a oportunidade de exercerem suas capacidades de forma a melhorar sua qualidade de vida.

Uma política focada em fortalecimento reconhece que renda é apenas um instrumento para a realização das capacidades individuais, e que educação básica e saúde, por exemplo, têm o poder de aumentar a capacidade das pessoas em obter renda, e dessa forma, de libertarem as pessoas da pobreza relacionada à renda.⁴³ Investir em direitos econômicos, sociais e culturais, portanto, tem o condão de fortalecer as pessoas tornando-as mais produtivas, e como resultado, aumentar a renda e a prosperidade econômica de maneira

³⁹ UVIN, P. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004, p. 156.

⁴⁰ UVIN, P. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004, p. 139.

⁴¹ SEN, A. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 14.

⁴² SEN, A. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

⁴³ SEN, A. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

indireta. Outro exemplo mencionado por Sen como causa da ineficácia de um sistema assistencial que não objetiva o fortalecimento do indivíduo, é o caso do desemprego. A consequência mais direta do desemprego é a ausência de renda. A maneira mais fácil de prestar assistência a alguém que está desempregado, portanto, é fornecer renda. Quando a satisfação de necessidades básicas não visa, ao mesmo tempo, ao fortalecimento do indivíduo, a tendência é que fomente a vitimização, e assim, aumente as desigualdades. Como consequência, disponibilizar renda não é a única medida necessária para lidar com o problema do desemprego, pois não elimina os demais efeitos relacionados a esta questão, tais como: “prejuízo psicológico, perda da motivação para o trabalho, da autoestima e das habilidades técnicas, aumento da morbidez e doenças (e mesmo das taxas de mortalidade), rompimento de vínculos familiares e sociais, aumento da exclusão social e das tensões raciais e assimetrias de gênero.”⁴⁴

Sendo assim, um enfoque baseado em direitos que se importa com o problema do desemprego como um elemento do desenvolvimento deve estar inevitavelmente atento ao fato de que o exercício da capacidade de trabalho está intimamente relacionado com a capacidade de viver uma vida satisfatória. Em outras palavras, as pessoas não trabalham unicamente para ganhar dinheiro, mas também para exercerem suas capacidades, e por essa razão, atacar a questão do desemprego através do fortalecimento do indivíduo significa não apenas disponibilizar benefício de renda, mas capacitar para o exercício do direito ao trabalho.

2. A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe uma nova concepção para a Assistência Social brasileira. Juntamente com a saúde e a previdência social, esta passa a compor o tripé da seguridade social no Estado, conforme dispõe o artigo 194 da Carta. A assistência social, regulamentada pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) no final de 1993, inaugura esse campo como política social pública, implicando com isso a universalização do acesso aos serviços e a responsabilidade estatal pela prestação dos mesmos. Foi justamente pelo protagonismo conferido aos direitos sociais

⁴⁴ SEN, A. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 94.

que a Constituição de 1988 ficou conhecida como “Constituição Cidadã”.⁴⁵ O marco regulatório seria a base para a efetivação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) com a lei 12.435/2011, que altera a LOAS para integrar em seu texto os princípios da Política Nacional de Assistência Social (PNAS/2004):

Teve início a superação de um quadro histórico de quase ausência da ação pública, marcada pelo clientelismo e patrimonialismo, pelos auxílios e doações, pelas iniciativas fragmentadas, voluntaristas e mesmo improvisadas de assistencialismo. Era um quadro onde a assistência, voltada para ações de ajuda aos pobres e carentes e ancorada na caridade, na filantropia ou na benemerência, desresponsabilizava o Estado face aos serviços e atenções.⁴⁶

A evolução no paradigma redimensiona a assistência social como política pública de direitos. Em outras palavras, é o entendimento da proteção social como direito do cidadão e responsabilidade do Estado, cuja oferta está pautada em benefícios, programas, projetos e serviços de forma contínua, uniforme e reivindicável.⁴⁷ A Política Nacional de Assistência Social está ancorada nos princípios da supremacia do interesse social sobre o econômico,⁴⁸ na universalização e igualdade de direito de acesso ao atendimento e no respeito à dignidade do cidadão, a enfatizar o caráter não contributivo da política assistencial, bem como na divulgação ampla das ações disponibilizadas para a garantia dos direitos e dos critérios para acessá-los. A Lei 8.742, de 1993, elenca, ainda, as diretrizes da organização da assistência social, quais sejam a descentralização político-administrativa, a participação da população tanto na formulação das políticas quanto no controle das ações e a primazia da responsabilidade do Estado na condução

⁴⁵ MENDES, G., BRANCO, P.G. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁶ COLIN, D., JACCOUD, L. Assistência Social e Construção do SUAS – balanço e perspectivas: o percurso da Assistência Social como política de direitos e a trajetória necessária *in* Crus, José Ferreira *et al* (orgs.). **Coletânea de artigos comemorativos dos 20 anos da Lei Orgânica de Assistência Social**, Brasília: MDS, 2013, 43.

⁴⁷ COLIN, D., JACCOUD, L. Assistência Social e Construção do SUAS – balanço e perspectivas: o percurso da Assistência Social como política de direitos e a trajetória necessária *in* Crus, José Ferreira *et al* (orgs.). **Coletânea de artigos comemorativos dos 20 anos da Lei Orgânica de Assistência Social**, Brasília: MDS, 2013.

⁴⁸ Em palestra proferida na Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação (SAGI/MDS) em fevereiro de 2014, o professor George Martine propõe uma visão integradora dos campos social, econômico e ambiental. Com referência ao primeiro, critica o fato de as grandes conferências mundiais organizadas pela ONU na década de 90 não terem incluído a análise da economia, fator essencial a todos os demais assuntos.

da política de assistência social, a reforçar o papel desta como política pública.

2.1 A estrutura da Política Nacional de Assistência Social

A política da assistência social no Brasil está estruturada em garantias sociais que devem ser ofertadas pelo Estado aos indivíduos – reconhecidos como sujeitos de direitos – garantias essas que se traduzem nas seguranças alicerçadas pela assistência. Conforme a Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais, as aquisições dos usuários são: segurança de acolhida, segurança de convívio familiar e comunitário, e segurança de desenvolvimento da autonomia. Refletem, ao mesmo tempo, os compromissos assumidos pelos gestores do Sistema Único de Assistência Social e os parâmetros norteadores dos serviços a serem disponibilizados no território.

Ainda de acordo com a Tipificação Nacional, por segurança de acolhida entende-se: ter acolhidas suas demandas, interesses, necessidades e possibilidades; receber orientações e encaminhamentos para acesso aos benefícios socioassistenciais e programas de transferência de renda e demais direitos; ter acesso a um ambiente acolhedor que assegure a privacidade do usuário. Por segurança de convívio familiar e comunitário, entende-se: vivenciar experiências que contribuam para o estabelecimento e fortalecimento de vínculos familiares e comunitários, bem como para a ampliação da capacidade protetiva e de superação de fragilidades. Já com relação à segurança de desenvolvimento da autonomia, inclui-se o direito de vivenciar experiências pautadas pelo respeito a si próprio e aos outros; que potencializem a participação cidadã e para a construção de projetos individuais e coletivos, desenvolvimento de autoestima, autonomia e sustentabilidade; ainda, de vivenciar experiências que contribuam para o desenvolvimento de potencialidades e ampliação do universo informacional e cultural, e do acesso à documentação civil e a políticas de emprego e renda e programas associativos e cooperativos.⁴⁹

Percebe-se a preocupação em fomentar o protagonismo do indivíduo através do fortalecimento dos vínculos de afeto, com centralidade na família e na comunidade. As seguranças alicerçadas pela assistência social são o meio para atingir-se o fim último da realização da autonomia do indivíduo.

O público alvo da política de assistência social são cidadãos e grupos que se encontram

⁴⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social. **Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais**. Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009. Brasília, 2009.

em situações de vulnerabilidade e riscos. De acordo com a Política Nacional de Assistência Social, a proteção social divide-se em básica e especial, conforme o trabalho visado seja o de prevenção ou proteção a riscos e vulnerabilidades. Assim, a proteção social básica tem como escopo prevenir situações de risco através do fortalecimento de vínculos familiares e comunitários. Prevê, além de benefícios, o desenvolvimento de serviços, programas e projetos que proporcionem a convivência e a socialização entre os indivíduos e as famílias de uma comunidade. A execução direta dos serviços de proteção social básica ocorre, precipuamente, nos Centros de Referência da Assistência Social, os chamados CRAS, que são equipamentos públicos localizados nos territórios, preferencialmente em áreas de vulnerabilidade social, e cuja equipe técnica realiza, sob orientação do gestor municipal da assistência social, a organização da rede socioassistencial de proteção básica e o encaminhamento da população local para as demais políticas públicas e sociais.⁵⁰ Destaca-se, no âmbito de atuação dos CRAS, a oferta do Programa de Atenção Integral às Famílias – PAIF – que consiste no trabalho social de caráter continuado, com ações preventivas, protetivas e proativas. Ações preventivas, a denotar a exigência de uma ação antecipada, baseada no conhecimento das características culturais, sociais e econômicas do território e do próprio histórico das famílias; protetivas, pois com vistas a defender o acesso dos membros das famílias a seus direitos; e proativas, no sentido de tomar-se a iniciativa para intervir nas circunstâncias responsáveis pelas situações de vulnerabilidade e risco social.⁵¹

A proteção social especial deverá ser acionada sempre que se verificarem situações de violações de direitos relacionados à dimensão da exclusão social. Nesse sentido, é a modalidade de atendimento assistencial destinada a famílias e indivíduos que se encontram em situação de risco pessoal e social por abandono, maus tratos, uso de substância psicoativa, cumprimento de medidas socioeducativas, situação de rua, trabalho infantil, para citar alguns exemplos. Pela própria relação com uma prévia violação de direitos, os serviços de proteção especial possuem interface com o Sistema de Justiça, pois deverão articular a atenção dos órgãos de garantia de direitos, como Poder Judiciário, Ministério Público e Defensorias Públicas. A Proteção Social Especial divide-se, ainda, em Média e Alta Complexidade, conforme seja a situação de fragilidade ou rompimento de vínculos.

São considerados serviços de **média complexidade** os que oferecem atendimento a famílias e indivíduos que vivenciaram situação de violação de direitos, mas onde não

⁵⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social. **Política Nacional de Assistência Social**. Resolução nº 145, de 15 de outubro de 2004. Brasília, 2005.

⁵¹ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Caderno de Orientações Técnicas: O Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família – PAIF, segundo a Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais**, 2012.

houve rompimento de vínculos. A unidade referencial da Média Complexidade são os Centros de Referência Especializados da Assistência Social, os CREAS. Entre os serviços e programas que podem ser ofertados nos CREAS, citam-se a abordagem social, as medidas socioeducativas em meio aberto e o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI). Obrigatoriamente, ainda, os Centros de Referência Especializados da Assistência Social deverão realizar o Programa de Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos – PAEFI, centrado no acompanhamento individual e familiar com foco no respeito à cidadania e no reconhecimento do grupo familiar como referência afetiva e moral do sujeito.⁵² O acompanhamento realizado no âmbito do PAEFI visa à reconstrução de vínculos familiares rompidos, à ressignificação da situação de violência vivenciada e à prevenção da reincidência.⁵³

Já os serviços de proteção social de **alta complexidade** são os que garantem proteção integral, incluindo moradia, alimentação, higienização e trabalho protegido para pessoas que necessitaram ser retirados do núcleo familiar e comunitário.⁵⁴ São os serviços de acolhimento, cuja função é abrigar pessoas que vivenciaram situação de rompimento de vínculos.

Diferenciados conforme a especificidade do público usuário, as unidades de acolhimento atendem crianças e adolescentes cujas famílias ou responsáveis encontrem-se impossibilitados de cumprir sua função de cuidado e proteção; adultos e famílias que por motivos diversos estejam temporariamente sem residência; mulheres em situação de violência doméstica e familiar que precisaram ser afastadas do lar por motivo de segurança; idosos que não dispõem de condições de autocuidado ou de permanecer com a família; pessoas com deficiência sem condições de autonomia e cujos laços familiares estejam rompidos ou fragilizados; e ainda, pessoas em situação de desabrigo provisório por calamidade pública ou emergência.⁵⁵ O atendimento prestado por parte dos profissionais que compõem a equipe técnica do serviço de acolhimento tem abordagem e objetivos específicos, quais sejam: a acolhida e, em casos em que seja possível, o restabelecimento

⁵² BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social. **Política Nacional de Assistência Social**. Resolução nº 145, de 15 de outubro de 2004, 2005.

⁵³ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Caderno de Orientações Técnicas: Centro de Referência Especializado da Assistência Social – CREAS**, 2011.

⁵⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social. **Política Nacional de Assistência Social**. Resolução nº 145, de 15 de outubro de 2004.

⁵⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social. **Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais**. Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009.

dos vínculos familiares e comunitários com vistas à desinstitucionalização.⁵⁶

Observa-se, assim, na estrutura organizacional da Assistência Social brasileira, o foco no protagonismo do indivíduo como sujeito de direitos. Visualiza-se, dessa forma, o fortalecimento da autonomia individual como objetivo central das ações da Política Nacional de Assistência Social, em consonância com a visão de desenvolvimento num enfoque de direitos humanos, conforme pensamento de Amartya Sen e Peter Uvin, explicitado supra. A assistência social como política pública afirma-se, então, como mecanismo estatal de garantia de direitos atuando na prevenção de riscos e na proteção social, com vistas à superação de vulnerabilidades. Num contexto de desigualdades sociais como o do Brasil, o trabalho social desenvolvido com centralidade na família para garantir as seguranças de acolhida, convívio familiar e comunitário, e rendimentos para a autonomia, é capaz de evitar tragédias sociais e impedir a perpetuação do sofrimento humano.

2.2 A Teoria na Prática: Fortalecer para não vitimizar

O escopo da Política Nacional de Assistência Social estará fundamentado no reconhecimento do indivíduo – ainda que sujeito a vulnerabilidades diversas – como um cidadão potencialmente capaz de superar adversidades e livrar-se de situações opressivas. Nesse sentido, todo o atendimento socioassistencial deverá estar pautado em despertar as potencialidades do indivíduo, de forma a evitar a vitimização. Em outras palavras, o papel da assistência social é o de ajudar o sujeito a ajudar-se a si próprio. O trabalho social com famílias e indivíduos, assim, não se presta a resolver os problemas do sujeito vulnerável; ao contrário, a assistência social reconhece que a superação de vulnerabilidades é um processo de aprendizagem, e que cabe ao acompanhamento assistencial auxiliar o indivíduo a ser capaz de solucionar os próprios problemas. Investe nas ações de caráter contínuo e pedagógico em detrimento das práticas imediatistas.

Ressalta-se, assim, a importância de se dirigir a assistência social para um enfoque não vitimizante, mas que ao contrário, foque no assistido como sujeito responsável e atuante no meio social, capaz de construir – ele próprio - novas perspectivas para sua vida. Tal está em consonância com os propósitos da assistência social, focada no exercício da cidadania

⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social e Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes**. Resolução Conjunta nº1, de 18 de junho de 2009.

e no protagonismo individual do ser humano. Da mesma forma, coaduna-se com a proposta de desenvolvimento sob a ótica dos direitos humanos, uma vez que a atividade está centrada na participação do indivíduo e no fortalecimento de sua autonomia, ao contrário do assistencialismo, que como esclarecido supra, está baseado somente em ações de curto prazo, incapazes de reverter estruturas de exclusão social. A assistência social tende a repudiar o ato de se reforçar no usuário a estabilização de sua condição de vítima, incapaz de se defender e lutar contra a situação de opressão. Desta forma, responsabiliza a pessoa por tomar as iniciativas necessárias para superar os reflexos do sofrimento e recomeçar. Em suma, a assistência social, enquanto política pública de direitos, assume o compromisso de não ratificar estigmas sociais, de acreditar no indivíduo e, ao mesmo tempo, fazê-lo acreditar na sua própria capacidade. Para tanto, o maior desafio parece ser o de identificar naquele usuário que foi vítima de violação de direitos, e que, portanto, está em situação de vulnerabilidade, uma pessoa forte, plenamente capaz de – com algum auxílio – elaborar a situação de violência vivenciada e construir novos projetos de vida.

Reside exatamente aí a força transformadora da assistência social enquanto política pública afirmadora dos direitos humanos: ao fortalecer a autonomia do indivíduo, interrompe o ciclo de vulnerabilidades, desmistifica estereótipos e colabora na efetivação da justiça social. O trabalho da assistência social na erradicação da pobreza percebe-se justamente no olhar multidisciplinar que reconhece as múltiplas faces da situação de pobreza e estabelece um padrão mínimo de garantias econômicas, sociais e culturais a serem usufruídas por todos os indivíduos. Compreende ser a pobreza uma situação de vulnerabilidade não somente relacionada à questão da renda, e atua na prevenção e proteção das fragilidades originadas dos aspectos imateriais da pobreza. A Política Nacional de Assistência Social, através das seguranças de acolhida, de convivência familiar e comunitária e de desenvolvimento da autonomia, reconhece os múltiplos aspectos da pobreza que fragilizam o ser humano. Dentre as demais políticas públicas, será da assistência social o papel de acreditar na capacidade do indivíduo, fazê-lo crer em si mesmo e acima de tudo, ter como meta jamais desistir do ser humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo discutiu a definição ampla de pobreza, assumindo não estar baseada unicamente em uma questão de renda. Esta perspectiva considera os aspectos materiais e imateriais de pobreza, bem como os valores que estão associados à erradicação desta. O avanço na implementação de direitos econômicos, sociais e culturais depende justamente

do reconhecimento de pobreza como sendo um estado de múltiplas privações. Sendo assim, atingir a justiça social também estará dependente de políticas que objetivem a mudança das estruturas geradoras da pobreza em seus múltiplos aspectos. A Política Nacional de Assistência Social, instituída como reflexo dos direitos sociais garantidos pela Constituição de 1988, afirma-se como mecanismo fundamental do reconhecimento dos múltiplos aspectos da pobreza. A organização estrutural desta política pública visa, por meio dos serviços, programas, projetos e benefícios da proteção social, não só a minimizar, mas também a reverter as vulnerabilidades relacionadas à pobreza. De acordo com os estudos no campo do desenvolvimento social e econômico, os mecanismos de aplicação e monitoramento da justiça social deverão estar comprometidos com o objetivo principal do fortalecimento do indivíduo, de forma a proporcionar o desenvolvimento das capacidades individuais e evitar a vitimização que perpetua a exclusão social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social. **Política Nacional de Assistência Social**. Resolução nº 145, de 15 de outubro de 2004. Brasília, 2005.

_____. Conselho Nacional de Assistência Social. **Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais**. Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009. Brasília, 2009.

_____. Conselho Nacional de Assistência Social e Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes**. Resolução Conjunta nº1, de 18 de junho de 2009. Brasília, 2009.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Caderno de Orientações Técnicas: Centro de Referência Especializado da Assistência Social – CREAS**. Brasília, 2011.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Caderno de Orientações Técnicas: O Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família – PAIF, segundo a Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais**. Brasília, 2012.

CHOMSKY, N. *Human Rights in the 21st Century* (Aula). *London School of Economics and Political Science*, 29/10/09.

COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *Statement on Poverty and the ICESCR* (25^a sessão, 2001). UN DOC.E/C.12/2001/10.

COLIN, D., JACCOUD, L. Assistência Social e Construção do SUAS – balanço e perspectivas: o percurso da Assistência Social como política de direitos e a trajetória necessária in Crus, José Ferreira *et al* (orgs.). **Coletânea de artigos comemorativos dos 20 anos da Lei Orgânica de Assistência Social**, Brasília: MDS, 2013.

MENDES, G., BRANCO, P.G. **Curso de Direito Constitucional**. 7^a edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINE, G. **Política Social e o legado de Rio, Cairo e Copenhagen** (palestra). Sexta com debate, Brasília: Auditório da SAGI, 21/02/2014.

OGATA, S and SEN, A. *Development, rights and human security. Commission on Human Security, Human Security Now*, 2003. Available at: www.humansecurity-chs.org/finalreport/English/chapter1.pdf, last visited: 08/09/2010.

STEINER, H., ALSTON, P. and GODMAN, R. **International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals**. 3^a edição, Oxford: Oxford University Press, 2008.

SALOMON, M. TOSTENSEN, A and VANDENHOLE, W. *Human Rights, Development and New Duty-Bearers in M.E.* SALOMON, A. TOSTENSEN and W. VANDENHOLE (Eds.), **Casting the Net Wider: Human Rights, Development and New Duty-Bearers**. Antwerp: Intersentia, 2007.

SALOMON, M. *Poverty and Development*. (Aula) *London School of Economics and Political Science*, 29/10/09.

SEN, A. **Development as Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

ROBINSON, M. Advancing Economic, Social, and Cultural Rights: The Way Forward. *Human Rights Quarterly* 26, 2004, 866-872.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Claiming the Millenium Development Goals: A Human Rights Approach*, 2008.

UVIN, P. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DECADÊNCIA CONTRA O BENEFICIÁRIO NO ÂMBITO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

CONSIDERATIONS ABOUT THE DECADENCE AGAINST THE BENEFICIARY IN THE PENSION LAW AMBIT

Eduardo Levin

Defensor Público Federal

eduardo.levin@dpu.def.br

RESUMO

O presente trabalho visa abordar algumas questões importantes sobre o instituto da decadência no Direito Previdenciário, no que diz respeito à decadência contra o beneficiário, não sendo incomuns as consultas dos assistidos da Defensoria Pública da União sobre suas possibilidades de revisão de seus benefícios, quando devemos obrigatoriamente enfrentar o tema, à luz da legislação vigente e da jurisprudência mais atual. Até 27 de junho de 1997, data da publicação da Medida Provisória nº 1523-9/97, depois convertida na Lei nº 9.528/97, a legislação previdenciária desconhecia o instituto da decadência. Tendo sido inserido no sistema um prazo para o exercício de direitos, por parte dos segurados, muitos foram os debates acerca da interpretação de sua verdadeira natureza, bem como sobre os contornos de sua aplicação às diversas situações que se apresentam na prática. Embora o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 626.489/SE, tenha pacificado alguns entendimentos sobre o tema, muitas outras questões controvertidas continuam em aberto, como as referentes à aplicação do prazo de decadência nas ações para reconhecimento de tempo de serviço ou contribuição, à aplicação do prazo de decadência para a revisão de benefício antecedente em caso de pensão por morte, à possibilidade de interrupção do prazo decadencial nos casos de requerimento administrativo, entre outras. O presente artigo procura trazer ao leitor o panorama atual do debate doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

Palavras-chave: Decadência. Benefícios. Revisão. Panorama.

ABSTRACT

This paper aims to address some important questions about the institute of Lapsing in Social Security Law, regarding Lapsing against the beneficiary, and it is not uncommon to consult the assistants of the Public Defender's Office about their possibilities of reviewing their benefits, when we must tackle the issue in the light of current legislation and the most current jurisprudence. Until June 27, 1997, the date of publication of Provisional Measure nº 1.523-9 / 97, later converted into Law nº 9.528 / 97, the social security legislation was not aware of the institute of Lapsing. Since a period of time, for the exercise of rights by insured persons, has been included in the system, many debates about the interpretation of their true nature, as well as the contours of their application to the various situations, presented in practice. Although the Federal Supreme Court, in the judgment of RE 626.489 / SE, has pacified some understandings on the subject, many other controversial issues remain open, such as those concerning the application of the deadline of lapsing in the actions for recognition of time of service or contribution, application of the lapsing period for the review of antecedent benefit in case of death pension, the possibility of interruption of the lapsing period in the cases of administrative application, among others. The present article seeks to bring to the reader the current panorama of the doctrinal and jurisprudential debate on the subject.

Keywords: Lapsing. Benefits. Revision. Panorama.

Data de submissão: 27/02/2017

Data de aceitação: 06/06/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. DECADÊNCIA CONTRA O BENEFICIÁRIO 2. A INCIDÊNCIA IMEDIATA DO NOVO PRAZO SOBRE BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTERIORMENTE A SUA VIGÊNCIA 3. APLICAÇÃO DO PRAZO DE DECADÊNCIA NAS AÇÕES PARA RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO OU CONTRIBUIÇÃO 4. APLICAÇÃO DO PRAZO DE DECADÊNCIA PARA A REVISÃO DE BENEFÍCIO ANTECEDENTE EM CASO DE PENSÃO POR MORTE 5. DA POSSIBILIDADE DE INTERRUPTÃO DO PRAZO DECADENCIAL NOS CASOS DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

O significado da palavra decadência provém do latim *cadens*, de *cadere* (cair, perecer), assemelhando-se a **caducidade**, ou **prazo extintivo ou preclusivo**. Indica, do ponto de vista jurídico, a extinção do direito pelo decurso do prazo fixado para o seu exercício¹. Sua aplicação decorre do princípio da segurança jurídica, tratando-se de verdadeira sanção oposta ao beneficiário da utilização de um direito material.²

A decadência, portanto, fulmina o direito, excluindo por via indireta qualquer possível pretensão do interessado. Refere-se a direitos potestativos, qualificáveis como aqueles mediante os quais determinadas pessoas podem influir, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras. Estes são, segundo a doutrina, direitos insuscetíveis de violação, pois a eles não corresponde qualquer prestação, sendo que o seu exercício, quando há necessidade de manifestação judicial, somente pode-se dar por ações constitutivas (quando se procura obter a criação de um estado jurídico ou a modificação/extinção do estado anterior).³

No presente artigo, abordaremos algumas questões importantes sobre o instituto da decadência na seara do Direito Previdenciário, em especial no que diz respeito à decadência contra o beneficiário. Trata-se de conclusões advindas de considerações e análises ventiladas no XI Congresso Brasileiro de Direito Previdenciário e I Congresso Ibero Americano de Direito Previdenciário, realizado no período de 07 a 09 de outubro de 2015, na cidade de São Paulo/SP, do qual tive o privilégio de participar, como um dos representantes da Defensoria Pública da União.

O fenômeno da eventual demora do segurado em requerer a revisão de seu benefício previdenciário, após sua concessão na via administrativa, é questão bastante relevante no âmbito de atuação da Defensoria Pública da União, não sendo incomuns as consultas de nossos assistidos sobre suas possibilidades de revisão de seus benefícios, quando devemos obrigatoriamente enfrentar o tema, à luz da legislação vigente e da jurisprudência mais atual. A decadência previdenciária afeta o direito do segurado em obter uma revisão benéfica do benefício, razão pela qual sua ocorrência ou não deve ser analisada a priori,

¹ MARTINS, S. P. **Direito da Seguridade Social**, 2014, p. 277.

² RUBIN, Fernando. **Aposentadorias Previdenciárias no Regime Geral da Previdência Social**, 2015, p. 93.

³ GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**, 2006, p. 486-487. No mesmo sentido, GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo curso de direito civil**, 2013, p. 506-509

qualquer que seja o pedido de revisão, sempre tendo em vista as exceções e nuances do instituto, quando aplicável no Direito Previdenciário.

Assim, após a apresentação do tema e do contexto normativo em que ele é tratado no Regime Geral de Previdência Social, será necessário fixar o âmbito de aplicação da decadência, tendo em vista, inclusive, a recente decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (RE 626.489/SE), que trouxe importantes balizamentos para a aplicação do instituto. Por fim, abordaremos casos excepcionais em que não haverá decadência, ainda que o prazo legal entre a concessão do benefício e o pedido de revisão tenha transcorrido.

2. DECADÊNCIA CONTRA O BENEFICIÁRIO

Até o dia 27 de junho de 1997, data da publicação da Medida Provisória nº 1523-9/97, depois convertida na Lei nº 9.528/97, a legislação previdenciária desconhecia o instituto da decadência. O artigo 103 da Lei nº 8.213/91, tratava apenas da prescrição⁴. Criando a decadência em matéria previdenciária, a referida Medida Provisória fixou um prazo de decadência de dez anos “(...) de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”.

É de se mencionar que esse prazo chegou a ser reduzido para cinco anos pela Medida Provisória nº 1663-15, convertida na Lei nº 9.711/98. Posteriormente, no entanto, foi novamente restabelecido em dez anos, por força da Medida Provisória nº 138/03, convertida na Lei nº 10.839/04. Como o prazo de cinco anos não chegou a se aperfeiçoar, já que a Lei nº 9.711/98 é de 20 de novembro de 1998 e a Medida Provisória nº 138/03 é de 19/11/2003, entende Marcelo Leonardo Tavares que esse prazo de cinco anos deve ser desconsiderado, o que faz com que o prazo decadencial seja um só, de dez anos, contados desde a criação da Medida Provisória nº 1523-9⁵.

Pois bem.

⁴ Eis a redação original do artigo 103, da Lei nº 8.213/91: “Sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes.”

⁵ TAVARES, M. L. **Direito Previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social**, 2015, p. 251. Com o mesmo entendimento, CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B. **Manual de Direito Previdenciário**, 2014, p. 911

A redação atual do artigo 103, da Lei nº 8.213/91, é a seguinte:

“Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.”

Da análise do dispositivo decorre, em primeiro lugar, no que tange à decadência, que se um benefício não foi requerido, não corre prazo decadencial algum, porque a Lei não fixa prazo para o exercício do direito potestativo ao requerimento (a partir do momento em que o segurado implementa os requisitos para a percepção do benefício). A decadência, conforme dispõe a norma, atinge apenas duas situações: a revisão do ato de concessão do benefício e a impugnação da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.⁶

Ocorre que a aplicação pura e simples do dispositivo em questão, em especial quando o segurado deseja impugnar decisão que indeferiu o pedido de concessão do benefício, provocaria grandes injustiças. Isso porque nos casos em que o segurado implementa as condições para perceber o benefício mas não o requer, poderá fazê-lo após dez anos sem que seu direito tenha caducado, ao passo que nos casos em que o benefício foi requerido mas foi negado pelo INSS, o segurado perderá o direito ao benefício após dez anos. Ou seja, a literalidade da norma está, em verdade, protegendo o mais negligente, aquele que atuou contrariamente ao objetivo de estabilidade e pacificação social, pois é melhor deixar de requerer o benefício – deixando em aberto *ad eternum* essa possibilidade –, do que requerê-lo e tê-lo negado – caso em que o segurado somente terá dez anos para pedir a revisão do ato administrativo que negou o benefício, sob pena de perder o fundo de direito, isto é, o próprio direito ao benefício.

Por essa razão, alguns doutrinadores, como Marcelo Leonardo Tavares⁷ e Fabio Zambitte

⁶ VIANNA, J. E. A. **Curso de Direito Previdenciário**, 2014, p. 613.

⁷ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social**, 2015, p. 249

Ibrahim,⁸ têm o entendimento de que o prazo previsto no caput do artigo 103, da Lei nº 8.213/91, possui em verdade natureza prescricional, apesar da literalidade da norma. Ou seja, o fundo de direito, a relação jurídica essencial que embasa o pedido, para esses doutrinadores, não se perderia com o decurso do tempo, o que ocorreria é a perda do direito de ver o benefício concedido com base na mesma data de início (DIB) e sob os mesmos pressupostos.

Por esse entendimento, nada impediria, por exemplo, que o segurado que pleiteou aposentadoria por tempo de contribuição em fevereiro de 2000, sem êxito, venha a requerê-la novamente em março de 2011, dessa vez com novas provas de tempo de contribuição (exercido anteriormente a fevereiro de 2000). Se lograr êxito, com seu novo requerimento, em comprovar o tempo de contribuição necessário à aposentação, esta deverá lhe ser concedida, com DIB em março de 2011, pois o fundo de direito não teria sido perdido, apenas o direito aos valores atrasados, a contar de fevereiro de 2000, é que se encontrariam prescritos.

Aliás, como bem ressaltado por Fabio Zambitte Ibrahim,⁹ o próprio Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99), em seu artigo 347, §2º, assevera que não se considera pedido de revisão, mas sim nova solicitação de benefício, o requerimento que vier acompanhado de outros documentos além dos já existentes no processo.

Portanto, referido entendimento nos parece correto, pois ao mesmo tempo em que não exclui a eficácia jurídica da norma, mantendo-se a sanção pela inércia do titular (qual seja, a de não fazer jus a qualquer pagamento retroativo ao requerer novo benefício, após o prazo de dez anos do pedido anterior), preserva o fundo de direito referente ao benefício previdenciário, que deriva de uma garantia constitucional com natureza de direito fundamental (dignidade da pessoa humana), devendo ser interpretado dentro das condicionantes constitucionais da universalidade de cobertura e atendimento.¹⁰

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 626.489/SE, da relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, não acatou o argumento de que a natureza

⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, 2014, p. 421. Segundo o autor, “Indica a lei prazo para o ingresso de ação condenatória contra o INSS, visando a garantia de um direito a uma prestação, espécie de direito subjetivo distinto do direito potestativo. Em razão de tal natureza, deve-se privilegiar o espírito em detrimento da letra da lei, pois há na lei um evidente prazo prescricional”. Com o mesmo entendimento, CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*, 2014, p. 913.

⁹ IBRAHIM, F. Z. **Curso de Direito Previdenciário**, 2014, p. 423.

¹⁰ Mais uma vez, IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, 2014, p. 424.

do prazo previsto no referido artigo 103 da Lei nº 8.213/91 é prescricional. Embora tenha pacificado o entendimento de que não há prazo decadencial para a formulação do requerimento inicial de concessão de benefício previdenciário, por corresponder a um exercício de direito fundamental relacionado à mínima segurança social do indivíduo (não fazendo menção específica ao caso em que o benefício é requerido e negado), acabou por confirmar a natureza decadencial do prazo de dez anos previsto na referida norma, aplicável, conforme o Excelso Pretório, para a revisão dos benefícios já concedidos.¹¹

Frise-se, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal nada disse em relação à situação em que o benefício é requerido e negado, apenas confirmando a aplicação do prazo decadencial para a revisão de benefícios requeridos e concedidos. Assim, a celeuma quanto à existência ou não de um prazo decadencial para o pedido de revisão do ato administrativo que indeferiu o benefício permanece viva, sendo o nosso entendimento (em concordância com os doutrinadores já citados) no sentido de que tal situação se assemelha à hipótese em que o benefício sequer é requerido (apesar de ter o segurado preenchido os requisitos), razão pela qual tanto neste como naquele caso não há que se falar em decadência, pois ambas as situações são muito semelhantes e correspondem “ao exercício de um direito fundamental relacionado à mínima segurança social do indivíduo”, conforme decidido pelo Excelso Pretório.¹²

A Súmula 81 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais também agasalha essa posição: “Não incide o prazo decadencial previsto no art. 103, caput, da Lei n. 8.213/91, nos casos de indeferimento e cessação de benefícios, bem como em relação às questões não apreciadas pela Administração no ato da concessão”. Nesse mesmo sentido, a orientação do STJ: AgRg no AREsp nº 493.997/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 9.6.2014; AgRg no REsp 1.407.710/PR, 2ª Turma,

¹¹ Transcrevemos o trecho pertinente do referido acórdão: “(...) 15. No encerramento deste tópico, é possível sintetizar os dois parâmetros gerais que devem reger a matéria: a) não há prazo decadencial para a formulação do requerimento inicial de concessão de benefício previdenciário, que corresponde ao exercício de um direito fundamental relacionado à mínima segurança social do indivíduo; b) a instituição de um prazo decadencial de dez anos para a revisão dos benefícios já concedidos é compatível com a Constituição Federal. Trata-se de uma conciliação razoável entre os interesses individuais envolvidos e os princípios da segurança jurídica e da solidariedade social, dos quais decorre a necessidade de se preservar o equilíbrio atuarial do sistema em benefício do conjunto de segurados atuais e futuros.” (RE 626.489/SE, Pleno, unânime, 16/10/2013)

¹² Este também é o entendimento de Gustavo Filipe Barbosa Garcia, *in verbis*: “A correta interpretação do art. 103 da Lei 8.213/1991, portanto, é no sentido de que o prazo decadencial de dez anos abrange a decisão administrativa que concedeu o benefício previdenciário, bem como o ato administrativo que estabeleceu o seu valor inicial, mas não alcança a decisão administrativa de cessação ou de indeferimento, em si, do benefício propriamente. Mesmo porque o direito ao benefício previdenciário, de natureza fundamental, pode ser exercido a qualquer tempo”. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito da Seguridade Social**, 2015, p. 508.

Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 22.5.2014.

2. A INCIDÊNCIA IMEDIATA DO NOVO PRAZO SOBRE BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTERIORMENTE A SUA VIGÊNCIA

Outro problema que se originou a partir da referida inovação legislativa tem que ver com a aplicação da lei no tempo. É preciso definir se a norma que inaugurou a decadência, contra o beneficiário, no âmbito do Direito Previdenciário, aplica-se ou não aos benefícios concedidos antes da Medida Provisória nº 1523-9, de 27/06/1997.

O Superior Tribunal de Justiça chegou a firmar jurisprudência no sentido de que os benefícios concedidos antes da criação do prazo de revisão não se submeteriam a qualquer prazo decadencial, aos fundamentos de que a Medida Provisória nº 1.523/1997 não previu expressamente a retroação de seus efeitos, e considerando que a decadência é instituto de direito material (AgRg no Ag 847451/RS, de 23/10/2007, 6ª Turma; AgRg no REsp 1291918 / PE, 17/04/2012, 5ª Turma).

No entanto, a Primeira Seção da Corte, no julgamento do REsp 1.303.988/PE, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, por unanimidade, modificou o entendimento até então pacífico, para reconhecer que o prazo decadencial disposto na nova redação do art. 103, caput, da Lei n. 8.213/91, embora não possa retroagir para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência, tem sua eficácia a partir da entrada em vigor da nova norma, aplicando-se aos benefícios concedidos anteriormente a contar da data de publicação da Medida Provisória n. 1.523-9, de 27.6.1997.

No que diz respeito à doutrina, percebe-se uma corrente majoritária que caminha no sentido de sufragar este último entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, entre outros motivos por conta da impossibilidade de que todos os segurados aposentados anteriormente à inovação legal tenham direito adquirido à não aplicação do prazo decadencial, pois esse prazo não é elemento constitutivo do direito subjetivo.¹³

¹³ IBRAHIM, F. Z. **Curso de Direito Previdenciário**, 2014, p. 425; TAVARES, M. L. **Direito Previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social**, 2015, p. 252; CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B. **Manual de Direito Previdenciário**, 2014, p. 913; VIANNA, J. E. A.. **Curso de Direito Previdenciário**, 2014, p. 613; GARCIA, G. F. B. **Curso de Direito da Seguridade Social**, 2015, p. 508-509. Em sentido contrário, RUBIN, F. **Aposentadorias Previdenciárias no Regime Geral da Previdência Social**, 2015, p. 105-106.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mesmo RE 626.489/SE, sedimentou o entendimento de que, como a decadência não integra o espectro de pressupostos e condições para a concessão do benefício, eventuais alterações posteriores quanto a tal elemento devem ter incidência imediata, sem que se cogite de ofensa a direito adquirido. Assim, o novo prazo deve ser aplicado aos benefícios concedidos anteriormente a sua vigência, mas como a lei nova não tem efeitos retroativos, entendeu o Excelso Pretório que ela deve ser aplicada de forma imediata, inclusive quanto às situações constituídas no passado, devendo o termo inicial do novo prazo ser o momento da vigência da nova lei.¹⁴

Ou seja, resta pacificado que o prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória nº 1.523, de 28/06/1997, incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição. No entanto, é preciso observar que há situações em que esse prazo não se aplica, como nos casos de reconhecimento de tempo de serviço/contribuição, na revisão de benefício antecedente requerida pelo beneficiário da pensão por morte, no pedido de desaposentação e nos casos em que há interesse de absolutamente incapaz para os atos da vida civil, entre outras hipóteses.

3. APLICAÇÃO DO PRAZO DE DECADÊNCIA NAS AÇÕES PARA RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO OU CONTRIBUIÇÃO

Se pensarmos numa ação meramente declaratória objetivando a averbação do tempo de serviço/contribuição, é evidente que não há que se falar em prescrição ou decadência, pois inexistente o cunho patrimonial imediato, apenas se objetiva a declaração de existência de uma relação jurídica.¹⁵ A polêmica surge, no entanto, nos casos das ações de natureza

¹⁴ Eis a ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. 1. O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário. 2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário. 3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição. 4. Inexistente direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(REsp 626489/SE, Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, Pleno, julgado em 16/10/2013, DJe 23/09/2014)

¹⁵ CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B. **Manual de Direito Previdenciário**, 2014, p. 914.

condenatória, cuja inclusão do período trabalhado é requerida visando à revisão do benefício já concedido.

Se o segurado, já aposentado, ingressa em juízo, após dez anos do pagamento da primeira prestação, postulando o reconhecimento de tempo trabalhado, por exemplo, em condições especiais, para aumentar o coeficiente de cálculo de seu benefício, e com isso rever o ato de concessão do benefício, surge então o questionamento: aplica-se o prazo de decadência que impede a revisão proposta?

Na visão de Carlos Alberto Pereira de Castro, João Batista Lazzari,¹⁶ Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior,¹⁷ com os quais concordamos, a aplicação da decadência nesse caso esbarraria na regra do direito adquirido, por conta das características intrínsecas do direito à contagem e averbação do tempo de serviço/contribuição, conforme a lei vigente à época em que efetivamente prestado, passando a integrar, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador.

Como fundamento ao referido entendimento, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari¹⁸ trazem à baila, de modo absolutamente pertinente, decisão do Supremo Tribunal Federal que pode servir de paradigma, relativa ao exame do direito à contagem do tempo de serviço especial prestado por servidor público ex-celetista. No RE 380413 AgR/PB, a Corte Constitucional entendeu que a contagem de tempo de serviço prestado por servidor público ex-celetista em condições insalubres, em período anterior à Lei 8.112/90, constitui direito adquirido para todos os efeitos.

Segundo o Ministro Relator Eros Roberto Grau:

tendo exercido suas atividades funcionais em condições insalubres à época em que submetido aos regimes celetista e previdenciário, o servidor público possui direito adquirido à contagem desse tempo de serviço de forma diferenciada e para fins de aposentadoria. Em cada momento trabalhado realizava-se o suporte fático previsto no texto normativo como suficiente a autorizar sua averbação. Sendo assim, é incorporado ao seu patrimônio jurídico direito que a legislação específica lhe assegurava como compensação pelo serviço exercido em condições insalubres, perigosas ou penosas. Essa vantagem não pode ser suprimida mercê do advento de um novo regime jurídico

¹⁶ CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B. **Manual de Direito Previdenciário**, 2014, p. 915-916;

¹⁷ ROCHA, D. M. da; BALTAZAR JÚNIOR, J. P. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**, 2001, p. 329.

¹⁸ CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B. **Manual de Direito Previdenciário**, 2014, p. 916.

que, apesar de prever a edição de lei específica para regulamentar a concessão de aposentadoria para os agentes públicos que exerçam atividades nessas condições, não desconsiderou ou desqualificou o tempo de serviço prestado ao tempo da legislação anterior.¹⁹

Assim, defendemos que a decadência não pode ferir o direito adquirido do segurado de ter averbado o tempo trabalhado em qualquer época, sendo possível a propositura de ação para revisão de benefícios concedidos há mais de dez anos, se o objeto for a agregação de tempo de contribuição. Como reforço argumentativo a essa posição, pode-se mencionar o artigo 11, §1º, da CLT, que trata da prescrição do direito de ação decorrente das relações de trabalho, estabelecendo que as ações manejadas à obtenção de anotações destinadas a fazer prova perante a previdência social são imprescritíveis.²⁰

Isso deve valer também para os casos em que se objetiva revisar o benefício com base em sentença trabalhista que reconhece períodos trabalhados em condições especiais, ou tempo de trabalho urbano ou rural, por exemplo, pelos mesmos fundamentos, conforme, inclusive, vem entendendo o STJ (Cf. REsp. nº 1440868/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.4.2014, DJe 2.5.2014).

4. APLICAÇÃO DO PRAZO DE DECADÊNCIA PARA A REVISÃO DE BENEFÍCIO ANTECEDENTE EM CASO DE PENSÃO POR MORTE

Caso o beneficiário tenha perdido, em vida, o direito de solicitar a revisão do valor de sua aposentadoria, o direito poderá ser discutido pelo pensionista, ainda que fundado em dados que poderiam ter sido questionados pelo aposentado atingido pela decadência. Isso é o que restou decidido pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, no Pedido de Uniformização nº 2008.50.51.001325-4:

“PROCESSUAL CIVIL PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DERIVADA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DIREITO DE REVISÃO. PRAZO DECADENCIAL AUTÔNOMO. CÔMPUTO DO PRAZO A PARTIR DA CONCESSÃO DA PENSÃO. INCIDENTE IMPROVIDO.”

¹⁹ RE 380413, Rel. Ministro Eros Grau, 2ª Turma, DJe de 29/06/2007)

²⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos; KRAVCHYCHYN, Jefferson Luis; LAZZARI, João Batista. Prática Processual Previdenciária – Administrativa e Judicial, 2016, p. 648.

1. Pedido de concessão de revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário de pensão concedido em 09/11/1998, originário de benefício concedido em 16/03/1994, mediante a aplicação da variação integral do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%) na composição do índice de atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, antes da conversão dos valores em URV.

2. Sentença de procedência do pedido.

3. Recurso nominado do INSS apenas no que diz à decadência do direito. A Turma Recursal da Seção Judiciária do Espírito Santo manteve a sentença referindo que o prazo decadencial deve ser considerado em razão da data de início da pensão por morte e não do benefício do instituidor da pensão. Considerou, ainda, que se o instituidor/aposentado perdeu, em vida, o direito de revisar o ato de concessão da sua aposentadoria-base, esse fato não prejudica o titular da subsequente pensão por morte, o qual pode discutir amplamente todos os critérios que tenham influenciado o cálculo do seu benefício, ainda que fundados em dados que poderiam ter sido questionados pelo aposentado atingido pela decadência.

4. Incidente de uniformização de jurisprudência, interposto pelo INSS, com fundamento no art. 14, § 2º, da Lei nº 10.259/2001.

5. Alegação de que o acórdão recorrido diverge do entendimento da Turma Recursal da Seção Judiciária do Paraná (2007.705.001.9477-1), destacando que o prazo decadencial iniciado contra o instituidor do benefício continua a correr contra o sucessor.

6. Incidente admitido na origem.

7. Seguindo a linha de raciocínio perfilhado pela Magistrada Simone Lemos Fernandes, nos autos do PREDILEF n. 2009.72.54.003963-7, julgado em 29 de março de 2012, considero que a pensão por morte e o benefício previdenciário do qual deriva são, de fato, benefícios atrelados por força do critério de cálculo de ambos, tão somente. Mas são benefícios autônomos, titularizados por pessoas diversas que, de forma independente, possuem o direito de requerer a revisão de cada um deles, ainda que através de sucessores (pois a pensão por morte pressupõe, logicamente, o falecimento de seu instituidor), sendo que o prazo decadencial de revisão da pensão começa a fluir a partir da data da concessão. Certo que os sucessores de segurado já falecido podem requerer, judicialmente, o reconhecimento de parcelas que seriam devidas àquele por força de incorreto cálculo de seu benefício. Mas não é este o tema discutido nestes autos, já que a autora não postulou diferenças sobre a aposentadoria de seu falecido marido, mas tão somente diferenças sobre a pensão por morte que percebe.

8. Dessa forma, considero que existe prazo decadencial autônomo, diferenciado, relativo ao direito de revisão da pensão por morte percebida pela autora, computado a partir da data de sua concessão, o qual foi concedida em 09/11/1998. Outrossim, ressalto que, embora não seja o caso dos autos, alhures mencionado, a decadência do direito de revisão da aposentadoria propriamente dita, concedida ao falecido esposo da autora em março de 1994, encontra-se suspensa por repercussão geral (benefício concedido antes de 1997).

9. In casu, como a parte autora começou a perceber benefício em novembro de 1998, o prazo decadencial decenal começou a fluir a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento da primeira prestação, consoante regra prevista no art. 103 da Lei n. 8.213/91, não se consumou a decadência.

10. Ante o exposto, voto por reafirmar o entendimento de que existe prazo decadencial autônomo, diferenciado, relativo ao direito de revisão da pensão por morte, computado a partir da data de sua concessão, e para negar provimento ao incidente de uniformização interposto pelo INSS.

11. Sugiro ao eminente Presidente desta Turma que imprima, ao resultado desse julgamento, a sistemática prevista no art. 7º, VII, 'a', do RITNU." (TNU, PU nº 2008.50.51.001325-4, Relator: Adel Américo Dias de Oliveira, DJ: 27/06/2012)

Ou seja, os beneficiários da pensão por morte não poderão sofrer os reflexos da falta de revisão do benefício de origem. O prazo decadencial para a revisão da pensão, nesses casos, conta-se a partir do início do recebimento desta, ainda que o fundamento da revisão seja o recálculo do benefício que era recebido pelo de *cujus*.

Observe-se que contra o absolutamente incapaz, nos termos do artigo 3º, do Código Civil (menores de 16 anos), não corre decadência, tendo em vista o disposto no artigo 198, I, combinado com o artigo 208, todos também do Código Civil. Portanto, sendo o pensionista absolutamente incapaz ao tempo da morte do instituidor da pensão, apenas quando ele completar 16 anos é que terá início o prazo decadencial, de dez anos, para o pedido de revisão da pensão por morte.

5. DA POSSIBILIDADE DE INTERRUPTÃO DO PRAZO DECADENCIAL NOS CASOS DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO

Entre as diversas dúvidas surgidas com a criação da decadência, está a que se refere à aplicação de interpretação do disposto na parte final do caput do já mencionado artigo 103:

É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Concordamos com a doutrina que reconhece que tal redação criou a possibilidade legal de interrupção do prazo decadencial quando o beneficiário ingressar com o pedido administrativo de revisão do benefício, na medida em que não poderá haver decadência quando o titular do direito atua no sentido de sua proteção, já que ausente, aí, o principal requisito do instituto: a inércia do titular.²¹ Aliás, nada obsta que a lei crie prazos interruptivos para a decadência, algo que está expressamente permitido pelo artigo 207 do Código Civil vigente.²²

Destaca-se que a contagem do prazo decadencial, em caso de interrupção, se reinicia sem qualquer utilização do tempo anteriormente transcorrido, “primeiro porque essa é a regra geral das normas de interrupção de prazo e segundo porque não cabe à espécie interpretação restritiva do direito do segurado, por estarmos tratando de direito social”.²³ Assim, se, por exemplo, o segurado recebeu o primeiro pagamento de seu benefício em 01/02/2001 (prazo para a revisão se encerraria em 01/03/2011), mas requereu administrativamente a revisão em 20/02/2011, um novo prazo decadencial, de dez anos, terá início, após a negativa final na esfera administrativa (se ele for notificado, por exemplo, em 20/02/2013, terá até 20/02/2023 para requerer a revisão judicialmente).

Essa questão foi expressamente abordada pela Turma Regional de Uniformização

²¹ CASTRO, C. A. P. de; KRAVCHYCHYN, G. L.; KRAVCHYCHYN, Jefferson Luis; LAZZARI, João Batista. **Prática Processual Previdenciária – Administrativa e Judicial**, 2016, p. 655.

²² “Artigo 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem ou interrompem a prescrição”

²³ CASTRO, C. A. P. de; KRAVCHYCHYN, G. L.; KRAVCHYCHYN, Jefferson Luis; LAZZARI, João Batista. **Prática Processual Previdenciária – Administrativa e Judicial**, 2016, p. 657.

da 4ª Região, tendo sido confirmada essa posição aqui defendida (IUJEF 0004324-07.2010.404.7252/SC, Rel. Juíza Federal Ana Cristina Monteiro de Andrade Silva, Sessão 20.07.2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas essas observações, o que se percebe, em suma, é que, afora as questões da aplicação do prazo decadencial aos benefícios concedidos anteriormente à publicação da Medida Provisória nº 1523-9/97, com início a partir da vigência desta, e da não aplicação deste prazo decadencial para a formulação do requerimento inicial de concessão de benefício previdenciário, por corresponder a um exercício de direito fundamental relacionado à mínima segurança social do indivíduo, já sacramentadas pelo Supremo Tribunal Federal, os contornos do instituto da decadência no Direito Previdenciário ainda carecem de maior definição quanto à sua aplicação.

Esta foi a conclusão que extraímos a partir das pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais realizadas, bem como das palestras e debates ocorridos no ensejo do já referido XI Congresso Brasileiro de Direito Previdenciário e I Congresso Ibero Americano de Direito Previdenciário, realizado no período de 07 a 09 de outubro de 2015, na cidade de São Paulo/SP, cuja participação deste que subscreve motivou a produção deste artigo.

Não resta dúvida de que não é possível simplesmente aceitarmos, em prejuízo dos nossos assistidos, as frequentes negativas de revisão de seus benefícios, pelo INSS, sob o argumento genérico da decadência, pois, como visto, várias são as situações em que a aplicação pura e simples do que dispõe o artigo 103, caput, da Lei nº 8.213/91, não é a solução adequada do ponto de vista jurídico e social, lembrando que as exceções e exemplos aqui trazidos não esgotam o tema.

REFERÊNCIAS

AURÉLIO, B. **Atos administrativos ampliativos de direitos, revogação e invalidação**. São Paulo: Malheiros, 2011.

CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B. **Manual de Direito Previdenciário**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASTRO, C. A. P. de; KRAVCHYCHYN, G. L.; KRAVCHYCHYN, J. L.; LAZZARI, João Batista. **Prática Processual Previdenciária – Administrativa e Judicial**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 31.ed. v.I., São Saraiva, 2014.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo curso de direito civil**. 15.ed. v.I, São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINEZ, W. N. **Cobrança de benefícios indevidos**. São Paulo: LTr, 2012.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Grandes temas de direito administrativo**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, E. B. As Várias Dimensões do Processo Administrativo Brasileiro (um Direito-Garantia Fundamental do Cidadão). In: MELLO, C. A. B. de; FERRAZ, S.; ROCHA, S. L. F. da e SAAD, A. F. (Coord.). **Direito administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

PETIAN, A. **Regime Jurídico dos Processos Administrativos Ampliativos e Restritivos de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2011.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**. t.IV. Atualizada por MELLO, M. B. de e EHRHARDT, M.. São Paulo: RT, 2013.

SUNDFELD, C. A. **Fundamentos de Direito Público**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VALIM, R. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil**. 14.ed. v.I., São Paulo: Atlas, 2014.

ZANCANER, W. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FILOSOFIA DO DIREITO
E TEORIA GERAL DO DIREITO

*PHILOSOPHY OF LAW
AND GENERAL THEORY OF LAW*

ENTRE LA RELIGION ET LA LIBERTÉ MODERNE, ENTRE LE SUBI ET LE VOULU: CONSIDÉRATIONS À PARTIR DE LA PENSÉE DE MARCEL GAUCHET ET CELLE DE PIERRE MANENT

*ENTRE A RELIGIÃO E A LIBERDADE MODERNA, ENTRE O SUPORTADO E O DESEJADO:
CONSIDERAÇÕES A PARTIR DOS PENSAMENTOS DE MARCEL GAUCHET E DE PIERRE
MANENT*

Eduardo Tergolina Teixeira

Defensor Público Federal

Doutorando em Filosofia pela Unisinos e pela Université du Québec à Trois-Rivières

eduardotergolina@gmail.com

RÉSUMÉ

Le présent travail a pour but d'exposer de brèves remarques sur deux éminents philosophes français contemporains : Marcel Gauchet et Pierre Manent. D'abord, je vais exposer la pensée de Gauchet, en soulignant la thèse (qui est présentée surtout dans l'œuvre *Le Désenchantement du monde*) selon laquelle la société moderne se trouve actuellement dans un processus inexorable de sortie de la religion. Ensuite, quelques convictions de Manent seront explicitées en ce qui concerne (1) la religion dans la société moderne ; (2) l'influence de la démocratie moderne dans la relation tensionnelle entre la religion et la république et (3) à partir de cela, la question qui se pose quant à la relation entre les trois concepts suivants : vérité, liberté et propriété. Ces trois points seront travaillés à partir du texte *Le vecteur théologico-politique*, qu'on trouve dans l'œuvre *Cours familier de philosophie politique*. Finalement, la conclusion sera destinée à mettre en évidence quelques consonances et aussi quelques différences que j'ai trouvées à partir de la lecture de ces penseurs si profonds et renommés.

Mots-clés : Religion. État. Démocratie. Vérité. Liberté. Propriété.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo expor breves notas sobre dois eminentes filósofos franceses contemporâneos: Marcel Gauchet e Pierre Manent. Primeiramente, apresentar-se-á o pensamento de Gauchet, sublinhando-se a tese (exposta sobretudo na obra *Le Désenchantement du monde*) segundo a qual a sociedade moderna encontra-se atualmente em um processo inexorável de saída da religião. Em seguida, algumas convicções de Manent serão explicitadas no que concerne (1) à religião na sociedade moderna; (2) à influência da democracia moderna na relação tensional entre a religião e a república e, a partir daí (3) à questão que se coloca quanto à relação entre três conceitos: verdade, liberdade e propriedade. Estes três pontos serão trabalhados fundamentalmente a partir do texto *Le vecteur théologico-politique*, encontrado na obra *Cours familial de philosophie politique*. Finalmente, a conclusão será destinada a colocar em evidência algumas consonâncias e também algumas diferenças encontradas a partir da leitura destes pensadores tão profundos quanto renomados.

Palavras-chaves: Religião. Estado. Democracia Verdade. Liberdade. Propriedade.

Data de submissão: 22/03/2018

Data de aceitação: 23/05/2018

1. MARCEL GAUCHET ET LE PROCESSUS DE LA SORTIE DE LA RELIGION

D'abord, il est important de noter que Marcel Gauchet, dans son œuvre *Le Désenchantement du monde*, fait une histoire « politique » de la religion. Il s'intéresse donc au *politique*. Et, bien qu'il soit un non-croyant, il donne une place très spéciale à la *religion* dans ce processus de développement historique de la politique dans l'humanité (jusqu'à nos jours).

La période dans laquelle le philosophe français écrit *Le Désenchantement du monde*, est définie par la fin du marxisme, et Gauchet n'a jamais été marxiste, il s'insère à vrai dire dans une ligne contraire au marxisme. Qu'est-ce qu'est la religion pour le marxisme ? Le marxisme voit dans la religion une forme d'aliénation, une idéologie, une fausse conscience, quelque chose qui ne correspond pas à la réalité. Pour cette théorie, la réalité

est dans l'histoire réelle, matérielle, non pas dans la « fantasmagorie religieuse » ; la religion vient de l'infrastructure, il s'agit d'une mystification, elle est « l'opium du peuple » ; la religion est une légitimation de la domination, un facteur d'influence, elle amène le pauvre à accepter sa condition par le moyen de la création d'un autre monde : « si vous n'êtes pas bien ici, si vous n'êtes pas content ici, alors, ne vous inquiétez pas, il y a un autre monde, et vous serez heureux là-bas, après cette vie ici ». Marx considère que la religion, aussi bien que l'État, n'a pas de réalité, elle est une production de la classe dominante et elle va disparaître un jour.¹

Dans les années 1970, on croyait que la religion était en train de disparaître. On vivait un processus de sécularisation, de sortie de la religion, on ne lui donnait pas beaucoup d'importance. La religion était une illusion, une mystification qui allait s'évanouir. Toutefois, autant on sortait de la religion, autant la religion devenait plus intéressante intellectuellement et un thème privilégié de la pensée. À propos de cela, Gauchet dit:

Paradoxe : depuis deux siècles, la religion n'a cessé de perdre en poids relatifs dans la vie de nos sociétés ; dans le même temps, elle n'a cessé de gagner en importance et en profondeur, aux yeux de ses théoriciens, quant à sa fonction au sein des sociétés. Plus nous nous dégageons de son emprise, plus elle nous paraît rétrospectivement avoir été au cœur du dispositif collectif.²

La question qui se pose à partir de cela est : pourquoi la religion est devenue si importante dans l'histoire de la société ? Pourquoi les sociétés sont-elles fondées sur la religion ? Il y avait l'explication marxiste, mais on commençait à remettre en question cette explication. C'est dans le champ de ces interrogations et en fonction de la conviction de ce que la religion « donne un sens » que la recherche de Marcel Gauchet va se développer. Pour Marcel Gauchet, nous sommes dans un processus inexorable de « sortie de la religion ». La société moderne est celle dans laquelle ce long processus de sortie de la religion a gagné force et accélération. Dans l'intelligence du philosophe, afin de pouvoir comprendre ce processus, il n'est pas simplement nécessaire de s'opposer à des théories qui cherchent à renouveler une apologie de la foi et à relativiser les liens et à atténuer l'emprise sur *l'homo*

¹ L'ironie est que le marxisme appliqué dans la pratique, va se démontrer, de part en part, une religion (terrestre). Le marxisme, bien qu'il critique cette « invention » d'un autre monde, finit par apporter cet autre monde à la réalité de l'immanence, en produisant une relation entièrement terrestre avec cet « au-delà » et en établissant une logique horizontale au lieu de verticale. Cette conception est manœuvrée par le moyen du concept *d'histoire* : l'histoire a une fin, qui est cet autre monde (terrestre), la disparition des classes dans la société, et cette fin donne un sens à l'histoire. Il y a, ainsi, une finalité, une cible qui doit être poursuivie, la société sans classes se pose comme un ciel dans la terre.

² GAUCHET, M.. *La démocratie contre elle-même*. Paris : Gallimard, 2002, p. 27.

religiosus de ce qui l'entoure. Il est nécessaire aussi et surtout de prendre garde à l'illusion que nous procure l'athéisme en ce qui concerne la pensée qui soutient que la religion n'est rien de plus qu'une aliénation, une fantasmagorie, une mystification, une chose absolument déconnectée de la réalité sociale et historique. L'auteur du *Désenchantement du monde* enseigne ainsi :

L'hypothèque à lever est donc double. Il ne suffit pas de s'inscrire en faux contre la reconstruction apologétique dictée par les intérêts de la foi, qui, pour sauver la perpétuité transhistorique de *l'homo religiosus* relativise autant que faire se peut ses attaches et sa dépendance envers le contexte. Il faut tout autant se déprendre de l'illusion où l'athéisme nous plonge, en nous donnant spontanément à penser que le vrai de la dynamique collective se joue forcément à part et au-dessous de ces émanations fantasmagoriques, qui en disent long peut-être sur la psychologie profonde de l'espèce humaine, ou sur le fonctionnement sauvage de la pensée, mais fort peu sur la nature du lien social et sur le moteur réel de l'histoire. L'écran tendu par ce postulat d'inconsistance n'est pas moins opaque que le premier. Peut-être même nous cache-t-il plus sûrement encore ce que c'est qu'une société structurée par la religion et ce que c'est que la religion considérée en fonction de son point primordial d'application dans la réalité.³

Afin de comprendre ces affirmations, il est important de souligner la distinction faite par Gauchet entre la *religion* et la *croyance*. Selon le philosophe, l'homme moderne n'a pas cessé de croire. Cependant, le sens de cette croyance va se modifier profondément, comme on va voir dans l'analyse suivante sur Pierre Manent. On ne croit plus à une religion organisatrice de la politique de la société. La croyance est devenue aujourd'hui une question intime, particulière, intérieure à chaque individu. En ce sens, la société moderne – même si elle est constituée de personnes qui croient – est une société dans laquelle la religion n'organise plus, n'oriente plus, ne définit pas les pratiques et les destins politiques. Ainsi, en dépit du fait qu'il y a toujours des croyants (les personnes qui croient dans leur cœur, dans leur âme, intérieurement), la société moderne n'est plus gouvernée par la religion. Cette pensée va être durement critiquée par Paul Valadier, qui accusera Gauchet d'avoir oublié, dans son analyse, le cas des États-Unis, une société moderne dans laquelle – malgré tout le développement, tout le progrès qu'il y a là-bas – la religion est quand même vivante. Gauchet va répondre à la critique de la façon suivante :

Mais c'est très exactement à eux [les États-Unis] que je pensais en

³ GAUCHET, M. *Le Désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*. Paris : Gallimard. Collection Folio/Essais, 2005, p. 14-15.

parlant d'une société qui 'comporte une majorité de croyants, mais que la croyance n'organise pas'. Il faut s'entendre, évidemment, sur ce qu'organiser veut dire. Je ne veux pas nier par là le rôle sociologique immense de la religion. Ce que j'ai en vue comme organisation se situe à un niveau incomparablement plus profond – formes de pouvoir, formes du lien entre les êtres, formes de l'inscription dans les choses, formes du penser.⁴

Pour Gauchet, la religion, dans son essence, est trouvée dans les sociétés « primitives ». Ces sociétés dites primitives, archaïques, qui vont perdurer jusqu'au XXe siècle, sont appelées par Lévi-Strauss les sociétés « froides », en opposition aux sociétés « chaudes », qui sont advenues à partir de l'invention de l'écriture et de l'État et qui font de *l'histoire* le moteur de leur développement.⁵ Les sociétés archaïques – dites « froides » par Lévi-Strauss – sont les sociétés religieuses dans leur essence, d'après Gauchet. En fonction de cette pensée, qui soutient que la religion, dans son accomplissement maximal, serait dans le principe et que l'histoire de l'humanité démontrerait, dans ce parcours, jusqu'à l'avènement de notre ère moderne, un déclin du religieux, Paul Valadier accusera Marcel Gauchet d'engendrer un hégélianisme inversé⁶ qui montrerait le dépérissement du phénomène religieux autrefois pur. Cela pourrait permettre à Gauchet, selon Valadier, de justifier de façon perspicace sa position « contraire » à la religion (et surtout contraire au christianisme...). Valadier affirme:

Cette identification de l'essence et du primitif permet de poser ensuite une histoire de la dégradation de la forme pure jusqu'à son effacement. Mais comment asseoir cet hégélianisme inversé pour lequel totalité et achèvement sont au principe et non plus au terme final, chez les primitifs et non dans le christianisme ? Par un troisième postulat, à vrai dire central. 3. La religion pure est celle qui montre 'la vérité de son efficience sociale' (p. 38) ; c'est 'le moment de sa domination sans partage' sur le social, marqué par l'opposition au déploiement de la scission. Où a existé une telle domination?⁷

⁴ GAUCHET, M. *La démocratie contre elle-même*. Paris : Gallimard, 2002, p. 85.

⁵ Selon CANTIN, Serge. *Aux sources du Désenchantement du monde de Marcel Gauchet. Éléments pour une généalogie*. Studies in Religion / Sciences Religieuses. 34/3-4 (2005), p. 502 ; Lévi-Strauss dit ainsi : « Il ne faudrait donc pas distinguer des sociétés 'sans histoire' et des sociétés 'à histoire'. En fait toutes les sociétés humaines ont une histoire, également longue pour chacune puisque cette histoire remonte aux origines de l'espèce. Mais, tandis que les sociétés dites primitives baignent dans un fluide historique auquel elles s'efforcent de demeurer imperméables, nos sociétés intériorisent, si l'on peut dire, l'histoire pour en faire le moteur de leur développement ». CHARBONNIER, Georges. *Entretiens avec Claude Lévi-Strauss*. Paris : Union générale d'éditions, 1969, p. 45.

⁶ CANTIN, S. *op. cit.* p. 504.

⁷ GAUCHET, M. *La démocratie contre elle-même*. Paris : Gallimard, 2002, p. 74.

La profondeur de ce hiatus entre les sociétés « froides » et les sociétés « chaudes » peut être vue, par exemple, dans l'arrivée des Européens en Amérique. Dans le Nouveau Continent, ceux-ci rencontrent des sociétés primitives, des personnes qui ne valorisent pas le progrès, l'histoire, mais au contraire qui valorisent la répétition du même, le mythe, l'immuable, la fidélité au passé. L'historicité est pour ces personnes un déchet, une perte. Les Européens découvrent ainsi des êtres tellement différents de leur conception historique européenne qu'ils ne peuvent que ne pas reconnaître ces êtres comme des humains.⁸

Le processus de sortie de la religion, où la société moderne se trouve aujourd'hui de manière très accentuée, est, selon Gauchet, un processus long et qui a eu son commencement il y a environ cinq mille ans. L'apparition de l'État, vers 3,000 avant J.-C., coupe l'histoire en deux et elle établit une façon entièrement nouvelle de mettre en relation la société et la religion. Peu à peu « L'Autre religieux » va cesser d'être antérieur et extérieur au domaine humain et il va commencer à pénétrer au-dedans de celui-ci.⁹ La coupure qui, dans les sociétés « froides », définissait une *séparation* entre les individus présents et leurs ancêtres, entre le maintenant et le passé qui doit être respecté, entre la personne et un ordre qui lui, doit être révérendé et accepté, cette coupure garantissait *l'unité* de la société et établissait une égalité entre ses intégrant. Cette coupure, en fonction de l'apparition de l'État, finit par être enlevée et par déclencher l'apparition d'une scission qui maintenant se met à l'intérieur de la société même, en établissant les relations de pouvoir et en divisant les hommes entre des gouvernants et des gouvernés. L'État installe ainsi une hiérarchie, les divisions sociales, le pouvoir de quelques-uns qui devront alors commander, au nom de la divinité, les autres. Ce qui surgit, avec l'avènement de l'État, est "un lent mais irrésistible processus d'immanentisation et d'autonomisation du lien social".¹⁰ À ce moment, les hommes ont commencé peu à peu à sortir de la religion. L'établissement des séparations entre les gouvernants et les gouvernés, des scissions entre ceux qui ordonnent et ceux qui doivent obéir, ce phénomène si propre à l'apparition de l'État est, d'après Gauchet, le principe de ce processus lent et graduel de sortie de la religion. En ce sens Gauchet dit:

La religion sous sa forme la plus pure et la plus systématique est au départ, dans ce monde d'avant l'État, tel que ses quelques aires privilégiées de survivance, de l'Amérique à la Nouvelle-Guinée, nous auront permis de nous former une image concrète – précaire, assurément, grevée d'incertitudes sans remède, mais à jamais boulever-

⁸ C'est justement cette perception qu'on a quand on lit la lettre de Pero Vaz de Caminha, qui a enregistré l'arrivée des portugais au Brésil, *in* http://objdigital.bn.br/Acervo_Digital/livros_eletronicos/carta.pdf.

⁹ CANTIN, S. *op. cit.* p. 501.

¹⁰ CANTIN, S. *op. cit.* p. 502.

sante, dans sa fragilité, pour nos quiètes certitudes de civilisés. Dès qu'on se trouve dans l'orbite de la domination institutionnalisée, on est au sein d'un univers où le religieux dans sa radicalité originaire est en question, exposé qu'il est au feu d'une machine à déplacer les horizons de vie, de pensée et d'action dont la dynamique ne cessera plus d'ébranler et de desserrer son emprise.¹¹

Il est important de souligner que, chez Gauchet, la religion est essentiellement *politique*. Et pendant des millénaires, notamment jusqu'à l'avènement de l'État, elle a exercé, avant tout, ce rôle politique. Elle l'a effectué par le moyen d'un régime d'*hétéronomie*, qui traduit l'idée d'un règlement qui est extérieur à l'organisation des hommes, qui vient du dehors, qui est donné et que les hommes reçoivent (*hetero* : autre ; *nómos* : loi). Il y a donc une loi qui vient du dehors, de l'autre, de la divinité. Un tel régime d'hétéronomie englobe l'homme et fait que celui-ci se perçoit en tant qu'une partie du tout qui lui est antérieur, qui est immuable et qui doit être honoré, respecté, obéi et qui ne lui convient pas de questionner. Cette divinité qui agit par le moyen de l'hétéronomie se trouve en intime relation avec le monde de l'immanence et le définit, de telle façon que l'on constate une fusion entre le monde divin et le monde terrestre. Les dieux sont dans le monde, ils agissent dans le monde, le monde est donc *enchanté*. Il ne convient pas de le dominer, mais de l'accueillir. Et une fois que les dieux sont dans le monde, il n'y a pas de nécessité d'avoir des intermédiaires, des interprètes privilégiés, la relation s'établit directement entre l'homme et le dieu, entre la communauté et la divinité. Les hommes sont une partie d'un tout, ils sont insérés dans un tout, immuable, qui leur est donné et qu'ils doivent accueillir, auquel ils doivent obéir et se soumettre. Il est intéressant de noter que Gauchet perçoit là, dans ces sociétés primitives régies par l'hétéronomie, l'existence d'un *choix* profondément mystérieux, un « choix arbitraire », fait par les peuples dits archaïques. Ce serait comme si, sachant les risques et les dangers inhérents au fait d'assumer leur histoire, ils choisissaient de rejeter leur entrée dans le processus du développement historique, comme si ils « décidaient inconsciemment » de s'arrêter, en se refusant de prendre en charge l'histoire et de devenir autonomes, modernes. Le philosophe français signale que, bien que le processus historique s'impose, peu à peu, qu'il fasse appel à l'homme primitif pour l'intégrer, cet homme – en fonction de ce choix mystérieux et énigmatique – paraît entrer dans l'histoire, mais *en se tournant littéralement le dos à lui-même*.¹² Ainsi, « demeurer une société essentiellement religieuse », cela signifierait, en quelque sorte, faire ce choix arbitraire, inconscient, cela serait « opter pour la religion »,

¹¹ GAUCHET, M. *Le Désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*. Paris : Gallimard. Collection Folio/Essais, 2005, p. 21-22.

¹² GAUCHET, M. *La démocratie contre elle-même*. Paris : Gallimard, Tel, 2002, p. 41.

pour l'hétéronomie. Gauchet parle d'un homme qui, dans une telle société primitive, choisit de « posséder tout en consentant à sa dépossession ». Et ce serait là, dans ce choix « ambigu », « paradoxal », la clé pour comprendre la religion dans sa propre essence.¹³ Paul Valadier va critiquer durement cette thèse de l'existence d'une décision, d'un choix arbitraire pour la religion. Ce penseur soutient que Gauchet, en affirmant cela, donne à comprendre qu'une telle décision pour la religion serait, à vrai dire, une grande équivoque initiale, un péché originel commis par ceux qui ont adhéré au religieux ; cette « option inexplicable » serait une espèce de handicap provisoire, duquel on devrait chercher à se délivrer, Valadier finissant par insinuer que, peut-être, Gauchet aurait pour but, avec cette thèse, de conclure que tous les choix pour le religieux, même les actuels, seraient une façon pour l'homme de refuser d'entrer dans l'histoire et d'agir avec autonomie.¹⁴ En réponse à Valadier, Gauchet va affirmer:

Admettre qu'il y ait choix, c'est admettre que dans le principe une autre attitude que religieuse est possible. Il faut donc qu'il n'y ait pas de choix, seule une conception intégrant le sens du sacré comme nécessité constitutive et permanente de l'être humain étant recevable. Cela n'établit pas *a contrario* la justesse des idées que j'avance. Cela définit simplement leurs conditions de possibilité au plan des présupposés susceptibles de guider *ici* et *maintenant* l'appréhension de l'objet religieux, puisque aussi bien c'est sur ce plan que se situent en vérité les objections auxquelles il me faut répondre, et très secondairement sur le plan de la cohérence intrinsèque du propos ou de son adéquation aux faits. [...] Il y a une positivité subjective

¹³ « Car ce choix de se posséder en consentant à sa dépossession, en se détournant du dessein de dominer la nature et de légiférer pour son propre compte au profit d'un autre dessein, celui-là de s'assurer d'une identité de part en part définie et maîtrisée, c'est la religion dans son essence même » (GAUCHET, Marcel. *Le Désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*. Paris : Gallimard. Collection Folio/Essais, 2005, p. 18).

¹⁴ « Mais du coup on aboutit à l'in vraisemblable affirmation d'une irrationalité complète, d'une option arbitraire que l'humanité aurait faite de la religion, 'quelque chose comme une décision ou un choix' (p. 33), en réalité une apparence de décision, puisque cet 'acte' s'identifie à une sorte de handicap (provisoire ?) de l'humanité, option inexplicable due 'à une très remarquable difficulté à assumer ce qui constituait [l'histoire]' (p. 41), une sorte d'entrée (de l'humanité) dans l'histoire 'en se tournant littéralement le dos à elle-même'. Option devant laquelle l'interprète avoue ses 'présentes limites' et son inaptitude à 'maîtriser intellectuellement' ce phénomène. Mais malgré les formules embarrassées, on ne sort pas de l'idée que si l'on ne peut plus expliquer le religieux en le dissolvant dans une structure élémentaire, son existence dans l'histoire relève d'un acte irrationnel et arbitraire : choix qui est une bévue (puisqu, le faisant, on tourne le dos à l'histoire) [...] Ici encore ce qui ne se comprend pas soi-même (l'option religieuse qui marque toute l'histoire jusqu'à nous...) est compris par un bon lecteur qui sait, parce qu'il est placé à la fin de l'histoire de la méprise, même s'il avoue ne pas tout savoir : il en sait suffisamment en tout cas pour savoir que *le* religieux relève d'un péché originel dont il n'est pas dupe, lui du moins. Dire qu'il sait est une façon de parler ; il *croit savoir* plus exactement, grâce à un système de projection de soi qui lui permet de remonter à un acte aberrant comme s'il en était le contemporain. Projection surprenante à moins qu'elle ne soit que le voile mis sur la thèse, plus indécente si elle était affirmée comme telle, que tout choix religieux même actuel est une façon pour l'homme de refuser d'assumer son histoire » (GAUCHET, Marcel. *La démocratie contre elle-même*. Paris : Gallimard, Tel, 2002, p. 70-71).

de l'expérience du sacré et du rapport de dette à l'invisible dont on peut dégager le noyau primordial et la gamme des transformations. Simplement, dans sa signification individuelle comme dans sa signification collective, l'attitude religieuse me paraît à considérer comme un *possible* à côté d'autres possibles et non comme une nécessité constitutive et permanente. Et possible hautement sensé – dire que son adoption est sans raison, sans cause extérieure assignable, ce n'est pas dire qu'elle est déraisonnable. Les deux niveaux, personnel et social, communiquent intimement : s'il est une tâche que suggère la théorie de la religion, c'est bien de reconsidérer l'articulation entre organisation subjective et formes du lien social.¹⁵

Alors, conformément à ce que Gauchet nous enseigne, le processus d'abandon de l'hétéronomie et de sortie de cette logique des sociétés essentiellement religieuse, se déclenche à partir de l'apparition de l'État. Celui-ci établit des séparations dans les organisations sociales, entre les gouvernants et les gouvernés et il internalise dans la société une scission qui n'existait pas auparavant (la division concernait exclusivement le binôme divin-terrestre). Cela provoque un bouleversement inédit dans la structure qui fonctionnait jusqu'à ce moment. En ce sens, l'homme – au lieu de se voir simplement comme une partie d'un tout, comme un élément intégrant, inséré dans un ensemble immuable et qu'il ne peut pas modifier – cherchera à se faire sujet de l'histoire, à transformer ce qui l'entoure, à prendre l'histoire et à en faire le moteur de développement de la société. Commence un processus d'abandon de l'assujettissement, un processus afin de devenir sujet, autonome.

Mais ce processus de sortie de la religion ne sera pas possible sinon à cause de l'occurrence des deux autres discontinuités radicales dans l'histoire de l'humanité, qui suivent l'avènement de l'État. La première discontinuité arrive environ 1,000 avant J.-C. et Gauchet la définira, à partir de Karl Jaspers, la « période axiale ». Cette discontinuité va avoir une atteinte énorme (en Perse, en Chine, en Inde, en Grèce, en Palestine) et elle va consister en un établissement d'une « nouvelle représentation du divin conçu comme radicalement transcendant »;¹⁶ cette période est caractérisée par « l'apparition d'une divinité d'outre-monde et d'un rejet religieux de ce monde ».¹⁷ Les religions qui ont surgi à partir de cela (judaïsme, zoroastrisme, bouddhisme, confucianisme, taoïsme et aussi le platonisme), s'insèrent dans un mouvement qui cherche à retirer la divinité du monde de l'immanence, en mettant les dieux dans un plan totalement autre ; ces religions orientent

¹⁵ GAUCHET, M. *La démocratie contre elle-même*. Paris : Gallimard, Tel, 2002, p. 87 et 89.

¹⁶ CANTIN, S. *op. cit.* p. 505.

¹⁷ GAUCHET, M. *Le Désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*. Paris : Gallimard. Collection Folio/Essais, 2005, p. 65.

les hommes à « se détacher de leur monde d'apparences et d'illusions » et « créent ce que Nietzsche a appelé des «arrière-mondes» ». ¹⁸ Et Gauchet, en donnant une attention très spéciale au judaïsme, monothéisme (une invention des juifs), va soutenir que, loin de promouvoir une diminution, un aplatissage de l'homme, cette religion finit par le valoriser dans son caractère d'individu, dans la mesure où elle s'appuie sur un Dieu tout transcendent, qui est dans un autre plan, un autre monde, tout divers par rapport au monde terrestre et, à cause de cela, ce Dieu *tend* ainsi – en fonction de ce détachement de l'organisation sociale – à libérer l'homme. ¹⁹ On dira simplement « tend », parce que le processus de sortie de la religion et de passage de l'hétéronomie à l'autonomie dépendra encore d'une autre discontinuité radicale : l'avènement du christianisme, qui va permettre le surgissement d'un monde humain autonome à partir du monde religieux. ²⁰

La nouveauté inexorable du christianisme est justement le phénomène de *l'incarnation*, un Dieu qui s'incarne, qui se fait homme et qui vient à établir une nouvelle et éternelle alliance entre l'humanité et la divinité. Cela n'avait jamais été conçu auparavant. Mais, en même temps que Dieu s'incarne et habite parmi les hommes, il établit une scission fondamentale entre le monde divin et le monde terrestre. Il révèle que « son royaume n'est pas de ce monde », ²¹ comme le dénonce le dialogue célèbre entre Jésus et Pilate. Dans le christianisme, donc, s'instaure le détachement radical entre *l'ici-bas* et *l'au-delà* ; Dieu se pose comme un étranger par rapport au monde de l'immanence. Cependant, dans la même mesure où s'annonce cette rupture importante entre le religieux et le terrestre, il y a aussi une valorisation du monde empirique, de l'histoire. Un nouveau monde terrestre s'épanouit, à partir du monde religieux (l'établissement d'une alliance nouvelle et éternelle construit un nouveau monde). L'homme est alors appelé à prendre possession de cette réalité nouvelle, à dominer ce monde et à le transformer. ²² Le divin se

¹⁸ CANTIN, S. *op. cit.* p. 505.

¹⁹ Idem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Jean, 18 : 36. Aussi l'abîme entre les mondes peut être déduit à partir de Luc 16 : 26.

²² Il est important ici de rappeler les enseignements de Descartes : « Mais, sitôt que j'ai eu acquis quelques notions générales touchant la physique, et que, commençant à les éprouver en diverses difficultés particulières, j'ai remarqué jusques où elles peuvent conduire, et combien elles diffèrent des principes dont on s'est servi jusques à présent, j'ai cru que je ne pouvais les tenir cachées sans pécher grandement contre la loi qui nous oblige à procurer autant qu'il est en nous le bien général de tous les hommes : car elles m'ont fait voir qu'il est possible de parvenir à des connaissances qui soient fort utiles à la vie ; et qu'au lieu de cette philosophie spéculative qu'on enseigne dans les écoles, on en peut trouver une pratique, par laquelle, connaissant la force et les actions du feu, de l'eau, de l'air, des astres, des cieus, et de tous les autres corps qui nous environnent, aussi distinctement que nous connaissons les divers métiers de nos artisans, nous les pourrions employer en même façon à tous les usages auxquels ils sont propres, et ainsi nous rendre comme maîtres et possesseurs de la nature » (DESCARTES, René. *Discours de la méthode*. p. 34-35, disponible in <http://bibliothequenumerique.tv5monde.com/livre/33/ Discours-de-la-methode>).

détache et le terrestre est livré à l'homme. La relation entre l'homme et le monde temporel est modifiée. L'homme devient sujet et le monde devient objet. Se pose la question qui concerne la *domination du monde*. Le monde maintenant appartient à l'homme, le terrestre concerne celui-ci, les choses du monde sont livrées à l'être humain, le monde n'est plus *animé, enchanté*. Il y a maintenant un sujet qui fait ses propres lois, qui prend les rênes du monde, qui le transforme, qui le domine. Le processus de passage de l'hétéronomie à l'autonomie dénonce que la loi maintenant sera délibérée et décidée par l'homme même, par la société même, sans interférences divines, extérieures ; un processus par lequel le monde n'est plus sujet à l'intervention directe et aux commandes exclusives du divin ; le divin sort de la scène, il disparaît de l'immanence, dans un processus de *désenchantement du monde*. Et dans ce passage de l'hétéronomie à l'autonomie (qui caractérise la société dans laquelle nous vivons aujourd'hui), selon Gauchet, le christianisme joue un rôle capital, étant justement la religion qui a rendu possible cette sortie du monde enchanté, paradoxalement *la religion de la sortie de la religion*.²³

D'après Gauchet, la sortie de la religion est un phénomène éminemment occidental. Et, dans le fond, toutes les sociétés sont appelées à sortir de la religion. La rationalité occidentale est imposée partout, et, une fois que nous prenons les outils de cette rationalité moderne, nous sommes amenés inexorablement à entrer dans le processus de sortie de la religion. Même les communautés les plus restreintes, les organisations religieuses les plus ferventes, même les musulmans, par exemple, qui luttent avec beaucoup de vigueur pour résister à ce mouvement, tous – une fois qu'ils prennent les instruments de la modernité – sont insérés à l'intérieur du processus inexorable de la sortie de la religion.

Mais quelles sont les conséquences d'un processus comme celui-ci, de passage de l'hétéronomie à l'autonomie, de sortie de la religion ? Selon Gauchet, entrer dans le monde moderne, ce n'est pas entrer dans un monde *expliqué par la raison*, c'est plutôt entrer dans un monde où la raison *tente* d'expliquer, sans, toutefois, apporter ces explications souhaitées. Tandis que, dans les sociétés religieuses, il y avait des réponses, des réponses étaient données, la religion apportait des explications ; le monde moderne, en revanche, livre la réalité à l'homme, en lui donnant l'autonomie, mais aussi ce monde le laisse à son propre sort. Tandis que l'intégrant de la société primitive n'était pas proprement un individu, mais quelqu'un qui faisait partie d'un tout immuable, lié au passé, à la communauté, il savait quelle était sa place et il recevait des réponses ; nous, modernes, au contraire, nous sommes devenus des individus, sujets, autonomes, entièrement

²³ GAUCHET, M. *Le Désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*. Paris : Gallimard. Collection Folio/Essais, 2005, p. 11.

responsables, mais aussi dramatiquement dépossédés d'explications. En ce sens, bien que l'autonomie libère l'homme et l'appelle à prendre les rênes de son histoire, à se donner ses propres règles et à transformer le monde, cette autonomie n'apporte pas des réponses aux questions les plus fondamentales de l'existence humaine. Nous sommes des sujets, autonomes, libres, dans une société de démocratie libérale, mais ce n'est pas pour autant que nous avons (nous, les sujets) des éclaircissements à nos questions les plus essentielles. Comme nous indique Alexis de Tocqueville, le passé n'éclaire plus l'avenir et l'esprit maintenant, bien qu'il prenne possession de l'autonomie, marche dans les ténèbres.²⁴ Ce risque aurait été détecté par les sociétés primitives, qui donc auraient fait ce *choix inconscient* de refuser d'entrer dans l'histoire et de devenir des sujets autonomes. Elles *possédaient tout en consentant à leur dépossession*.

Sortir de la religion, c'est sortir d'un monde régi par une *altérité fondamentale*, c'est sortir d'un régime de *dépossession de soi*. L'individu-sujet l'a fait comme cela, quand il a saisi l'autonomie et est entré dans la démocratie moderne. Si, d'un côté, l'homme s'est libéré des entraves propres à l'intégration d'une communauté religieuse, d'un autre côté, la conséquence néfaste qui peut être constatée c'est que, en faisant ainsi, l'homme a fini par s'enfermer dans la production et la transformation du monde, en s'occupant, de façon infatigable et exclusive, à exercer son autonomie ; le résultat de cela est le mépris que l'homme-individu-sujet jette sur la nécessité de réflexion par rapport à toutes les questions les plus fondamentales de sa propre nature ; l'homme moderne finit par escamoter les

²⁴ « Quoique la révolution qui s'opère dans l'état social, les lois, les idées, les sentiments des hommes, soit encore bien loin d'être terminée, déjà on ne saurait comparer ses œuvres avec rien de ce qui s'est vu précédemment dans le monde. Je remonte de siècle en siècle jusqu'à l'antiquité la plus reculée ; je n'aperçois rien qui ressemble à ce qui est sous mes yeux. Le passé n'éclairant plus l'avenir, l'esprit marche dans les ténèbres ». (TOCQUEVILLE, A. de. *De la démocratie en Amérique*. Paris : Institut Coppet, 2012, p. 614).

défis les plus sérieux de son existence même. Les dites « questions sans réponse »²⁵ – bien qu’elles viennent parfois inexorablement à troubler la pensée de l’homme moderne – finissent par être déconsidérées, méprisées, oubliées.

En ce sens, contrairement à l’homme de la religion, l’homme moderne, autonome, marche dans les ténèbres. Et il est important de noter aussi que, une fois que l’homme moderne est dans l’histoire et qu’il n’a plus la religion pour lui donner des réponses, c’est maintenant la question *politique* qui va s’imposer et se poser de façon encore plus aiguë. L’homme est seul, autonome, il marche dans les ténèbres de sa rationalité moderne et il doit encore inexorablement chercher à vivre ensemble, avec l’autre, son cosociétaire. Et cela devant une coupure profondément ouverte tout au sein de la société, une coupure qui établit des divisions, des hiérarchies, des pouvoirs et des différences, un grand abîme qui s’est installé comme un héritage à cause de la sortie de la divinité du monde de l’immanence.

2. PIERRE MANENT, LA LIBERTÉ MODERNE, LA VÉRITÉ ET LA PROPRIÉTÉ

Dans le Chapitre II (*Le vecteur théologico-politique*) de son œuvre *Cours familier de philosophie politique*, Pierre Manent nous enseigne que notre régime de la liberté moderne peut être défini par l’organisation de *séparations* et il se demande s’il y aurait une séparation

²⁵ Gauchet dit que « Le déclin de la religion se paie en difficulté d’être-soi ». La société d’après la religion est une société « psychiquement épuisante pour les individus, où rien ne les secourt ni ne les appuie plus face à la question qui leur est retournée de toutes parts en permanence : pourquoi moi ? Pourquoi naître maintenant quand personne ne m’attendait ? Que me veut-on ? Que faire de ma vie quand je suis seul à la décider ? Serai-je jamais comme les autres ? Pourquoi est-ce que cela – la maladie, l’accident, l’abandon – tombe sur moi ? À quoi bon avoir vécu si l’on doit disparaître sans laisser de traces, comme si, aux yeux des autres, vous n’aviez pas vécu ? Nous sommes voués à vivre désormais à nu et dans l’angoisse ce qui nous fut plus ou moins épargné depuis le début de l’aventure humaine par la grâce des dieux » (GAUCHET, Marcel. *Le Désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*. Paris : Gallimard. Collection Folio/Essais, 2005, p. 406). On peut vérifier une similitude remarquable entre ces questions sérieuses que nous pose Gauchet et les *Pensées* de Blaise Pascal. Quand celui-ci parle de « l’homme placé entre deux infinis », il affirme que « III - Quand je considère la petite durée de ma vie absorbée dans l’éternité précédant et suivant : le petit espace que je remplis et même que je vois ; abîme dans l’infinie immensité des espaces que j’ignore et qui m’ignorent, je m’effraye et m’étonne de me voir ici plutôt que là ; car il n’y a point de raison pourquoi ici plutôt que là, pourquoi à présent plutôt que lors. Qui m’y a mis ? Par l’ordre et la conduite de qui ce lieu et ce temps a-t-il été destiné à moi ? *Memoria hospitis unius diei praetereuntis* [L’espoir de l’impie est comme un duvet chassé par le vent, comme l’écume poussée par le flot, comme la fumée qui se perd dans les airs, comme le souvenir de l’hôte d’un jour qui n’a fait que passer]. IV – Pourquoi ma connaissance est-elle bornée ? ma taille ? ma durée ? à cent ans plutôt qu’à mille ? Quelle raison a eue la nature de me la donner telle, et de choisir ce nombre plutôt qu’un autre dans l’infinité ? Desquels il n’y a pas plus de raison de choisir l’un que l’autre, rien ne tentant plus que l’autre » (PASCAL, Bl. *Les Pensées*. Paris : P. Lethielleux, 1896, p. 40).

qui pourrait être interprétée comme la principale.²⁶ Il mentionne la séparation entre la société et l'État, il note aussi la séparation entre le représenté et le représentant, mais il observe l'existence d'une séparation qui est dotée d'un caractère très spécial, celle qui concerne *l'Église*, d'un côté, et *l'État*, de l'autre. Manent affirme que depuis la querelle des Investitures au XIe siècle²⁷ jusqu'à la crise en France, déjà au XXe siècle, entre l'Église catholique et la République, l'histoire d'Europe est décisivement marquée par le conflit entre le politique et le religieux, en ajoutant qu'on a le sentiment qu'une résolution minimalement acceptable pour cette question est advenue seulement avec la séparation de l'Église et de l'État.

La République française n'aurait rencontré sa stabilité qu'à partir de la loi de 1905, Manent argumentant que n'importe quelle tentative de *mettre en question cette séparation*, cette idée de *laïcité*, ça signifie (en France) de la même manière, mettre en question le *régime politique lui-même*. La présence islamique croissante dans ce pays aurait ranimé le débat à ce sujet. Une religion où ses membres *refusent, ignorent la séparation entre l'Église et l'État*, une religion où ses membres croient vraiment et rigoureusement à un Dieu et à son indiscutable *intervention* dans le *champ politique*, une religion où les adeptes ne font pas de distinction entre le temporel et le spirituel et qui, parfois, sont prêts à mourir pour cette cause, cela choque et déconcerte.

Aux arguments qui soutiennent que les adeptes de cette religion doivent *s'adapter à l'idée de la laïcité* et qu'ils doivent se soumettre à la *séparation religion-État*, s'opposent les arguments qui défendent qu'intervenir dans le cadre de la religiosité, en dictant des façons adéquates à sa pratique et à sa manifestation, cela serait attaquer le respect de la propre *identité* de ces personnes, chose qui ne pouvait être admise dans un régime de liberté moderne. Selon Manent, les défenseurs de ce deuxième courant comparent la question française avec ce qui arrive au Royaume-Uni. Dans ce pays, il y aurait plus de tolérance et les personnes auraient plus de liberté d'expression dans l'espace public pour manifester

²⁶ À la page 27 de cette œuvre, Manent écrit ceci sur le thème du mouvement de séparation dans la démocratie moderne : « Si le mouvement de distinction, ou de séparation, est un aspect fondamental de la démocratie moderne, on peut distinguer, ou séparer, plusieurs grandes catégories de séparations. J'en vois au moins six : séparation des professions, ou division du travail ; séparation des pouvoirs ; séparation de l'Église et de l'État ; séparation de la société civile et de l'État ; séparation entre le représenté et le représentant ; séparation des faits et des valeurs, ou de la science et de la vie » (MANENT, P. *Cours familier de philosophie politique*. Paris : Gallimard, 2007, p. 27).

²⁷ Cette querelle a opposé la papauté et le Saint-Empire romain germanique entre 1075 et 1122. Tandis que les souverains, détenteurs du pouvoir temporel, comprenaient que le fait de confier des biens matériels aux évêques permettait à ces souverains de choisir les représentants du pouvoir spirituel, le pape, à son tour, soutenait – surtout à partir de la réforme grégorienne – que c'était son devoir de contrôler – et ainsi choisir – les prêtres et les évêques. Ce fait oppose donc le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel.

leur croyance sans avoir peur d'être accusées de risquer la séparation religion-État et l'idée de laïcité. En ce sens, la laïcité française *couperait l'individu en deux*, ayant, d'un côté, *le croyant* (aussi fervent qu'il soit) et, de l'autre, *le citoyen*, seulement et rien de plus que le citoyen. Les images divulguées dans le journal Le Monde (le 24 août 2016), où des policiers vérifiaient les vêtements d'une musulmane à la plage de Nice, en lui ordonnant qu'elle retire son voile, et ce, devant les gens qui étaient autour d'elle, ces images sont vraiment représentatives du débat sur la laïcité.²⁸

Mais au-delà de l'islam, Manent affirme que la relation entre la religion et l'État dans les démocraties modernes ne va pas sans complexités et obstacles. Le penseur présente le problème de *l'avortement*. Tandis que plusieurs États *autorisent* l'interruption d'une grossesse non planifiée, non désirée, en argumentant que l'individu dispose de son propre corps et que des problèmes graves peuvent arriver à la femme dans des cas dramatiques comme la situation du viol, *l'Église*, de l'autre côté, se positionne totalement et radicalement contre ce type de pratique, en soutenant la protection inconditionnelle de la vie dans toutes les circonstances (en ce sens, cette orientation correspond au cinquième commandement du Décalogue qui établit l'interdiction de tuer). Il est intéressant de remarquer les effets d'une telle séparation. Tandis que *la femme* peut, avec l'appui de l'État, pratiquer l'avortement (au moins dans certaines circonstances²⁹), *le médecin* a le droit de refuser de pratiquer cet acte en fonction d'un impératif de conscience. Deux options ressortent, les deux sont protégées par l'État. Il est important de noter que, dans le champ juridique, devant une telle situation de résolution difficile en fonction du conflit entre les principes constitutionnels (l'autonomie, le droit au propre corps, le droit de faire ses propres choix et la préservation de la santé, d'un côté ; la protection à la vie de l'enfant à naître et l'interdiction de tuer, d'un autre côté), le *principe de la proportionnalité* entre en scène, en appliquant une pondération des biens/intérêts en jeu, en cherchant le moins de dommages possibles selon la situation. En ce sens, des problèmes difficiles comme

²⁸ http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/08/24/les-photos-d-une-femme-contrainte-d-enlever-son-voile-a-nice-susci-tent-emoi-et-incomprehension_4987497_3224.html

²⁹ Il est utile de mentionner la décision récente (le 29 novembre 2016) de la cour suprême brésilienne qui a délibéré que l'interruption de la grossesse jusqu'au troisième mois ne peut être considérée comme un délit. Ainsi, la pratique de l'avortement, dans ces circonstances, a été décriminalisée. Selon le juge Luís Roberto Barroso, la criminalisation de l'avortement exécuté dans les trois premiers mois de la gestation transgresserait les droits sexuels et reproductifs de la femme, le droit à l'autonomie de faire ses choix et le droit à l'intégrité physique et psychique. Il a dit aussi que cette criminalisation atteindrait surtout les femmes pauvres, obligées d'utiliser le service public de santé et qui n'ont pas de moyen de faire cette procédure de façon privée ou de se déplacer aux lieux où cette pratique est permise et là donc faire l'interruption de la grossesse. En plus, le juge a fait référence que la pratique n'est pas interdite, au moins dans certaines circonstances, aux États-Unis, au Canada, en Allemagne, en France, en Italie, en Portugal, au Royaume-Uni et aux Pays-Bas. (<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> ; <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/11/1836895-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-decide-turma-do-suprem-o.shtml>).

celui-ci seront, dans la majorité des situations, résolus conformément à des circonstances spécifiques inhérentes à chaque cas particulier.

Cette question se vérifie aussi dans des cas moins graves mais qui également provoquent des débats énergiques. Dans quelques villes aux États-Unis, les crèches de Noël ont été retirées des lieux publics. On a justifié ça par l'argument selon lequel cette représentation exprime une seule religion, ce qui est contraire à la détermination de la laïcité de l'État. Manent affirme que les critiques à cette opinion, à leur tour, manifestent des préoccupations par rapport aux dangers qu'une *séparation totale entre le public et le privé* pourrait apporter, l'espace public finissant par, devant une telle laïcité, devenir totalement vide.³⁰

Au Brésil (pays inséré dans une culture nettement chrétienne), il y a quelques années, il y a eu un débat très percutant sur la question du retrait des crucifix des départements publics et gouvernementaux. Ce débat juridique a suscité beaucoup de manifestations. Un juge de la cour suprême brésilienne a dit qu'il y avait une certaine exagération de la part du Ministère Public, instance qui a proposé le procès. Ce sujet n'était pas une priorité en comparaison aux autres graves problèmes auxquels l'État brésilien devait faire face (les prisons surchargées, le manque de sécurité dans les rues, les graves violations des droits humains qui ont lieu en dehors et même au-dedans des départements gouvernementaux, comme dans les postes de police). Pour ce juge, beaucoup de signes qui sont vus comme religieux ne seraient, en réalité, que l'expression d'une civilisation occidentale chrétienne. Dans ce sens, la question ne pouvait pas être amenée à des extrêmes. Il dit : « Si on voit cette question en profondeur et si on finit par assumer une position radicale par rapport à ça, je me demande si nous allons finir par réviser le calendrier. Le samedi, le dimanche vont-ils être revus ? Pâques, Noël ? Ce sont des jours fériés nettement religieux. J'espère qu'on n'ordonnera pas de faire tomber la statue du Christ Rédempteur ».³¹

Dans le but de chercher à comprendre l'évolution récente du politique et du religieux, chacun en soi-même et aussi dans son interaction l'un avec l'autre, Manent va utiliser

³⁰ Cette pensée peut être constatée aussi dans le « Chapitre VIII – La démocratie sans la nation ? » du livre « Enquête sur la démocratie », où Manent expose, de façon très percutante, les dangers propres au surgissement d'un *vide* entre les individus et l'État. Il soutient l'existence aujourd'hui d'une crise du concept de *nation*. La nation jouait le rôle d'intermédiation entre les individus et l'État. Dans la mesure où cette notion est en train de disparaître, disparaît aussi cette liaison politique entre les individus (maintenant, il y a, d'un côté, le public et, d'un autre, le privé, les individus ; une démocratie sans corps politique, une « démocratie des individus » s'établit, où l'espace politique est devenu complètement vide). In MANENT, P. *Enquête sur la démocratie : études de philosophie politique*. Paris : Gallimard, 2007, p. 166 et les pages suivantes.

³¹ <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/gilmar-mendes-critica-discussao-sobre-simbolos-religiosos-em-tribunais-tomara-que-nao-mandem-derrubar-o-cristo-redentor/>

l'œuvre gauchetienne *Le Désenchantement du monde*. Conformément à ce qui nous avons vu ailleurs, Gauchet comprend que *nous sommes sortis de la religion* (religion comprise dans le sens d'organisatrice, structurante de la société). La religion ne commande plus la forme politique de la société, ne définit plus « l'économie du lien social ». ³² Et le christianisme est précisément « la religion de la sortie de la religion ». ³³ D'après Gauchet, le *problème actuel de la laïcité* est inséparable du *problème actuel de la religion*, le premier étant une conséquence du second.

Le problème actuel de la religion serait l'affaiblissement et la réduction des églises, la perte d'adeptes, la diminution des vocations, mais surtout le problème ne serait pas dans un changement extérieur, quantitatif, mais au niveau *qualitatif*. Il y aurait une transformation *des propres adeptes*, qui *comprennent la religion d'une façon différente*. L'Église ne peut plus définir leurs croyances, orienter leurs choix politiques ou réguler leurs coutumes. Le sens intime de la croyance a changé. ³⁴ On passe de la *tolérance* (comprise en tant que principe politique) au *pluralisme* (où le croyant intègre la vraie possibilité d'existence d'autres croyances légitimes, un pluralisme qui se fait dans la tête des gens). La *relativisation intime* de la croyance est un produit de notre siècle, l'esprit démocratique pénétrant dans l'intérieur de l'esprit de la foi, en arrivant à la métamorphose des convictions en identités religieuses.

Dans cette conjoncture, Marcel Gauchet – selon Manent – conceptualiserait le *croyant contemporain* non pas comme celui qui cherche, dans la religion, une vérité objective universelle ou comme celui qui pense comment les hommes *devraient croire*. Le croyant contemporain est celui qui, en choisissant sa religion, *se choisit à lui-même*, la croyance se définissant comme une *chose subjective*, une *identité*. Il ne cherche plus à convaincre l'autre, à argumenter en sa faveur, à soutenir qui a raison et qui a tort. En revanche, il

³² MANENT, P. *Cours familial de philosophie politique*. Paris : Gallimard, 2007, p. 42.

³³ GAUCHET, M. *op. cit.*, p. 11 ; MANENT, P. *op. cit.*, p. 42 ; aussi on peut comprendre cela à partir de GAUCHET, M. *La démocratie contre elle-même*. Paris : Gallimard, Tel, 2002, p. 55-56 e 84-86 et CANTIN, S. *op. cit.* p. 504-507.

³⁴ MANENT, P. *op. cit.*, p. 43. Je me rappelle d'un fait qui exprime bien cette situation : en octobre 2005 il y a eu un référendum au Brésil afin de décider d'interdire ou non le commerce d'armes à feu. À la fin d'une messe, le prêtre a fait une orientation politique, en recommandant aux gens de voter en faveur de l'interdiction, en argumentant que les catholiques doivent être un peuple pacifique et doivent lutter ainsi pour un monde de paix. À ce moment-là, j'ai vu deux messieurs qui parlaient sur la question devant la porte d'entrée de l'église et ils disaient que le prêtre ne devait pas se mêler de ce type de sujet et que sa fonction n'est pas celle d'orienter les choix politiques des citoyens. Enfin, l'orientation en faveur de la permission du commerce des armes a gagné (63,94% des personnes - 59.109.265 des votes – en faveur du commerce d'armes à feu et 36,06% de personnes - 33.333.045 des votes – en faveur de l'interdiction). <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005> ; <http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/em-2005-63-dos-brasileiros-votam-em-referendo-favor-do-comercio-de-armas-17786376>.

n'admet pas la critique, ni l'argumentation contraire à sa croyance. Cela est une question de conviction intime, un choix personnel, une identité. Dans ce sens, la critique adressée contre sa croyance est vue comme un manque de respect, une agression personnelle.³⁵

L'absorption de la *religion* par la *démocratie* a déterminé la transformation de la *République*, son grand adversaire. Jusqu'en 1970 (selon Gauchet) jusqu'au Concile Vatican II (d'après Manent), la *religion* exerçait une *hétéronomie collective*. Gauchet constate là une *institutionnalisation de la vérité objective* à laquelle les gens devaient se soumettre. De son côté, la *République* était une *autonomie collective*, gagnée en dépit de la religion. Maintenant, la religion est absorbée par la démocratie et la tension disparaît. La religion devient une chose individuelle et la République, avec la laïcité, *perd son adversaire*, son âme, sa compagne. L'indispensable mouvement tensionnel est défait, il s'est évanoui.

Dans ce sens, l'épuisement de la conception républicaine et la ruine du communisme peuvent être interprétés à partir de l'optique suivante : République et communisme sont *deux grands projets de construction d'une cité de l'homme, où il fait l'expérience de sa propre souveraineté*.³⁶ Les deux projets sont retombés. Le totalitaire a échoué, le démocratique a obtenu un succès trop excessif. Manent dit ainsi sur le sujet : « l'autonomie collective – la République –, en se dressant contre l'hétéronomie collective – la religion –, a fini par produire le triomphe de l'autonomie individuelle, de la pure démocratie qui a finalement absorbé la République aussi bien que la religion »³⁷.

On produit donc, d'un côté, un monde *satisfait*, dans la mesure où l'individu a obtenu son *autonomie complète*, et, d'un autre côté, un monde *désolé*, puisque les questions les plus déterminantes pour l'homme ne sont plus pensées, elles sont ignorées, éloignées de son existence. La réalisation de la démocratie a impliqué le renoncement à penser les problèmes les plus fondamentaux, les plus déterminants de la propre condition humaine.³⁸

Manent analyse l'histoire théologico-politique occidentale, dont la singularité est attribuée par Gauchet à la propre singularité de la *religion chrétienne*, entendue comme « la religion de la sortie de la religion ». En examinant l'histoire des religions, Manent dit

³⁵ MANENT, P. *op. cit.*, p. 44.

³⁶ MANENT, P. *op. cit.*, p. 45.

³⁷ Idem.

³⁸ MANENT, P. *op. cit.*, p. 46. Effectivement, Manent et Gauchet sont d'accord en ce point. Nous pouvons nous rappeler dans ce sens de la page 406 du *Désenchantement du monde* de Gauchet et aussi de la page 40 des *Pensées* de Pascal, où ces deux grands penseurs posent des questions très sérieuses sur l'existence humaine.

que les religions *païennes*, grecque et romaine, sont définies comme des religions *civiques*, « municipales », selon Tocqueville. Les dieux sont ceux de la ville, localisés, municipalisés. « La communauté religieuse redouble la communauté politique »³⁹ Les deux se confondent. À ces religions s'opposent les religions *révélées*, *universalistes*, *spirituelles*, qui transmettent un message de Dieu qui s'adresse à chacun, un Dieu auquel chacun peut se convertir. Dans ce cadre, Manent demande : qu'est-ce qu'il y a de commun entre ces religions révélées et les religions païennes ? Le judaïsme et l'islam certes rejettent l'idolâtrie des religions païennes, mais elles ont en commun avec celles-ci *la confusion ou fusion entre le politique et le religieux*, même s'il y a des différences : tandis que les dieux grecs sont les dieux de la cité, le peuple d'Israël est le peuple de Dieu. Alors que la religion grecque est moulée sur la forme politique, le peuple d'Israël, en tant que communauté humaine, est encadré sur la forme religieuse, sur la loi conférée par Dieu. L'accueil de la loi de Dieu définit l'appartenance à Israël, on arrive à la même chose dans le cas de l'islam. La loi de Dieu régule toutes les actions des membres de la communauté : *la communauté politique est la religieuse, la communauté religieuse est la politique*.⁴⁰

Selon Manent, « la religion chrétienne est différente. Elle se définit moins par une loi que par une foi ».⁴¹ Être chrétien, c'est avant tout *croire* ; croire à certains dogmes, croire à l'incarnation, à la Trinité. Dans ce sens, le christianisme se détourne du monde, en le laissant comme il est, en laissant les institutions politiques telles qu'elles sont, « rendre à César ce qui est à César ».⁴² Alors, on doit « *distinguer* le domaine de *César* et celui de *Dieu* ».⁴³ C'est la raison pour laquelle on attribue au Christianisme, selon Manent, le rôle décisif dans la formation de la démocratie moderne (d'un monde où l'homme est l'auteur souverain de la loi humaine). Manent affirme que, si Gauchet voit le Christianisme en tant que la religion de la sortie de la religion, c'est justement parce que « le Christianisme est la seule religion qui libère l'espace profane ».⁴⁴

Mais également le Christianisme n'est pas *apolitique*. Il établit une « communauté humaine inédite » et pose un problème politique inédit. La communauté humaine inédite est *l'Église*, une communauté universelle réelle à laquelle tous sont appelés à appartenir, une communauté qui affiche un principe propre, la charité, et une organisation spécifique,

³⁹ MANENT, P. *op. cit.*, p. 46.

⁴⁰ MANENT, P. *op. cit.*, p. 47.

⁴¹ Idem.

⁴² Matthieu, XXII, 21.

⁴³ MANENT, P. *op. cit.*, p. 48.

⁴⁴ Idem.

une hiérarchie ecclésiastique. Il s'agit d'une communauté non politique, mais qui touche et fait concurrence aux communautés politiques ; une concurrence non frontale, directe, mais indirecte, puisqu'elle s'adresse à chaque homme et femme, en leur promettant l'appartenance à une communauté parfaite.

Le problème politique spécifique créé en fonction de la religion chrétienne, c'est *l'ambivalence de l'Église*. Si, d'un côté, l'Église *libère* l'espace profane, laisse les communautés politiques libres de s'organiser (l'Église, au contraire de la synagogue, n'apporte pas une loi politique), de l'autre côté, elle *dévalorise* les sociétés politiques. Elle critique le principe de ces sociétés (amour de soi et dévalorisation de Dieu) au nom de son principe (amour de Dieu et dévalorisation de soi), en détruisant la légitimité de ces sociétés.⁴⁵ Dans ce cadre, l'Église refuse à la fois de gouverner les hommes, mais dévalorise ceux qui se consacrent à une telle entreprise. Cela ne va finir que par empêcher les hommes de se gouverner d'une manière adéquate. On introduit une confusion qui est dénoncée par beaucoup de grands penseurs, de Marx à Hobbes, de Hobbes à Rousseau, et celui-ci finit par dire que « il a résulté de cette double puissance un perpétuel conflit de juridiction qui a rendu toute bonne *politie* impossible dans les États chrétiens ; et l'on n'a jamais pu venir à bout de savoir auquel du maître ou du prêtre on était obligé d'obéir ».⁴⁶

Il faut trouver une solution à ce problème. Et la solution sera de couper ce nœud, de mettre en œuvre une *grande séparation*, de séparer le plus complètement possible le *pouvoir* de *l'opinion* (surtout l'opinion religieuse). Il faut priver de fondement la dangereuse et inintelligible notion du pouvoir spirituel. L'institution religieuse n'aura plus de pouvoir, sauf celui d'enseigner à ceux qui veulent l'écouter ; le pouvoir n'aura plus d'opinion, surtout d'opinion religieuse. Manent affirme que cette idée, qui est seulement appliquée au XIXe et XXe siècles, est déjà entièrement conçue au XVIIe siècle.

Mais Manent demande : comment est-ce qu'une institution humaine peut être séparée de toute opinion ? Il faut concevoir qu'indépendamment de leurs opinions sur Dieu, sur le Bien, sur le monde, les personnes désirent, inexorablement *vivre, être libres, chercher le bonheur* selon leur propre conscience. Il y a, ainsi, des exigences auxquelles l'homme ne peut pas renoncer. Ce sont *les droits de l'homme*. C'est ici que l'État va trouver son fondement : implantation, protection, garantie des Droits de l'Homme.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ ROSSEAU, J.-J. *Du contrat social, ou principes du droit politique*. Leipzig : Gerard Fleischer, 1796, p. 300.

La séparation « pouvoir spirituel » et « pouvoir temporel » cédera sa place à la scission « pouvoir sans opinions » (État laïc) et « opinions sans pouvoir » (société dans sa diversité). C'est dans ces termes qu'est résolue l'énigme posée par le surgissement du christianisme : on établit un État *libéral* qui *protège les droits* mis en œuvre dans le domaine de la société civile.

Mais Manent se demande si cette solution est en fait vraiment durable et satisfaisante, en ajoutant que Gauchet suggère que notre formule politique et morale apporte une *impasse* en ce qui concerne les questions de la *vérité* et de la *communauté*. En caractérisant le mouvement politique de la démocratie moderne comme *libérateur* ou émancipateur, Manent affirme que, au contraire de l'Ancien Régime (où prévalait le mélange entre le pouvoir temporel et celui spirituel et où étaient donnés des mandements *inintelligibles*), l'Europe et ses colonies de l'Amérique du Nord ont élaboré un pouvoir avec de nouveaux contours, qui ne donne pas d'ordres incompréhensibles, mais un pouvoir qui *représente*. Il représente les désirs nécessaires, légitimes, en protégeant et assurant les droits à la vie, à la liberté, et à la recherche du bonheur. Il s'agit de *l'État représentatif*, défini à partir des *séparations*.

Cette auto-affirmation de la liberté devra passer par la médiation des séparations, séparations qui sont des *abstractions*. Le citoyen croyant, afin d'être un bon citoyen, doit faire abstraction de sa religion. Et cette auto-affirmation de la liberté s'établit en deux moments : celui de la *société* et celui de *l'État*. L'individu est *agent* dans la société civile et est *représenté* dans et par l'État. La société civile et l'État sont *deux pôles* (indispensables) d'un *dispositif*.⁴⁷

Dans ce sens, les libéraux et leurs adversaires, chacun soutenu par ses propres motifs, auraient raison et seraient devant *un même arrière-plan tissé par la liberté moderne*. Alors que les libéraux soutiennent que chacun doit pouvoir exercer librement son droit à la vie, à la liberté et à la recherche du bonheur, leurs adversaires défendent que seulement un État puissant et fortement représentatif pourrait être un vrai instrument pour éviter que les pouvoirs sociaux imposent de nouvelles formes d'aliénation et de domination.⁴⁸

Les avancées et les reculs de l'action étatique, les pratiques plus agressives ou les pratiques de retrait de l'intervention de l'État, les régulations et les dérégulations, les oscillations propres à ces mouvements dans la scène politique pourraient être interprétées, d'après

⁴⁷ MANENT, P. *op. cit.*, p. 51.

⁴⁸ Idem.

Manent, dans une perspective *d'auto-affirmation de la liberté*. Aussi, le discrédit actuel de l'État et les critiques acheminées vers lui ne révéleraient que le fait que l'État est devenu un *instrument*, la liberté n'ayant besoin de lui que comme une communauté qui se sert d'un « gardien de square ». Manent dit lumineusement : « L'État le plus moderne serait nécessairement l'État le plus modeste ».⁴⁹ Cet État assume beaucoup plus une fonction *spirituelle, symbolique* : l'État est nécessaire à *la prise de conscience* de l'individu comme *citoyen*. Manent parle d'un « dispositif de la représentation » où l'État serait neutre, abstrait, au-dessus de la société, un État auquel l'individu peut se reporter en tant que citoyen et revendiquer que lui, l'État, le *représente*. Manent ajoute que cet État se montre indispensable à la réflexion, à la subjectivation de la liberté moderne.

En parlant de la séparation entre l'État et la société, Manent dit que, même ce type de séparation, apporte aussi des effets maléfiques. « Je ne suis jamais tout entier nulle part. Moitié bourgeois, moitié citoyen, je suis toujours inconfortablement et parfois douloureusement divisé ».⁵⁰ Cette critique permet de comprendre des penseurs comme Rousseau (qui a conçu une *volonté générale*) ou Marx, celui-ci affirmant que, dès lors que l'humanité moderne doit arriver à sa *réalisation*, il faut que cette *séparation* entre l'État et la société civile soit *dépassée*. Manent affirme qu'une telle pensée est compréhensible : un régime qui est basé sur des séparations – et des séparations peut-être artificielles, abstraites –, une situation comme telle déclenchera des mouvements tendant à son *abolition* ou à son *unification*.

Dans cette même idée de surpassement de la séparation, on peut entendre le mouvement social et moral décrit au début du texte de Manent ; un dépassement mais sans sortir de la logique de la liberté moderne. Au-delà d'une protection de l'homme sans opinion, de l'homme en général, de l'homme abstrait, on demande maintenant à la société et à l'État *la tutelle des droits de l'homme concret, de l'homme avec toutes ses appartenances, ses particularités*.⁵¹ On demande qu'on reconnaisse et qu'on accepte l'identité culturelle, la religion, les orientations, toutes, n'importe lesquelles, et cela à partir de la simple *déclaration* de l'individu. Un respect inconditionnel est dû à partir du simple moment où l'individu se déclare ainsi. On surmonte le domaine occupé par un pouvoir laïc, éloigné

⁴⁹ MANENT, P. *op. cit.*, p. 52.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ MANENT, P. *op. cit.*, p. 53. Gauchet dit, à son tour, que la politique intéresse l'individu d'aujourd'hui « dans la mesure où elle offre une scène à sa singularité identitaire » (GAUCHET, Marcel. *La condition historique. Entretiens avec François Azouvi et Sylvain Piron*. Paris, Stock, 2003, p. 329 ; il est intéressant de voir aussi ce que dit Gauchet à la page 334 : « Tout le monde aujourd'hui a quelque chose à demander à la politique, à commencer par la reconnaissance d'une existence ressentie comme tellement précaire qu'elle appelle une certification publique »).

de toutes et quelconques opinions. À sa place rentre *un pouvoir qui doit embrasser et accepter énergiquement toutes les opinions et les façons de vivre.*

Manent constate l'existence, dans un certain sens, d'un phénomène inversé à celui qui a amené à la séparation entre l'Église et l'État. Pourtant, également, il s'agit d'un prolongement de ce mouvement de séparation, dans la mesure où on n'abandonne pas la logique individualiste et bourgeoise. Et ici Manent accentue le concept de *propriété*,⁵² une propriété qui va au-delà des biens, de la vie et de la liberté, une propriété qui atteint les opinions, les valeurs, les identités, les orientations. L'individu est propriétaire de tout ce qui le constitue, et l'État et la société doivent émettre une approbation explicite à ce respect.

A titre de conclusion, Manent affirme que, tout d'abord, on a perçu un ordre qui dépendait d'un *pouvoir spirituel*, qui cherchait à gouverner seulement de manière indirecte. Afin de surmonter les problèmes qui résultaient de cet ordre (ou désordre), on a envisagé de mettre en œuvre un ordre qui privilégiait *l'humain*, en ayant ainsi pour but d'établir *la séparation entre pouvoir et opinion*. Cela constitue la *démocratie moderne*. Dans l'objectif d'éviter les effets maléfiques de la religion, qui imposait sa vérité, la *liberté* et la *vérité* ont été *séparées* le plus possible. L'homme était défini ainsi par la *liberté*, on comprenait, après tout, que *la vérité restait dans la liberté*. Pourtant, la conception de liberté a fini par faire *disparaître la vérité*. La victoire de la liberté a été excessivement exhaustive. À partir du moment où la *relation* entre la liberté et la vérité *s'effondre*, la *tension s'évanouissant* entre les deux, la liberté perd son adversaire et compagne et tend alors à se ruiner entièrement. La liberté, qui devrait se constituer en un effort vers *le gouvernement de soi et par soi (autonomie)*, finit par être *acceptation et déclaration de soi*, en exigeant la *reconnaissance* et *l'approbation* des autres sociétaires par rapport aux choix faits et aux orientations définies. Ainsi, dans un premier moment, *la liberté vainc la vérité*, en l'absorbant, mais aussitôt après, cette liberté finit par être *vaincue* et absorbée par la *propriété*.⁵³

CONCLUSION

Le processus de sortie de la religion a amené l'individu moderne au passage de l'hétéronomie à l'autonomie. Dans la démocratie moderne, le sujet autonome revendique la production de ses habilités particulières, la direction de ses affaires privées, la définition de sa propre

⁵² Idem.

⁵³ MANENT, P. *op. cit.*, p. 54.

vie (puisqu'il est « propriétaire » intégral de celle-ci) ; il n'est donné à personne et à aucune communauté de diriger les choix, les orientations politiques ou personnelles de cet individu. Maintenant, il dicte ses règles et façonne sa vie conformément à ce qui lui plaît. La conséquence d'un tel phénomène est l'isolement qui atteint cet homme moderne, un isolement qui se produit par l'autonomie et qui finit par mouler chacun des individus comme des îles, en leur retirant la conscience d'une participation politique. La notion de communauté commence à leur manquer. La sortie de la religion leur a retiré cette conscience communautaire, de l'être-ensemble. La religion est, avant tout et déjà dans son essence, être en relation avec *l'autre*.⁵⁴ La relation hétéronomique avec l'«Autre» se déplace vers la relation avec l'«autre», avec le « prochain ». De plus, l'hétéronomie, dans la même mesure où elle impose une réception des règles à partir de dehors, d'un Autre, établit aussi une relation d'égalité entre les intégrants de la communauté, une absence de divisions, de séparations, ce qui favorise l'être-ensemble. Cette idée nous manque devant l'oubli du paradigme hétéronomique que nous avons fini par laisser en arrière. Et concomitamment à toutes les conquêtes apportées avec l'acquisition de l'autonomie (ces conquêtes que nous, sujets modernes, n'abdiquerions jamais et que nous ne pouvons mépriser), nous sommes, malgré tout, devant l'exigence de vivre ensemble avec l'autre, puisque, bien ou mal, le vivre-ensemble s'impose. En ce sens, si d'un côté le vivre-ensemble est une imposition, parce que le caractère politico-social est le trait distinctif par excellence de l'être humain, d'un autre côté, on a perdu la notion de ce qu'est ce vivre-ensemble, ce vivre en communauté. Avec la sortie de l'hétéronomie et l'assomption de notre autonomie, un problème sérieux nous est imposé, dans un premier plan et d'une façon excessivement claire, à savoir le problème dramatique et énigmatique d'être en rapport avec l'autre, la question de la relation politique.

À partir du parcours que nous avons fait jusqu'à maintenant, nous avons pu constater que les deux philosophes étudiés attribuent, dans des perspectives distinctes, un rôle fondamental au christianisme dans la construction de la démocratie moderne. Gauchet comprend que le christianisme établit, à partir de la conception inédite de l'incarnation, une division claire entre le règne de l'au-delà et celui d'ici-bas et il livre ce monde d'ici à l'homme, qui doit donc le maîtriser. Voilà le pas décisif pour l'entrée inexorable dans le régime de l'autonomie humaine. Le christianisme serait ainsi la religion de la sortie de la religion, et la religion *possible* pour une humanité d'après la religion (aussi chez Heidegger).⁵⁵ Manent, à son tour, en se référant aux idées d'Hegel, confère un rôle

⁵⁴ GAUCHET, M. *La démocratie contre elle-même*. Paris : Gallimard, 2002, p. 75.

⁵⁵ CANTIN, S. *op. cit.* p. 506.

décisif au christianisme dans le développement historique de l'humanité.⁵⁶ Il critique la conception gauchetienne et affirme que le christianisme ne serait pas la religion de la sortie de la religion, mais que c'est plutôt avec le christianisme que, pour la première fois, la religion apparaît dans son intégrité.⁵⁷

En ce sens, le christianisme est la seule religion qui produit une communauté inédite (l'Église) distincte de toutes les autres communautés politiques. Le chrétien, qui est aussi citoyen, doit effectuer une démarche qui lui est spéciale : d'un côté, il doit être disponible et obéir à un Dieu, le Dieu chrétien, le Dieu de tous les hommes, qui ne fait pas de distinction entre les personnes. D'un autre côté, il doit se gouverner lui-même dans un corps politique distinct, il doit participer à la politique dans un espace de confrontations. Cela serait ce que Manent appelle « l'opération chrétienne ». Et cette opération spéciale va se développer à l'intérieur de la *nation*.⁵⁸ D'après Manent, cette opération chrétienne est fondamentale pour le développement de la nation, en donnant à celle-ci la force, la consistance, la vitalité, la complexité et aussi les difficultés. Manent affirme ainsi qu'avec la crise du concept de nation et la perte du lien et de la référence chrétienne, l'Europe reste compromise dans son avenir.⁵⁹

Marcel Gauchet et Pierre Manent, deux éminents penseurs contemporains, un athée, l'autre chrétien ; leurs points de vue sont effectivement différents, mais ils ne cessent

⁵⁶ MANENT, P. *La nation : forme politique de l'Europe chrétienne*. In <https://www.youtube.com/watch?v=0s6smY12Mhc>

⁵⁷ Je pense que Valadier est d'accord avec cela : GAUCHET, M. *La démocratie contre elle-même*. Paris : Gallimard, 2002, p. 74.

⁵⁸ Sur le concept de nation, il est intéressant de voir MANENT, P. *La nation : forme politique de l'Europe chrétienne*. In: <https://www.youtube.com/watch?v=0s6smY12Mhc>.

⁵⁹ La critique sur l'évanescence du concept de nation est aussi vue *in* MANENT, Pierre. *Enquête sur la démocratie : études de philosophie politique*. Paris : Gallimard, 2007, p. 166 et les pages suivantes. Sur le thème de la nation, Gauchet dit à son tour que les nations étaient construites pour la guerre, mais actuellement on perçoit que peut-être elles sont encore plus profondément construites pour la paix. Parce qu'elles sont faites d'individus, reconnaissent l'indépendance de la société civile et sont faites pour une ouverture les unes sur les autres. En ce sens, les nations admettraient les mêmes principes et une identité de principes ; une nation perçoit qu'il y a d'autres nations autour d'elle et qu'il faut les respecter. Gauchet accentue que, par rapport aux nations, il n'y a plus une vocation de conquêtes, d'élargissement de leurs territoires. L'analyse du concept de nation aujourd'hui doit ainsi être tournée vers la question de la reconnaissance qui doit exister entre les nations. En ce sens, la nature du concept de nation serait ce qui nous permettrait d'envisager un monde pacifié (GAUCHET, Marcel. Entrevue pour Les Rencontres **économiques d'Aix-en-Provence**, in <https://www.youtube.com/watch?v=QvUeWQeggO4>). Bien que les deux philosophes perçoivent l'existence d'une crise autour du concept de nation, Manent paraît être plus convaincu de l'évanouissement de cette notion fondamentale.

pas de s'entrecroiser. Gauchet est, si j'ose dire, un optimiste,⁶⁰ peut-être « un optimiste à long terme »,⁶¹ tandis que la plume de Pierre Manent apporte un fort poids pessimiste. Gauchet est un libéral,⁶² tandis que Manent est un grand critique de l'État libéral moderne.⁶³ Les deux perçoivent sérieusement les effets du religieux sur la société moderne et les défis puissants qui se posent devant l'homme qui a gagné son autonomie. Le passage de l'hétéronomie à une autonomie radicale a abouti au surgissement d'un régime où l'homme ne pense qu'à sa liberté individuelle. Dans une « démocratie des individus », chacun reste isolé, dans sa propre liberté individuelle, chacun soigne ses affaires privées et laisse les questions politiques aux « professionnels de la chose publique ». Apparaît donc un régime politique qui libère les individus du fardeau de la participation politique, libère les individus de penser aux questions de la chose publique. Il y a des bureaucrates professionnels dûment payés pour traiter de telles questions, et donc l'individu est libre de ne penser qu'à ses affaires privées, les siennes et celles de sa famille.

Il apparaît donc une séparation radicale entre le public et le privé : d'un côté, l'espace public mis en marche par des professionnels politiques ; d'un autre côté, les individus qui sont maintenant libres des préoccupations et des agacements de la participation politique et qui peuvent ainsi soigner leurs choses particulières. Un espace vide surgit entre le public et le privé, un espace qui était autrefois justement rempli par la discussion politique, la délibération publique et la participation des citoyens. Maintenant on laisse la politique aux professionnels. Et, libérés du fardeau politique, les individus peuvent ainsi se préoccuper d'eux-mêmes et de leurs affaires. Cela est, d'après Benjamin Constant, la conception de liberté des modernes, en opposition à l'idée de liberté des anciens, pour

⁶⁰ Gauchet dit ce qui suit, à l'occasion d'une présentation de son œuvre « Comprendre le malheur français », sur le thème : « Le fait que nous soyons dans une situation très grave ne veut pas dire que cette situation est insoluble. C'est la peine spontanée face à des événements très lourds qui dépassent notre capacité puis dans un deuxième temps, comme une montagne que se dresse devant vous, on finit par trouver un chemin pour l'escalader. J'aime beaucoup une maxime d'un grand écrivain chinois (..) qui dit à peu près : «le pessimisme ressemble à l'optimisme en ceci qu'il est comme lui une illusion». Ce sont des termes dont il faut donc savoir se dégager. Spontanément, nous sommes pessimistes mais justement l'analyse des raisons qui font que nous sommes pessimistes en général a la vertu de nous donner de l'optimisme. (...) Parce que justement la signification de l'échec – on revient à la question sur le pessimisme et l'optimisme – est de provoquer un violent désir de changement qui finit par trouver son débouché. C'est pour ça qu'en effet il y a un lien dialectique entre le pessimisme et l'optimisme. Les défaites, on les sait dans l'autre sens, n'est-ce pas, on parle de victoire à l'Empire Russe, les victoires où dorment les vainqueurs, et bien il y a des défaites qui réveillent les vaincus et peut-être c'est une situation qui n'est pas sans rappeler ». In <https://www.youtube.com/watch?v=rXMn5a7IjeU>.

⁶¹ GAUCHET, M. *La condition historique. Entretiens avec François Azouvi et Sylvain Piron*. Paris, Stock, 2003, p. 325 et 335.

⁶² Selon CANTIN, S. *op. cit.* p. 511.

⁶³ MANENT, P. *Cours familier de philosophie politique*. Paris : Fayard, 2002, p. 52.

lesquels « être libre » signifiait justement participer politiquement aux sujets de la cité.⁶⁴

Mais il est important de rappeler que plus nous nous désintéressons de la politique, plus la politique s'intéresse à nous. Et, si d'un côté la surveillance et le contrôle étatiques sont de plus en plus sophistiqués, d'un autre côté, la relation entre l'individu et ses cosociétaires devient de plus en plus dépourvue de substance. Certes, il n'y a pas de droits absolus et, dans certaines limites, on a la liberté d'aller et venir, de manger et de boire ce qu'on veut, de rencontrer les gens, de profiter des plaisirs et des loisirs. Cependant, dans quelle mesure avons-nous aujourd'hui la liberté pour définir nos priorités en termes politiques ? Dans quelle mesure ne nous trouvons-nous pas au-dedans d'un processus auquel nous ne pouvons rien modifier ou intervenir ? Il est important de nous questionner si aujourd'hui nous faisons effectivement nos propres lois ou si nous laissons les autres s'occuper de notre vie et nous produire intégralement les règles que nous devons suivre et auxquelles nous devons obéir. Il est important de se demander en quoi notre participation politique s'est résumée, et même s'il y a encore réellement une participation politique.⁶⁵ Dans quelle mesure ne sommes-nous pas retournés à être seulement une partie intégrante d'un tout, une partie qui reçoit des lois venues de dehors et qui déterminent, presque en intégralité, notre condition politique ? Dans quelle mesure, dès lors que nous avons conquis notre autonomie, n'avons-nous pas fini par retomber dans une autre espèce d'hétéronomie encore plus radicale, implacable et perverse ? Serait-ce, encore une fois, une tentative de l'être humain de trouver une forme nouvelle d'échapper à l'assomption de sa propre condition d'être sujet, autonome, dans l'histoire ?⁶⁶ L'homme serait-il en train de faire à nouveau un « choix mystérieux » afin de fuir l'affrontement des questions les plus cinglantes et insolubles que l'autonomie lui a révélées ?

Il y a une différence qui ne peut pas être négligée entre l'homme moderne et l'homme de l'hétéronomie d'autrefois : la situation de l'homme moderne s'aggrave dans la mesure où il a perdu sa référence par rapport au passé, le lien et la conscience ferme d'autrefois sur qui il était. L'homme moderne est un individu, « libre », « autonome », mais ces concepts de liberté et d'autonomie, devant l'absence d'une liaison plus tangible avec le passé et avec les cosociétaires (avec lesquels l'individu est obligé de vivre-ensemble), deviennent chaque

⁶⁴ CONSTANT, B. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*. In http://classiques.uqac.ca/classiques/constant_benjamin/constant_benjamin.html.

⁶⁵ Les absentions remarquables lors des élections pour choisir les gouvernants sont peut-être un indicatif d'un tel questionnement, encore silencieux, pour la part de la société, celle-ci se demandant sur le sens de cette participation politique dans la démocratie moderne des individus. Gauchet constate qu'effectivement « les populations ne se sentent pas exprimées par leurs représentants » (GAUCHET, M. *La condition historique. Entretiens avec François Azouvi et Sylvain Piron*. Paris, Stock, 2003, p. 335).

⁶⁶ GAUCHET, M. *La démocratie contre elle-même*. Paris : Gallimard, 2002, p. 42.

jour plus éthérés, graduellement plus difficiles à être définis minimalement. Il s'agit d'un homme qui n'a pas de passé et qui envisage un avenir, qui a perdu la référence et qui vit dans un vide. Cet homme marche dans les ténèbres.⁶⁷

La netteté avec laquelle ces deux éminents penseurs de notre temps tissent leurs diagnostics sur la question politique contemporaine est surprenante et nous déconcerte. À partir de la reconnaissance et de l'assimilation en profondeur des graves difficultés que nous rapportent les thèses manentienne et gauchetienne, « *oxalá* », nous pouvons nous réveiller – conformément à ce que dit Gauchet –, afin de, en face de cette montagne qui se dresse devant nous, trouver un chemin qui nous permet de l'escalader.

BIBLIOGRAPHIE

CANTIN, S. « Aux sources du Désenchantement du monde de Marcel Gauchet. Éléments pour une généalogie », *Studies in Religion / Sciences Religieuses*, 34, 3-4, 2005, p. 495-513.

CHARBONNIER, G. *Entretiens avec Claude Lévi-Strauss*, Paris, Union générale d'éditions, 1969.

CONSTANT, B. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*. In http://classiques.uqac.ca/classiques/constant_benjamin/constant_benjamin.html.

DESCARTES, R. *Discours de la méthode*. In <http://bibliothequenumerique.tv5monde.com/livre/33/Discours-de-la-methode>.

GAUCHET, M. *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002.

_____. *La condition historique. Entretiens avec François Azouvi et Sylvain Piron*. Paris, Stock, 2003.

⁶⁷ À propos, ces ténèbres, vécues par cet homme « libre » gagnent des contours intéressants sous la plume de Manent, quand celui-ci indique que le concept de *vérité* a succombé à celui de la *liberté*, ces deux notions finissant par céder leur place au concept de *propriété*. Effectivement, une telle analyse présente une consonance impeccable avec l'idée de l'individu-sujet-moderne, qui se pose actuellement comme un propriétaire authentique de ses orientations, ses conditions, ses choses, ses identités, il est propriétaire de sa vie. Le concept de propriété s'élargit et assume ainsi une considération et une importance inédites.

_____. *Le Désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 2005.

_____. *Entrevue aux Rencontres économiques d'Aix-en-Provence*, page consultée le 15 décembre 2016, <https://www.youtube.com/watch?v=QvUeWQeggO4>

_____. *Entrevue à la Cité des Livres - la Fondation Jean Jaurès*, page consultée le 15 décembre 2016, <https://www.youtube.com/watch?v=rXMn5a7IjeU>

MANENT, Pierre. *Cours familier de philosophie politique*, Paris, Gallimard, 2007.

_____. *Enquête sur la démocratie : études de philosophie politique*, Paris, Gallimard, 2007.

_____. *La nation : forme politique de l'Europe chrétienne*, page consultée le 15 décembre 2016, <https://www.youtube.com/watch?v=0s6smY12Mhc>.

PASCAL, B. *Les Pensées*, Paris, P. Lethielleux, 1896.

ROUSSEAU, J.-J. *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Leipzig, Gerard Fleischer, 1796.

TOCQUEVILLE, A de. *De la démocratie en Amérique*, Paris, Institut Coppet, 2012.

Autres pages consultées sur Internet :

CAMINHA, P. V de. *Lettre au Roi de Portugal*. In: http://objdigital.bn.br/Acervo_Digital/livros_eletronicos/carta.pdf.

http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/08/24/les-photos-d-une-femme-contrainte-d-enlever-son-voile-a-nice-suscitent-emoi-et-incomprehension_4987497_3224.html

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/11/1836895-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-decide-turma-do-supremo.shtml>

<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/gilmar-mendes-critica-discussao-sobre-simbolos-religiosos-em-tribunais-tomara-que-nao-mandem-derrubar-o-cristo-redentor/>

<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005>

<http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/em-2005-63-dos-brasileiros-votam-em-referendo-favor-do-comercio-de-armas-17786376>

BOAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS

GOOD INSTITUTIONAL PRACTICES

“QUE SAUDADE DA AMÉLIA...”: UMA ANÁLISE SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA REGIÃO DO CARIRI CEARENSE E O PROJETO DA CASA ABRIGO

*“I MISS AMELIA...”: AN ANALYSIS OF VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE REGION OF CARIRI, CEARÁ
AND THE PROJECT OF THE HOUSE SHELTER*

Priscila Ribeiro Jeronimo Diniz

*Doutoranda em Ciências das Religiões pela UFPB. Mestre em Sociologia - UFPB. Bacharel
em Ciências Sociais pela URCA. Docente na Faculdade Paraíso do Ceará (FAPCE).
Coordenadora do Grupo de Estudos de Gênero, Geração e Direito (FAPCE)*

priscilaribeiroj@hotmail.com

Debora Cristyna Ferreira Reis

*Acadêmica de Direito e Pesquisadora-discente do Grupo de Estudos em Gênero, Geração e
Direito pela Faculdade Paraíso do Ceará - (FAPCE)*

debora-cristina1945@hotmail.com

Gustavo Leite Neves da Luz

*Acadêmico de Direito e Pesquisador-discente do Grupo de Estudos em Gênero, Geração e
Direito pela Faculdade Paraíso do Ceará (FAPCE)*

gustavoleiteluz@gmail.com

INTRODUÇÃO

As questões de diferença de gênero que envolvem a violência¹ de gênero vão muito além do que simples atos de machismo e de violência. Tal assunto é de formação histórica, encontrando-se presente em grande parte das sociedades, tornando leis como a Lei nº 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha)² apenas afirmações de culpa de uma sociedade que não consegue proteger as mulheres.³

Entrega-se por meio de um sistema dualista de divisão de coisas, onde os sexos masculino e feminino se estabelecem como opostos que se enquadram “perfeitamente” convenientes a um sistema de oposições homólogas. Sendo esquemas suficientes para sustentarem transferências de funções práticas e de divergências que incumbem a cada um uma predeterminação de responsabilidades e deveres. Estes que naturalizam sistemas de diferenças naturais.⁴ Em tal esquema, as diferenças biológicas entre os sexos, masculino e feminino, podem ser levantadas como naturalização das justificativas sociais das diferenças sociais estabelecidas. Como na questão das diferenças anatômicas entre os sexos, que pode levar a uma divisão social no ramo do trabalho, em suas divisões objetivas e subjetivas, traduzidas na forma de funções e restrições às determinadas

¹ Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), violência é: “uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesões, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação” (WHO, 2002, p. 5, apud TEIXEIRA; MENEGHEL, 2015, 371).

² “Transcorridos cinco anos da vigência da Lei Maria da Penha, não houve avanço do Estado brasileiro, através do Poder Judiciário, no sentido de dotar o sistema judicial de condições de acesso à justiça para as mulheres vítimas de violência. Estudos comprovam a falta de destinação de recursos orçamentários para ampliação do número de Varas da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; para ampliação do número de funcionários nas referidas varas e, por fim, para criação de serviços interdisciplinares integrados em rede, para efetivação das medidas urgentes de proteção, assistência e apoio aos agressores e vítimas, conforme estabelecido na Lei. Ou seja, de elementos que convencionamos identificar como Estrutura do Direito” (FEIX, 2011, p. 12).

³ Por exemplo como é visivelmente destacado os artigos 2º e 3º da respectiva lei que servem apenas acúmulo textual, pois na prática trazem pouca efetividade, onde destaca: “Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. § 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput” (BRASIL, 2006).

⁴ BOURDIEU, 2002,

profissões. Outro ponto que é nitidamente observado é a questão da dominação por meio da ideia até mesmo da representação das definições sociais dos órgãos sexuais, como na representação dos órgãos femininos como opostos e diferentes, porém com a assunção de certas semelhanças; exemplo deste é a ideia da representação da Vagina como um órgão “invertido”. A oposição entre os sexos também é destaque nas relações sexuais. Nelas a dominação e a inferioridade também são exaltadas ao atribuir ao órgão feminino o caráter funesto e maléfico, onde o homem em várias culturas deve “ficar por cima”; sendo às vezes até condenado pela “inversão do posto acima” pelas mulheres.⁵ Para justificar estes mecanismos de dominação, alguns povos recorrem à criação de mitos de origem, nos quais destacam as demais formas estabelecidas na ordem social. Como exemplo, tem-se a tradição da “cabila”:

Foi na fonte (tala) que o primeiro homem encontrou a primeira mulher. Ela estava apanhando água quando o homem, arrogante, aproximou-se dela e pediu de beber. Mas ela havia chegado primeiro e ela também estava com sede. Descontente, o homem a empurrou. Ela deu um passo em falso e caiu por terra. Então o homem viu as coxas da mulher, que eram diferentes das suas. E ficou paralisado de espanto. A mulher, mais astuciosa, ensinou-lhe muitas coisas: ‘Deite-te, disse ela, e eu te direi para que servem teus órgão’. Ele se estendeu por terra. Ela acariciou seu pênis, que se tornou duas vezes maior, e deitou-se sobre ele. O homem experimentou um prazer enorme. Ele passou a seguir a mulher por toda parte, para voltar a fazer o mesmo, pois ela sabia mais coisas que ele, como acender o fogo etc. Um dia, o homem disse à mulher: ‘Eu quero te mostrar que eu também sei fazer coisas. Estende-te, e eu me deitarei sobre ti’. A mulher se deitou por terra, e o homem se pôs sobre ela. E ele sentiu o mesmo prazer. E disse então a mulher: ‘Na fonte, és tu (quem dominas’; na casa, sou eu’. No espírito do homem são sempre estes últimos propósitos que contam, e desde então os homens gostam sempre de montar sobre as mulheres. Foi assim que eles se tornaram os primeiros e são eles que devem governar.⁶

O mito apenas vai ao mesmo sentido de dominação que é comumente difundido, que é demonstrado no caso do ato sexual como uma relação de dominação. De modo geral, a dominação sexual masculina acaba sendo uma continuidade social masculina que se produz no sexo com a nomenclatura do **possuir**. As manifestações da virilidade, por meio da posse sexual, nada mais são que a simples ratificação da dominação em mais um ramo. Tal ideia é tão forte, que a submissão sexual pela posse é vista como um ato de dominação;

⁵ BOURDIEU, 2002.

⁶ YACINE-TITOUH apud BOURDIEU, 2002, p.28.

o que sofre a violência é **feminizado**, desonrado, o que acarretava, como no caso da sociedade grega, a perda de sua cidadania plena caso houvesse a **feminização** do homem; ou ainda, como na Roma antiga, onde o ato de passividade nas relações homoafetivas do homem para com seus escravos era punido com a perda de seus títulos.⁷

A incorporação da dominação pela sociodiceia masculina se dá por duas formas: primeiro é dada uma legitimação de natureza biológica do masculino sobre o feminino, em seguida, a naturalização da dominação por meio de uma construção social. ⁸Assim é dado por uma construção profunda dos corpos, impondo um diferencial do uso destes, fazendo-se acreditar na construção social de um masculino **viril** e da mulher a ser **feminina** por meio de um trabalho minucioso de construção social.

As divisões constitutivas nas relações sociais de dominação e de exploração classificam grande parte das coisas do mundo: uma divisão antagônica entre o masculino e o feminino. Dando às mulheres as tarefas supérfluas do cotidiano, ou **consideradas pequenas**, como cuidar das crianças ou realizar afazeres domésticos, como se fossem prazeres irrelevantes aos homens, que devem cuidar dos **afazeres de honra** como praticar o ato da caça, ou conseguir o sustento da casa para que a mulher cuide da manutenção da economia domiciliar e afazeres domiciliares irrelevantes.

No que se refere às obrigações, pode-se destacar a questão das obrigações sociais criadas às mulheres como padrões estéticos, com a exclusão daquelas que não seguem determinada moda ou tendência atual, e físicos, a construção social de um padrão de **perfeição corporal** a ser almejado pelas mulheres; obrigações também no sentido familiar, em que a mulher é colocada como obrigada a atingir determinada idade na construção de um casamento e na criação de filhos; e caso não venha a atingir tal ideal fala-se que ela **ficará para titia** ou será uma **encalhada**. Quando as mulheres ainda decidem coincidir obrigações laborais extrafamiliares, elas são postas em um paradoxo social a ser cumprido de forma homérica, no qual elas são postas em duas obrigações, a familiar e a profissional, sendo que da mulher que se encontra nesta situação é requerida a perfeição em ambos os campos de atuação exercidos por ela; pois caso, por exemplo, ela venha a se dedicar ao trabalho e negligenciar a família, será considerada uma péssima mãe e esposa, já se valorizar demais a família será considerada uma má profissional ou uma mulher que quer depender exclusivamente do marido que não consegue ajudar a sustentar a casa. Sobre a questão de quando entram em determinadas profissões elas não são consideradas como iguais por

⁷ DOVER, 1982 apud BOURDIEU 2002.

⁸ BOURDIEU, 2002.

seus colegas. Como exemplo, pode ser visto o período entre as Duas Grandes Guerras do início do século XX, onde pela falta de mão de obra as mulheres assumiram os cargos de trabalho para substituir os homens. Todavia, com o fim da Segunda Guerra, os homens passaram a ser realocados em suas posições anteriores. Com isso, para exercerem e manter-se em determinados cargos as mulheres além de ter que preencher os mesmos requisitos curriculares que os homens, devem ainda ter **capacidades adicionais**, que são analisadas de diversos parâmetros de ponderação, como: a existência ou não de filhos, aspectos físicos e estéticos que se adequem aos padrões de beleza sociais, ser dotadas de uma **capacidade extraordinária** de superioridade para com seus pares no que diz respeito à execução de suas tarefas. No que diz respeito às limitações, tal ideia tem repercussão em vários ramos da sociedade. Por exemplo, quando uma mulher em sua capacidade laborativa tenta se inserir no mercado de trabalho, pode encontrar diversas resistências na área apenas pelo fato de ser mulher; como a ideia barbara de determinadas profissões serem exclusivas para homens, e ainda, outras apenas para as mulheres quando exercem determinadas profissões com a mesma carga horaria e atribuições aos homens ainda assim, recebem um salário inferior ao pago ao sexo oposto. Assim se concretiza o que se tem por violência simbólica.⁹ Violência simbólica pode ser conceituada, grosso modo, como uma forma de violência que cria limites e obrigações às mulheres, na qual se encontram reunidas todas as condições de seu exercício, tais são um conjunto de estruturas sociais e atividades de produção e reprodução que são fundamentadas na estruturação de uma divisão sexual do trabalho de reprodução e produção biológica e social, que exclui as mulheres, deixando aos homens os benefícios e ganhos. Para a violência simbólica ser eficiente, é necessário que os dominados incorporem as estruturas dominantes, fazendo de tal forma que tais estruturas sejam tidas como naturais; levando inclusive a uma autodepreciação ou autodesprezo. A dominação pela violência simbólica só é possível com **cumplicidade** do dominado e das estruturas utilizadas para a dominação que é incorporada pelo dominado de forma inconsciente. Assim, para Lopes:

A violência simbólica responde por submissões que não são sequer percebidas como tal se apoiam em expectativas coletivas, crenças socialmente inculcadas. A teoria da violência simbólica repousa sobre uma teoria da violência simbólica repousa sobre uma teoria de pro-

⁹ “Ao tomar “simbólico” em um de seus sentidos mais correntes, supõe-se, por vezes, que enfatizar a violência simbólica é minimizar o papel da violência física e (fazer) esquecer que há mulheres espancadas, violentadas, exploradas, ou, o que é ainda pior, tentar desculpar os homens por essa forma de violência. O que não é, obviamente, o caso. Ao se entender “simbólico” como o oposto de real, de efetivo, a suposição é de que a violência simbólica seria uma violência meramente “espiritual” e, indiscutivelmente, sem efeitos reais. É esta distinção simplista, característica de um materialismo primário, que a teoria materialista da economia de bens simbólicos, em cuja elaboração eu venho há muitos anos trabalhando, visa a destruir, fazendo ver, na teoria, a objetividade da experiência subjetiva das relações de dominação” (BOURDIEU, P.2004, p. 46).

dução da crença, segundo a qual é necessário um trabalho de socialização para produzir agentes dotados de esquemas de percepção e de apreciação que lhes permitirão perceber as injunções inscritas em uma situação ou em um discurso e acatá-las. Esse poder se cumpre por e em uma relação definida que cria a crença na legitimidade das palestras e nas pessoas que as pronunciam e se instaura na medida em que os que se submetem reconhecem os que as exercem.¹⁰

Se buscamos constatar, é grande o número de situações concretas em que a violência simbólica é exercida. Como exemplo mais **nítido** dessa violência, tem-se o caso que em grande maioria as mulheres têm preferência por um companheiro mais velho e que seja mais alto que elas. Nesse ponto, nota-se a hierarquia sexual, pois aceitar o inverso é crer que a mulher dominante é rebaixada socialmente, por se sentirem representadas na imagem de seu parceiro; como se fosse necessária a exigência de o homem ocupar, pelo menos aparentemente, o espaço dominante da casa.

Portanto, somente com uma visão superficial por tais modelos, percebe-se a intensidade da violência exercida por estes, enraizados no íntimo da sociedade. Infelizmente, as violências contra a mulher vão muito além da violência simbólica. Ainda podem ser: auto-infligida em mulheres, contra mulheres idosas, de gênero, doméstica, na gravidez, no namoro, nos serviços de saúde, obstétrica, patrimonial, psicológica, racial e sexual. A Lei Maria da Penha das formas de violência previamente destacadas, somente destaca em seu artigo 5º a violência doméstica e no artigo 7º a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, limitando de forma drástica o combate à violência contra a mulher. Mesmo que o rol especificado neste artigo contendo conceitos mais genéricos que podem abordar diversos tipos de violência, como a violência física¹¹ e a moral;¹² mesmo assim, não é suficiente para sanar tais crimes. A violência auto-infligida diz respeito a violência praticada contra si, como por exemplo ocorre no suicídio. As desigualdades de gênero são fatos presentes que levam à tais atos; principalmente, em mulheres com maiores condições de risco como: casamentos precoce e arrançados, gravidez indesejada, abortos, dependência econômica do cônjuge, baixa escolaridade e condições sociais. A prevenção é feita por meio da identificação de pessoas em risco e seu rápido encaminhamento a programas de prevenção ou centros psicossociais.

A violência contra mulheres idosas se dá principalmente pela negligência, violência

¹⁰ Lopes, 2015, p.398.

¹¹ A violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal (BRASIL,2006).

¹² A violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (BRASIL, 2006).

psicológica, tratamento com preconceito, financeira e maus-tratos físico. Isso ocorre para a mulher idosa ser vista pela sociedade, além da questão do fato de ser mulher, por predisposições simbólicas que as homogeneízam e estereotipam, levando ao descarte social.¹³ Tal violência é mais frequentemente praticada por membros da própria família.

A violência de gênero traz a questão das relações de poder entre os sexos. O estudo sobre tal violência divide-se em três correntes teóricas; a da dominação masculina, que vem com um posicionamento de que é tanto vítima como cúmplice da dominação do masculino sobre o feminino; a da dominação patriarcal, abordada de um viés marxista, onde a mulher como sujeito social autônomo é vitimada historicamente pelo controle patriarcal masculino; e a corrente relacional, que aborda o tema tratando a mulher como cúmplice na dominação.

A violência doméstica,¹⁴ ou violência familiar como também é chamada, tem esse nome pelo fato de acontecer no interior da casa, e por isso, muitas vezes é a primeira violência com que se tem contato, normalmente ocorrendo de forma implícita. A dominação exercida no ambiente doméstico acaba sendo apenas uma reprodução da dominação masculina na sociedade.¹⁵ Segundo Rusche,¹⁶ a maior incidência de atos de violência contra a mulher se dá no ambiente do lar, normalmente ela exercida pelo marido, namorado ou companheiro. A violência na gravidez é uma violência física, psicológica, sexual, moral ou patrimonial exercida por parceiro durante o período da gestação. É gerada no próprio sistema de saúde, gerados por falta de cuidados durante o período gestacional por falta de treinamento dos profissionais de saúde. Violência no namoro é recorrente principalmente nas relações entre adolescentes, prejudicando o desenvolvimento e a saúde do(a) parceiro(a) e compromete sua integridade física, psicológica ou sexual.¹⁷ Os meios

¹³ BRITTO DA MOTTA, 2007, apud, TEIXEIRA, MENEGHEL, 2015.

¹⁴ Art. 5o Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006).

¹⁵ Vale lembrar, para melhor compreender o fenômeno da violência doméstica e intrafamiliar como violência de gênero, indissociável do conceito de violência política (ou seja, de instrumento para perpetuar relações desiguais de poder), que o castigo físico ainda é prática culturalmente aceita e naturalizada como condição de afirmação da autoridade, ou poder familiar (antes conhecido como pátrio poder) dos pais sobre seus filhos (FEIX, 2011, p. 4).

¹⁶ Rusche, 2002, apud, TEIXEIRA; MENEGHEL.

¹⁷ NJAINE, 2015.

de combate a ela têm três fases: a primeira, de prevenção, evitando a violência antes que ela ocorra; a segunda ocorre por uma resposta imediata durante a existência de tal violência, como assistência às vítimas; o terceiro nível ocorre à reabilitação das vítimas com a intenção de diminuir os abalos das violências.

Violência nos serviços de saúde acontece de várias formas, mas em especial na questão da saúde reprodutiva da mulher, também chamada de violência obstétrica. É tão intensa que mesmo com movimentos feministas de várias vertentes pressionando, o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM) admite a impessoalidade e negligência dos profissionais de saúde.¹⁸ Assim o sistema de saúde acaba sendo uma representação das hierarquias expostas na sociedade, negando um tratamento devido à mulher.

Violência Patrimonial se faz no caso onde a mulher ocupa um lugar de provedora no lar. A Lei Maria da penha traz tal definição:

Entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.¹⁹

Essa violência ocorre de forma mais nítidas em relação às pessoas idosas, pela sua situação de fragilidade, pois normalmente não é vista como violência por aqueles que a sofrem.

A violência psicológica, segundo a lei Maria da Penha, é:

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.²⁰

Tal violência é de difícil detecção porque pode ser exercida de forma bem sutil sem mesmo que o violentado a perceba, ou somente a perceba quando é extrapolada a barreira da

¹⁸ DINIZ, 2015.

¹⁹ Brasil, 2006.

²⁰ BRASIL, 2006

violência psicológica para a violência física.²¹

A violência racial é uma violência que no Brasil se incide especialmente sobre a população negra. Levando-se em conta a forma de abolição escravocrata que o Brasil realizou tardiamente em relação aos demais países, é possível apenas nesta observação se averiguar o alarmante conflito racial existente, e com isso, uma dupla discriminação contra a mulher negra. O conceito de violência racial é abrangido pelo conceito de violência já anteriormente destacado.

Violência sexual é uma das violências mais graves sofridas pela mulher. Tal conduta pode ser conceituada como:

Conduta que constranja a pessoa a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso de força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade; que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício dos seus direitos sexuais e reprodutivos.²² Depois de ocorrida a violência a mulher deve ser submetida imediatamente a assistência médica para a administração dos devidos medicamentos que impeçam a transmissão de doenças ou uma possível gravidez, que caso ocorra, poderá ser realizada a prática do aborto, garantida por lei.²³ Por todos os tipos de violência demonstrados, temos a violência contra a mulher como muito mais que um problema de violência, mas sim um problema social. Tal fato é bem evidenciado no último Mapa da Violência sobre o homicídio de mulheres no Brasil (2012). O primeiro fato que se observa, é que ao se analisar o histórico de crescimento de homicídio de mulheres; no período antes da lei, de 1980 a 2006, o crescimento dos números de homicídio foi de 7,6% ao ano, e o número de homicídios crescia 2,5% ao ano; já após a lei, de 2006 até 2013, o crescimento do número de homicídios caiu para 2,6% e a taxa caiu para 1,7 % ao ano.

²¹ A violência psicológica está necessariamente relacionada a todas as demais modalidades de violência doméstica e familiar contra a mulher. Sua justificativa encontra-se alicerçada na negativa ou impedimento à mulher de exercer sua liberdade e condição de alteridade em relação ao agressor. É a negação de valor fundamental do Estado de Direito, o exercício da autonomia da vontade e, portanto, da condição de sujeito de direitos conquistada pelos homens, nas revoluções burguesas, americana e francesa, já no século XVIII (FEIX, 2011, p. 5).

²² OLIVEIRA, 2015, p. 395.

²³ A crença expressa no jargão “ajoelhou tem que rezar” implica uma comunnaturalização do uso da força e do constrangimento contra a manifestação e o exercício autônomo da vontade. Como se o “sim” dito no cartório, no altar, no bar ou no motel impusesse à mulher um consentimento permanente, inquestionável, infalível, irretratável. Não. O exercício da sexualidade deve ser sempre contratado, e os contratantes, para garantia de sua dignidade, devem ser livres para destratar a qualquer tempo (FEIX, 2011, p. 6).

Nos níveis estaduais, as unidades federativas tiveram diminuições, entretanto, as taxas de crescimento mantiveram-se relativas a depender do estado. A partir da Lei Maria da Penha, apenas em cinco unidades federativas foi observada a queda das taxas: Rondônia, Espírito Santo, Pernambuco, São Paulo e Rio de Janeiro. Nos 22 estados restantes, no período de 2006 a 2013, as taxas cresceram com ritmos extremamente variados: de 3,1% em Santa Catarina e indo até 131,3% em Roraima.²⁴ Em questão regional, a região que mais se destaca no crescimento da taxa é a região Nordeste, com um crescimento de 79,3% nos últimos 10 anos; seguida pela região Norte com a taxa de 53,7%. Dentro dos estados, têm-se dados opostos, enquanto que nas capitais os índices caíram 5,8%, tendo Vitória, Maceió, João Pessoa e Fortaleza as maiores taxas no país no ano de 2013, sendo de mais de 10 homicídios por 100 mil mulheres; enquanto que as taxas estaduais cresceram em média de 8,8%; assim, observando o problema da interiorização da violência. Nos municípios com mais de 10 mil habitantes do sexo feminino, ocorre um problema de constatação dos dados. No ano de 2013, em 637 (39,2 %) municípios não foi registrado nenhum homicídio; em 122 (7,5%) não houve quaisquer registros nos últimos 5 anos da pesquisa (2009 a 2013); não foi registrado em 2013 nenhum homicídio de mulheres em 4026 municípios do país (72,3%). Assim percebe-se que o grande número de homicídios femininos em municípios de pequeno porte não é nem mesmo contabilizado. No *ranking* global, o Brasil ocupa uma posição preocupante. O país ocupa a 5ª posição num grupo de 83 países, com sua taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, excedendo média global. Como exemplo, em comparação com o Reino Unido, Dinamarca e Escócia, no Brasil ocorre 48,24% e 16 vezes mais homicídios femininos.

Quanto à cor das vítimas, na maioria dos casos, a população negra é vítima da violência. A partir da vigência da lei Maria da Penha, o número de vítimas entre mulheres brancas cai 2,1% e a das mulheres negras aumenta 35,0%.

Em relação à idade das vítimas, é baixa ou quase nula até os 10 anos de idade, crescendo de forma íngreme até os 18 anos, a partir dessa idade, vai declinando até a velhice. Os meios mais utilizados para tais homicídios são: arma de fogo (48,8%), cortante/penetrante (25,3%), objeto contundente (8,0%), estrangulamento (6,1%) e outros (11,8%). Para ambos os sexos, os maiores índices de homicídios são por arma de fogo, todavia no caso das mulheres tem-se uma maior participação dos demais meios, indicando maior presença de crimes de ódio ou por motivos fúteis. Por fim têm-se os locais onde ocorrem tais agressões. Para as mulheres, os crimes são mais presentes nos ambientes mais “familiares” como em domicílio (27,1%) e estabelecimento de saúde (25,2%). Mesmo ocorrendo um

²⁴ WAISELFISZ, 2012.

maior número ainda em vias públicas (31,2%), percebe-se uma maior domesticidade dos homicídios das mulheres. Há ainda dados existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), que faz o registro por meio do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), que traz dados mais específicos. Exemplos desses são dados como os dos agressores, que registram que 82% das agressões a crianças do sexo feminino até 11 anos, 42,4% sofrem agressão pela mãe; para adolescentes de 12 a 17 anos, as agressões dividem-se em 26,5% pelos pais e 23,2% pelos parceiros e ex-parceiros. Para as mulheres entre 18 a 59 anos, os principais agressores são os parceiros e ex-parceiros, correspondendo à metade dos casos; nas idosas, corresponde em grande parte pelos filhos (34,9 %). Os tipos de violência registrados são diversas, sendo a física a mais frequente, 48,7% dos atendimentos, seguindo pela violência psicológica, sendo 23,0% dos atendimentos; na terceira posição com 11,9%, está a violência sexual, tendo maior incidência em crianças e adolescentes. No caso de reincidência, acontece em praticamente metade dos casos registrados (49,2%), especialmente nas mulheres adultas (54,1%) e idosas (60,4%).

Sobre os encaminhamentos, as principais instituições que os realizaram foram os conselhos tutelares, os Centros de Referência da assistência social (CREAS), as delegacias da criança e do adolescente, as delegacias da mulher, as varas da infância e da juventude; sendo 46,9%, 9,6%, 7,8%, 3,7%, 3,1%; e 33,8%, 8,0%, 6,2 %, 72, % e 2,5% respectivamente, para crianças e adolescentes.

1. O CARIRI E A NECESSIDADE DE UMA CASA ABRIGO

A própria Lei Maria da Penha existe no artigo 35, parágrafo II: “casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar”. Dessa forma, percebe-se a necessidade da criação de tal Casa no Cariri cearense.

Mas por que no Cariri? O Cariri, segundo o Ministério da Justiça (2015), é o local mais perigoso do Nordeste para mulheres, por ser localizado no sertão cearense, a cultura rural ainda se faz presente.²⁵ Dessa forma, foi-se percebendo que, em meio a essa cultura machista rural, o Cariri cresceu, mas não perdeu essa cultura, ela se prolongou na questão

²⁵ MARQUES, 2015

da violência doméstica e do feminicídio.

Com essa série de dados do Cariri, como caririense e mulher em uma aula de Teoria Feminista no curso de Direito, veio a ideia do Grupo de Pesquisa Gênero e Direito FAP (Na Faculdade Paraíso do Ceará), com 59 integrantes hoje, destes 80% composto de mulheres, as quais muitas pedem ajuda por sofrer problemas de violência, ou quando conhecem alguém que sofre algum tipo de violência. Com os dados analisados, iniciamos pesquisa de campo em Delegacia da Mulher de Juazeiro e Crato; Juizado Especial da Família e da Mulher; Centro de Referência; e com isso, os mais absurdos tipos de violência, desde a violência psicológica (Lei Maria da Penha, nº 11.340), que percebermos estar em todos os casos, pois antes de violência física sempre existiu a violência psicológica. Caso da adolescente surda-muda, que chegou ao Centro de Referência e que sofria violência (física e sexual) por 3 anos e não tinha como denunciar. Ou, um dos casos mais marcantes que foi o da mulher que chegou ensanguentada à Delegacia de Juazeiro do Norte, a qual o marido havia quebrado uma cadeira na sua cabeça, e ela antes de ir ao hospital sentia entalada na sua garganta a vontade de denunciar, ou dos casos de pedofilia em um dos bairros mais populares da cidade de Juazeiro, o Horto, onde se encontra a estátua do Padre Cícero, símbolo de fé dos católicos, e os casos de violência contra idosas no município de Barbalha que vez vêm crescendo, enfim da gama de violência patriarcal podemos perceber que o estudo árduo a esses locais nos ajuda a analisar essa construção identitária e machista no Cariri e no Brasil, pois o que acontece nessa Região também é reflexo do que acontece no país. Podemos perceber pelos dados. Número de ocorrências registradas na Delegacia da Mulher de Juazeiro durante o período de janeiro a maio de 2015: Homicídio - 1; Tentativa de homicídio - 4; Lesão corporal leve - 90; Ameaça - 251; Estupro - 1; Estupro de vulnerável - 6; Sequestro e cárcere privado - 1; Injúria e difamação - 33 (Fonte: Delegacia da Mulher de Juazeiro do Norte, 2015). No primeiro semestre desse ano, segundo o Ministério de Políticas para Mulheres, mais de 350 mulheres foram mortas no Brasil em 2016. Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) que divulgam mais de 15 mulheres são mortas por dia no país, e que quase 530 mulheres são estupradas.

Com o Grupo, também passamos a fazer extensão, o que leva a ações no dia 25 de cada mês. Conhecido como o Dia Laranja, esse dia foi escolhido devido à campanha da ONU: **Campanha UNA-SE Pelo Fim da Violência contra as Mulheres**²⁶ que prossegue:

Agências das Nações Unidas e organizações da sociedade civil pro-

²⁶ Mapa da Violência, 2015, p. 07.

movem atividades para dar mais visibilidade às questões que envolvem a prevenção e a eliminação da violência contra mulheres e meninas. A campanha é descrita como um movimento solidário que tem como foco a igualdade de gênero.²⁷

Sendo assim, precisamos mostrar que é necessária uma casa de acolhimento para essa violência, no sentido de reafirmar a contínua pesquisa sobre gênero, ultrapassando essa categoria e chegando a geração, pois como foi dito acima, vimos meninas sofrendo pedofilia; e idosas sofrendo violência. Esse mesmo Mapa afirma que, quem mais bate nas filhas são as mães, e quem mais bate nas mulheres/mães idosas são as filhas (Mapa de Violência, 2015). Com essa informação, se pararmos para raciocinar, a questão da construção da identidade passa nesse sentido, pois esses tipos de violência estão acontecendo com pessoas que estão em situação de fragilidade, sejam elas, meninas, mulheres, ou idosas, quando se está na forma frágil detém-se um poder pela violência, e é nesse sentido que construímos uma sociedade machista, pois as mães batem nos filhos, e no futuro os filhos (futuramente maridos) baterão em suas esposas. Sendo assim, esse ciclo sem fim só mostra que é preciso quebrar esse laço de violência com a cultura de paz. Portanto, quando iniciamos a questão da ação de extensão pensamos na possibilidade de falar de uma cultura de violência, e, sobretudo de pensar em uma cultura de paz.

Na medida em que se constrói conscientemente no indivíduo o sentimento de pertença ao gênero mulher, a pessoa adere mais às características de tal fragilidade feminina, o que não é algo imediato, mas sim um processo de aproximação do indivíduo com os elementos violência e submissão.

Sendo assim, podemos observar o quanto a cultura brasileira é impregnada com essa ideia. Portanto, é de suma importância discutir as questões de gênero em todas as esferas na busca de uma igualdade de direitos fundamentais entre homens e mulheres. O movimento de mulheres, a universidade tem um papel importante na difusão de tal ideia, e na Região do Cariri são perceptíveis alguns fatos.

Mas quais são os mecanismos que as mulheres no Cariri podem usar para ter esse acesso à justiça? São eles: Conselho da Mulher; Centro de Referência; Delegacia da Mulher de Juazeiro do Norte; Juizado Especial da Família e da Mulher em Juazeiro do Norte, onde toda quarta e quinta são feitas as audiências. Em Crato há a Delegacia da Mulher e o Centro de Referência. Essas entidades de acesso à justiça não nasceram de forma tão simples, elas vieram com uma luta do movimento feminista desde 1993.

²⁷ Idem.

Um dos pontos cruciais à intervenção da questão da violência doméstica é a Casa Abrigo, uma entidade que já existiu em 2003 em Juazeiro do Norte, mas não abrigou nenhuma mulher, devido à perda de prazo pelo Governo do Estado. No entanto, com ajuda do Grupo de Pesquisa Gênero, Geração e Direito FAP, essa casa pode ser construída mais uma vez, com projetos doados da Faculdade Paraíso do Ceará.

1.1. O que é casa abrigo

Uma das respostas do Estado para fins de violência doméstica, que assegure a integridade física e moral das mulheres, é a casa abrigo. Nos termos da lei: “

Casa Abrigo é um serviço de caráter temporário, com o objetivo de oferecer moradia protegida, que funciona em local sigiloso e de atendimento integral a mulheres em risco iminente de morte em razão da violência familiar e doméstica.²⁸ Uma das finalidades do referido mecanismo é provocar ruptura entre a situação de violência e a mudança na qualidade de vida das mulheres. Dentre as atividades programáticas, no serviço de abrigamento, está o lazer, atividades educativas e de saúde. Tem duração de 90 a 180 dias.

A casa abrigo é oriunda de políticas públicas de abrigamento para mulheres em situação de violência doméstica. Para que funcione, é necessária uma atuação conjunta da Delegacia da Mulher (DM) e do Centro de Referência da Mulher (CRM) – uma unidade da Secretaria Especial da Mulher que tem a finalidade de oferecer atendimento psicológico, jurídico e social às vítimas. Quando a mulher está em situação de risco, a DM e o CRM acionam o Núcleo Estadual de Abrigamento para que esta seja incluída no sistema de abrigamento, que tem por instrumento a Casa Abrigo.

O Brasil é comprometido internacionalmente a criar instrumentos para atender a mulher vítima e coibir a violência, pois assinou, em 1984, a Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, ratificada pela ONU em 1979. Além disso, conclui-se que a violência contra a mulher é um fenômeno mundial e antigo, visto que, na Inglaterra, na década de 70, já existiam 70 casas-abrigo, como forma de resolver o problema.

²⁸ Lei Maria da Penha.

Uma linha de ação contra a violência são os serviços especializados, que são a casa-abrigo, os centros de referência, centros de reabilitação e educação do agressor, juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher e defensoria da mulher. Os serviços especializados devem ser fortalecidos para garantir a eficácia do enfrentamento e combate à violência.

A primeira casa-abrigo surgiu em São Paulo, no ano de 1986; hoje em dia, existem 72 casas-abrigo espalhadas em todo o território nacional, que se concentram em sua maior parte nas Regiões Sul e Sudeste. 37% das unidades federativas possuem apenas uma casa-abrigo. A maioria dos estabelecimentos encontra sua gestão vinculada à assistência social e não ligada à questão de segurança pública, justiça ou saúde.

Em 2009, o serviço de abrigamento passou a ser denominado “serviço de acolhimento institucional para mulheres em situação de violência”, isso quando foi enquadrado nos serviços sócio-assistenciais. Já as diretrizes, estão contidas nos termos de referência da Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM).

1.2. Políticas Públicas e a questão da instabilidade das Casas-Abrigo

Políticas públicas podem ser entendidas como uma forma da administração pública tornar reais e materializar os direitos. Além disso, estudiosos afirmam que é uma forma de manobra política, um jogo de interesses, podendo mudar de governo para governo, daí afirmar-se que a Casa Abrigo é alvo de precariedades e fragilidades, pois pode fechar e reabrir a cada mudança de governo, vez que é uma política pública, ou seja, não goza de estabilidade. A mudança de um governo para o outro pode, inclusive, diminuir ou aumentar as desigualdades de gênero, pois depende dos interesses políticos do governo vigente.

A implementação de políticas públicas para as mulheres deve ser capaz de inserir os Direitos Humanos, principalmente no que diz respeito a uma vida livre de violência, além de tornar público e de cuidados do Estado o que antes era tratado como privado.

1.3 Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher

Em 2005, o governo Lula criou a Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres, na qual é necessário fortalecer as mulheres para que possam romper

com o ciclo da violência. Tal ciclo possui três fases: a primeira, marcada pelas tensões no relacionamento, ocorrem agressões verbais, crises de ciúmes, ameaças, destruição de objetos e etc.; na segunda fase, ocorre agravamento nas agressões, sua característica principal são as agressões físicas; na terceira fase, ou lua de mel, ocorre quando o agressor, por medo de perder a companheira, demonstra remorso e busca o perdão.

É por meio da Política Nacional que se garante às mulheres na situação de violência, assistência e direitos. É também o que estabelece os conceitos, princípios, o rumo que se deve tomar e as ações que previnam a violência. No que tange ao conceito de enfrentamento, deve ser relacionada às políticas públicas, nas quais se faz necessária uma mobilização de todas as áreas do sistema, seja saúde, educação, segurança pública, justiça e etc.

Para dar mais agilidade a tal programa Federal, em 2007, o ex-presidente Lula lançou o Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra a Mulher, no qual foi feito um acordo entre os entes da Administração Direta; os 27 estados aderiram ao pacto. O estado de Pernambuco destaca-se por ter assumido o serviço de abrigo, o qual abriu e deu estrutura a seis casas-abrigo espalhadas pelo estado. De 2009 a fevereiro de 2012, Pernambuco tinha um total de 417 mulheres e 630 crianças abrigadas.

A Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres age desconstruindo as desigualdades e combatendo as discriminações de gênero; interfere nos padrões sexistas; promove o empoderamento das mulheres e garante os direitos humanos das mulheres; assim como promove o acesso destas aos serviços especializados. A política nacional ainda amplia o conceito de violência contra as mulheres, englobando violência doméstica e familiar, o assédio sexual, a violência institucional, entre outros.

Além disso, incluiu quatro dimensões para o enfrentamento à violência contra a mulher, que são: a prevenção, o combate, a assistência e a garantia de direitos. Além disso, houve a necessidade de estabelecer-se vínculo com a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, a Política Nacional de Assistência Social, Política Nacional de Saúde das Mulheres, entre outras. A SPM priorizou um maior e melhor atendimento às mulheres em situação de violência, foi assim que surgiram os CRM's, as defensorias da mulher, promotorias da mulher, juzizados especializados de violência doméstica e familiar, e Central de atendimento à Mulher.

A ação governamental vai desde o incentivo a serviços especializados e a rede de funcionamento e atendimento do sistema, capacitação de agentes para o atendimento, até uma maior acessibilidade da mulher à justiça, assim como para questões de segurança.

1.4 A Política do Abrigamento

Para conceituar abrigamento, é necessário expandir o conhecimento e visar a Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres, portanto, abrigamento são as diversas formas de acolhimento provisório. Tais formas materializam-se em serviços, programas e até benefícios, tudo destinado a mulheres vítimas de violência. Devemos incluir em tal conceito, não somente o acolhimento em si, mas também tudo aquilo que contribua para o bem-estar físico, psicológico e social das vítimas. Lembrando que ao ocorrer o acolhimento das vítimas, faz-se necessário um acompanhamento por um serviço especializado de atendimento e uma articulação com a segurança pública.

Existem algumas recomendações feitas ao sistema de acolhimento, que têm por base o que trata a Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres, algumas são : garantir o cumprimento de tratados e acordos internacionais ratificados pelo Brasil; confirmar a existência da violência de gênero, etnia e raça como decorrente de um contexto histórico e estrutural; as políticas de abrigamento devem funcionar junto às áreas da saúde, educação, assistência, habitação, trabalho, direitos humanos e justiça; capacitação de profissionais para assistência às mulheres vítimas; e articulação do sistema de abrigamento, principalmente, com a segurança pública para fornecer segurança físico-psicológica-social.

1.5 Diretrizes norteadoras do processo de abrigamento

As Diretrizes Nacionais de Abrigamento às Mulheres em situação de Violência servem para nortear, guiar todo o processo de acolhimento de mulheres vítimas de violência assim como dar parâmetros ao fluxo de atendimento nas redes de serviços. Procura abranger as diversas formas de violência contra a mulher e promove novas formas de abrigamento.

As Diretrizes Nacionais de Abrigamento têm por base os princípios propostos no Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, que são a Igualdade e Respeito à Diversidade, Autonomia das Mulheres, Laicidade Estatal, Universalidade das Políticas, Justiça Social e o princípio da Participação e Controle Social.

Adentrando um pouco aos princípios: Igualdade e Respeito à Diversidade tratade garantir que todos tenham direitos iguais, homem ou mulher, verificando o respeito a diversidade cultural, racial, inserção social, situação econômica e regional, entre outros; no princípio da Autonomia das Mulheres, estas têm o direito de decisão e influências, seja sobre suas vidas, seus corpos, na comunidade ou no país.

Na Laicidade do Estado, as políticas públicas para as mulheres devem ser feitas independentemente dos princípios religiosos; na Universalidade das Políticas, as políticas públicas devem garantir às mulheres o acesso às diversas áreas e setores sociais; na Justiça Social, deve ser assegurada a redistribuição dos recursos e riquezas e uma superação da desigualdade social; e o Princípio da Participação e Controle Social, dá o direito à participação e debate de políticas públicas.

2. COMO FUNCIONA A CASA-ABRIGO

Para um perfeito funcionamento das Casas-Abrigo é necessário haver: vinculação à assistência social, para proporcionar garantia de estabilidade; institucionalização, pois as casas-abrigo deverão ser criadas por lei e ter parcerias com órgãos gestores, garantindo maior segurança tanto para as mulheres como para as profissionais atuantes; atuação junto à segurança pública, para a garantia de proteção dos direitos da mulher e seus respectivos filhos abrigados; outro fator importante é manter o sigilo, capaz de garantir a segurança das vítimas; e por fim, deve haver um acompanhamento após o abrigamento, que deverá ser feito pelo CRM mais próximo ou pelo Centro Especializado de Referência de Assistência Social (CREAS), promovendo à mulher acesso à habitação e trabalho

O sistema de abrigamento tem ocorrido de diferentes formas nos estados e municípios brasileiros, visto que não existe uma uniformidade na rede de atendimento para o encaminhamento ao programa. Para tanto, as Diretrizes Nacionais trazem uma forma padronizada, uniforme, para o atendimento.

As etapas para o abrigamento iniciam-se com os serviços demandantes, especializados ou não (Delegacias da Mulher, Defensorias da Mulher, CRM e etc.), que identificarão o caso de acolhimento; em seguida, a mulher será encaminhada para o CRM mais próximo, na falta deste, será encaminhada para o CREAS, ambos terão a função de avaliar o caso por meio de uma entrevista (horário comercial); e ainda o próprio serviço da Casa-Abrigo pode, em plantão, fazer a averiguação do caso (horário extra-comercial); em um terceiro momento, identificada a necessidade do serviço de acolhimento, o CRM, o CREAS, ou o próprio serviço da Casa Abrigo terá que realizar a locomoção da mulher e seu(s) filho(s), se assim os tiver. No caso de local sigiloso, o transporte ocorrerá por conta de motorista próprio da Casa Abrigo e nos casos de maior perigo à vítima, a locomoção será feita por uma autoridade policial.

Por último, após o término do serviço, o CRM ou o CREAS deverá prestar um acompanhamento à vítima para que seja garantida a sua reintegração à vida social. Será no momento da avaliação pelo CRM, CREAS, ou pelo serviço de abrigamento, que ocorrerá a individualização do caso e assim a inclusão da mulher ao serviço correto de ajuda, seja uma casa de acolhimento provisório, a casa abrigo ou outro meio alternativo ao acolhimento. Nos locais que não possuam um CRM ou um CREAS, deverá ser informado ao serviço sócio-assistencial, para que este faça o devido encaminhamento ao local mais próximo de acolhimento às mulheres vítimas de violência.

3. DIFICULDADES ENFRENTADAS PELA CASA ABRIGO

As profissionais atuantes da CRM afirmam haver inúmeras dificuldades e desafios que cercam o sistema de abrigamento, o principal deles é a recusa da mulher ao ingressar em tal mecanismo, isso porque ela terá que optar, se assim desejar, pelo abandono de tudo e de todos do seu convívio, desde o trabalho ao convívio familiar. Para tanto, alguns estudos levaram a conclusão da necessidade de se contribuir também para uma melhor compreensão, por parte das mulheres, da situação e das dificuldades de ingresso e permanência no instrumento.

O serviço de abrigamento, embora preserve a vida, muitas vítimas acabam recusando a inclusão no mecanismo, ou até abandonando, porque, além de ter que abrir mão dos laços afetivos e vínculos sociais, as mulheres abrigadas não podem receber visitas, não

podem ter celular, entre outros. Muitas delas desistem porque se sentem em uma prisão, porém, muitas outras entram no programa por não ter escolha.

O sigilo também traz dificuldades ao funcionamento da casa abrigo devido as suas exigências, tais como a mudança constante de endereços; a não possibilidade de um imóvel próprio e a necessidade de se alugar imóveis, que não apresentarão as condições necessárias à manutenção da casa abrigo. Além disso, pode ocorrer a quebra do sigilo devido a fatores como o município ser pequeno, ou por parte de ex-residentes, ou até devido o agressor ter tomado conhecimento do endereço, entre outros. Portanto, para haver uma proteção maior ao sigilo é importante que se tenham estratégias que incluam: a guarda de policiais femininas ou guarda municipal feminina, institucionalização das casas abrigo, formalização de parcerias, maior articulação com a comunidade, maior tecnologia, entre outros.

Além da pouca popularidade da casa abrigo, estudos apontam que as mulheres inclusas no programa de abrigamento possuem, em sua maioria, baixa escolaridade, o que dificulta a qualificação profissional e autonomia econômica, fatores que aumentam a vulnerabilidade da mulher e dificultam a saída do ciclo de violência. Portanto, devemos entender a casa abrigo como uma última medida a ser tomada. Para tanto, os profissionais da Política Nacional de Enfrentamento a Violência devem criar meios para fortalecer a cidadania da mulher, assim como sua segurança, extinguindo qualquer sentimento de injustiça ou aprisionamento, principalmente no que tange a Casa Abrigo.

4. COORDENADORIAS DA MULHER

Vinculado ao ministério da justiça, em 1985 foi criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Os conselhos de direitos são facultativos a nível estadual e municipal e vêm demonstrando insuficiência na luta pelo combate à violência contra a mulher. Tal insuficiência levou à criação das secretarias e coordenadorias de mulheres, que possuem poder de execução, maior articulação e melhores condições de intervenção pública.

A Coordenadoria da Mulher é gênero, enquanto a Casa Abrigo é espécie, ou seja, aquela é responsável por criar soluções que ajudem a mulher vítima a sair do seu ciclo de violência; um dos meios pensados são as Casas-Abrigo e as Casas de Passagem (ou Casas de Acolhimento Provisório). Portanto, as coordenadorias possuem uma maior articulação do que as Casas de Acolhimento.

As secretarias e coordenadorias têm a missão de contribuir para a promoção da igualdade de gênero, através de meios como a formulação, coordenação e articulação de políticas para as mulheres. Além disso, visam a eficácia dos programas e ações governamentais; organizar indicadores; promover parcerias público-privadas e com movimentos sociais; e visam articular-se com as demais secretarias e órgãos governamentais em busca de seus objetivos.

As coordenadorias realizam atividades como orientação por telefone às mulheres que precisam agendar atendimento; prestação de serviço-referência para acompanhamento em caso de violência e devidas providências; encaminhamento para serviços de saúde em casos de violência sexual e doméstica. Têm significativa contribuição para o fortalecimento de ações para a redução da vulnerabilidade das mulheres excluídas, assim como garantia de direitos sexuais e reprodutivos (planejamento familiar, pré-natal e etc.).

5. PROGRAMAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA

Os programas de enfrentamento da violência configuram-se em ações e estratégias de prevenção, proteção e intervenção. Tais ações e estratégias são planejadas e articuladas a nível federal, estadual e municipal, sendo executadas pelas secretarias municipais da sua rede local, com a finalidade de reduzir atos violentos e nortear ações de cuidado às vítimas. Priorizam, acima de tudo, maior investimento na prevenção, quando se observa a pretensão de reduzir a violência e seus agravos, pois é prevenindo que se combate tanto a violência como os gastos com as sequelas provenientes desta.

Tais programas criam ações específicas para cada grupo populacional (crianças, idosos, mulheres, e etc.) respeitando e articulando-se de acordo com a necessidade de cada grupo. Apesar da especificidade, apresentam alguns pontos em comum, como a atenção integral às pessoas vítimas de violência; formulação de ações de prevenção e promoção de saúde para a parcela populacional mais vulnerável; a notificação da ocorrência da violência para que haja a produção de dados (informação); assim como a capacitação e educação contínua dos profissionais responsáveis pela sua área de atuação dentro do programa (principalmente relacionada à saúde).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É crucial falar e trazer o Projeto Casa Abrigo para o Cariri é preciso que os pontos de apoio como a Delegacia e Defensoria para a mulher busquem a fomentação desse Projeto que já está pronto e qualificado para ser executado, encontrando-se em anexo os projetos: Arquitetônicos e o Plano de Ação, os quais foram entregues ao Conselho Municipal da Mulher de Juazeiro do Norte.

Ao longo do texto foi averiguado o quanto ainda precisa ser feito, estudado e analisado para diminuir essa cultura da violência e implantar-se uma cultura de paz.

Portanto, aqui ficam registrados os procedimentos jurídicos cabíveis para a implementação da Casa-Abrigo no Cariri, como também a execução deste, de tal forma pelo apelo que sentimos ao ver no rosto das mulheres agredidas o clamor por segurança e justiça.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. 11^o ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. **LEI Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 16 de dezembro de 2017.

BRASIL. **Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro

Cantadas na rua são consideradas assédio sexual. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/11/cantadas-na-rua-sao-consideradas-assedio-sexual>>.

DIAS, F. N. **O medo enquanto emoção social**: Contributos para uma sociologia das emoções. Forum Sociológico, nº 15/16 (II Série), 2006.

GERHARDT, T. E.; SILVEIRA, D. T. **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: Editora da Ufrgs, 2009. p. 18.

GEERTZ, C. **A interpretação das culturas** / Clifford Geertz. - 1.ed., IS.reimpr. - Rio de Janeiro:LTC, 2008.

GIL, A. C. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 12 e 51.

FEIX, V. **Das formas de violência contra a mulher** – artigo 7º. 2011. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/2_artigo-7.pdf>. Acesso em: 16 de dezembro de 2017.

TEIXEIRA, E. F.-; MENEGHEL, S. N. **Dicionário Feminino da Infâmia: acolhimento e diagnóstico de mulheres em situação de violência**. Rio de Janeiro: editora FIOCRUZ, 2015.

WAISELFISZ, J.J. **Mapa da Violência 2012**. Os novos padrões da violência homicida no Brasil. Caderno Complementar 1: Homicídio de mulheres no Brasil. São Paulo. Instituto Sangari. 2012.

TRABALHOS APRESENTADOS NO I PAINEL DE DEBATES DO GRUPO: ESCRREVENDO A DEFENSORIA

TEMÁTICA: LEGITIMIDADE E VULNERABILIDADE

WORKS PRESENTED IN THE I PANEL OF DISCUSSIONS OF THE GROUP "WRITING THE DEFENDER"

Por Edilson Santana Gonçalves Filho

Defensor Público Federal

edilson.santana@dpu.def.br

INTRODUÇÃO

No final de 2015, mais precisamente em 5 de novembro daquele ano, alguns defensores públicos, de diversas partes do país, **imantados** por um comum interesse pela literatura jurídica específica relacionada com a temática do acesso à justiça e da atuação defensorial, tomaram a iniciativa de criar um grupo para comunicações instantâneas, via internet, por meio do aplicativo *whatsapp*, cujo propósito era o de reunir - num espaço virtual de debates e de intercâmbio de ideias - os colegas engajados na produção e publicação de textos acadêmicos relacionados às atividades e funções institucionais da Defensoria Pública. Esse grupo de *whatsapp* foi denominado de **Escrevendo a Defensoria**. O propósito do grupo tem sido, desde então, o de fomentar a pesquisa jurídica e a reflexão teórica sistematizada a respeito da instituição defensorial em particular, e bem assim de questões jurídicas em geral analisadas sob uma perspectiva da atuação funcional própria dos Defensores Públicos.

No ensejo da realização do XIII Congresso Nacional dos Defensores Públicos (CONADEP), promovido pela Associação Nacional dos Defensores Públicos

(ANADEP) em novembro de 2017, na cidade de Florianópolis/SC, alguns membros do grupo tiveram a ideia de promover uma reunião presencial daqueles integrantes que estariam participando do referido congresso. Foi então idealizado e organizado, dentro da programação do CONADEP, o “I Painel de Debates do Grupo Escrevendo a Defensoria Pública”, sob a coordenação científica de Cleber Francisco Alves e Jorge Bheron Rocha. Ficou definido que o formato do painel consistiria na apresentação oral de “comunicações livres”, tendo sido publicado no *site* do evento, bem como no próprio grupo de *whatsapp* um edital de convocação para envio dos “resumos” respectivos. O painel estava aberto aos defensores e defensoras públicas, inclusive os federais. Estabeleceu-se, no referido edital, que os trabalhos a serem apresentados deveriam versar sobre o tema “Legitimidade e Vulnerabilidade”, sempre relacionado à atuação institucional da Defensoria Pública.

O edital indicou que os resumos deveriam conter um limite máximo de 250 palavras. Os resumos que viessem a ser aprovados para integrar o “Painel” deveriam ser apresentados oralmente, com limite de tempo de 10 (dez) minutos para cada comunicação, estabelecido o número máximo de 15 (quinze) trabalhos a serem discutidos, os quais seriam selecionados levando em conta os seguintes critérios de mérito científico e prático: (i) aspectos de originalidade; (ii) apresentação de forma clara; (iii) argumentos coesos; (iv); incorporação de elementos criativos; (v) adequação às normas de submissão; (vi) pertinência com a proposta temática do congresso.

Foram submetidos 10 (dez) resumos para apreciação da comissão avaliadora, integrada pelos professores Luiz Rodrigues Wambier, Zulmar Duarte, Ana Beatriz Presgrave e Alexandre Moraes da Rosa, na qualidade de avaliadores externos. Todos os resumos foram considerados, pela referida comissão, aptos para apresentação no **I Painel de Debates do Grupo Escrevendo a Defensoria Pública**, o que de fato se deu na tarde do dia 15 de novembro de 2017, como parte da programação do XIII CONADEP. Os debates efetivamente ocorridos durante o Painel foram muito profícuos e produtivos. Há expectativa de que os respectivos autores, a partir do que foi discutido e das contribuições e críticas recebidas durante o Painel, venham a desenvolver as ideias contidas nos resumos, objeto das comunicações orais apresentadas, produzindo artigos e outros trabalhos acadêmicos para serem oportunamente publicados em periódicos jurídicos, em anais de eventos acadêmicos ou mesmo em livros ou capítulos de livros. Paralelamente a tais iniciativas, cogitadas e prováveis, com o intuito de divulgar desde logo as importantes reflexões suscitadas no **I Painel de Debates do Grupo Escrevendo a Defensoria Pública**, com o apoio da Revista da Defensoria Pública da União, estamos publicando os referidos resumos, de modo a propagar na comunidade jurídica as questões então

debatidas, na certeza de que essa iniciativa – que consideramos muito bem sucedida – consiste num formato capaz de estimular a reflexão e suscitar novos debates inspiradores para o aprimoramento da atuação da Defensoria Pública no Brasil.

A Defensoria Pública e a tutela do nascituro como ser humano vulnerável

Por Cleber Francisco Alves

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro embora não atribua personalidade civil ao nascituro, expressamente protege seus direitos desde o momento da concepção (Artigo 2º, do Código Civil), sendo manifesta sua condição de ser vivo, integrante da espécie humana. A Convenção Americana dos Direitos do Homem, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro (Decreto 678/92), com caráter de supra legalidade, tendo em vista o disposto no seu Artigo 4º, item 1, também fundamenta a proteção ao nascituro, desde a concepção. A condição de vulnerabilidade do nascituro, pela própria realidade do contexto de sua vital dependência de outrem, no caso a gestante, é incontestável. Nos casos de pretensão da gestante de interrupção da gravidez, invocando permissivo legal para tal conduta, configura-se inequivocamente um embate entre os direitos alegados pela mulher para embasar sua pretensão e o direito à vida do nascituro, que igualmente são assegurados pelo ordenamento jurídico. Há, nesses casos, conflito entre direitos humanos. Diante da situação de vulnerabilidade, parece-nos indispensável que, na relação jurídico-processual em que esteja sendo discutida a possível interrupção da gravidez, se assegure a presença de um ator que desempenhe o papel de defender os direitos do nascituro. Pelo perfil constitucional e legal próprio da Defensoria Pública, sustentaremos, nesta “comunicação livre”, que esse papel deve ser desempenhado por um defensor público.

Meios processuais de intervenção da Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis*

Por Edilson Santana Gonçalves Filho

RESUMO

Cabe à Defensoria Pública, por força de disposição constitucional, a defesa do necessitado que comprove a insuficiência de recursos, consoante artigos 134 e 5º, LXXIV da Constituição Federal. Tal carência, que não é só de ordem financeira, gera vulnerabilidade. Logo, a Defensoria Pública tem como missão constitucional a defesa dos vulneráveis. A partir da compreensão da Defensoria Pública como órgão incumbido da defesa dos vulneráveis ou, em outros termos, instrumento voltado à garantia do contraditório para pessoas e comunidades vulneráveis, é possível identificar situações nas quais a atuação processual do órgão pode (ou deve) ocorrer de maneira interveniente, como uma espécie de *custos vulnerabilis*. Questão prática relevante é saber se tal intervenção fica limitada aos institutos processuais expressamente previstos (como na qualidade de *amicus curiae* – CPC, Artigo 138 - ou curador especial – CPC, Artigo 72) ou pode ocorrer também de forma anômala (ou inominada), sempre que a demanda possa surtir efeitos nas esferas do indivíduo ou grupo necessitados.

REFERÊNCIAS

DE SOUZA, J. A. G.; DIDIER JR, F. (Coords.). **Coleção repercussões do novo CPC: Defensoria Pública**, v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015.

ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FENSTERSEIFER, T. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FILHO, E. S. G. **Defensoria pública e a tutela coletiva de direitos: Teoria e Prática**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GONZÁLEZ, P. **A definição constitucional da Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático: para além de sua função simbólica**. In: ALVES,

C. F. GONZÁLEZ, P. **Defensoria Pública no Século XXI**: Novos horizontes e desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

KETTERMANN, P. **Defensoria pública**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

MAIA, M. C. Expressão e instrumento do regime democrático? ‘Communitas’, ‘Vulnerabilis et Plebis’ – Algumas dimensões da missão do Estado defensor. **Revista jurídica virtual Empório do Direito**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/expressao-e-instrumento-do-regime-democratico-communitas-vulnerabilis-et-plebis-algumas-dimensoes-da-missao-do-estado-defensor-por-maurilio-casas-maia/>. Acesso em: 16.dez.2015.

CASAS MAIA, Maurilio. Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, Ano XVIII, Vol. 425, Out. 2014.

ROCHA, J. B. R. A Defensoria como custos vulnerabilis e a advocacia privada. In: **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada>>. Acesso em 24. nov. 2017

ROCHA, A. S. da. **Defensoria Pública**: fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, F. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

_____. **Igualdade de vulnerabilidade no processo civil**. São Paulo: Forense, 2012

Colaboração Premiada: Comunicação Obrigatória à Defensoria Pública para assistir ao Colaborador sem advogado constituído

Por Jorge Bheron Rocha

RESUMO

A colaboração premiada é meio de obtenção de prova em que o colaborador efetiva e voluntariamente contribui com a investigação/processo criminal, condicionada à obtenção de resultado.¹ A colaboração pode ser: pré-processual, anterior à ação penal, na fase da investigação; processual, quando iniciado o processo e antes da sentença definitiva; e pós-processual, após o trânsito em julgado. A Lei nº 12.850/2013,² consonante com o Código de Processo Penal³ e com as normas convencionais,⁴ determina que em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração é obrigatória a assistência por defensor.⁵ Assim, se o eventual colaborador procurar a Polícia ou Ministério Público antes do processo ou após seu término, deverá ser instruído a constituir advogado, e, em caso de inércia, ou de não possuir condições de contratação, deverá a Defensoria Pública ser comunicada de imediato para assisti-lo juridicamente, em analogia ao artigo 289-A, §4º e 306, §1º, do CPP. Se a proposta de colaboração surge no curso do processo, e em percebendo o juiz a deficiência da defesa técnica, deve declarar o acusado indefeso e

¹ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advinha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

² Art. 4º (...) § 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

³ Decreto-lei 3689/41: Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

⁴ Convenção Americana de Direitos Humanos (1969): Artigo 8º - Garantias judiciais (...) 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...)d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Artigo 14 (...) 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

⁵ Também na transação penal é obrigatória a presença de defensor do agente (art. 76, §3º, Lei 9.099/95).

garantir-lhe o direito de constituir novo defensor, e, em não sendo constituído, intimar a Defensoria Pública para atuar. Em todos os casos, sem defensor ou com atuação deficiente deste, o acordo restará anulado. Esta é a interpretação que dá a máxima efetividade à garantia constitucional do acesso à Justiça, à ampla defesa e à missão da Defensoria Pública de protetora dos direitos humanos, diante da vulnerabilidade jurídica a que o colaborador se encontra submetido.

Legitimidade Extraordinária da Defensoria Pública: interpretação sistêmica a partir do novo marco processual instaurado pelo artigo 18 da Lei 13.105/2015 – Novo CPC

Por Jorge Bheron Rocha

RESUMO

À Defensoria Pública⁶ foi incumbida pela Constituição de 1988⁷ a consecução dos objetivos democráticos de redução das desigualdades; erradicação da pobreza; acesso à ordem jurídica justa; construção de uma sociedade livre, justa e solidária, independente de caracteres pessoais de seus beneficiários.⁸ O múnus da DP não se liga exclusivamente à proteção daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade econômica,⁹ senão

⁶ Doravante chamada simplesmente DP.

⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante chamada simplesmente CRFB. “No Brasil, intentando fazer cumprir o objetivo de redução das desigualdades e erradicação da pobreza (art. 3º, III, CRFB), garantindo a todos o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB), como forma de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB), independente de origem, cor, raça, posição social, gênero ou orientação sexual, convicção filosófica, política ou religiosa, idades, dentre outros (art. 3º, IV, CRFB) é que o constituinte originário erigiu em favor dos necessitados (art. 5º, LXXIV, CRFB) uma instituição especialmente dedicada a sua orientação, defesa e promoção jurídicas: a Defensoria Pública (art. 134, caput, CRFB)”. ROCHA, Jorge Bheron. O Histórico do Arcabouço Normativo da Defensoria Pública: da Assistência Judiciária à Assistência Defensorial Internacional. In: Os Novos Atores da Justiça Penal. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 266

⁸ Origem/cor/raça/posição social/gênero/orientação sexual,/ convicção filosófica,/ política/ ou religiosa,/ idade. É em especial após a Emenda Constitucional nº 80/2014, que lhe atribuiu, além da assistência jurídica integral e gratuita, a promoção dos direitos humanos, a elegendo como instrumento expressão do regime democrático.

⁹ Quando quis se referir à pobreza, a CRFB o fez expressamente: arts. 3º, III; 5º, LXXVI; e 23, X; e arts. 79, 80, 81, 82, 84, ADCT. Quando utiliza a expressão “recursos”, a CRFB está se referindo a “meios”, ou “instrumentos”. Assim: recursos minerais; recursos hídricos; recursos orçamentários; recursos (processuais).

em diversas outras situações relacionadas a direitos fundamentais,¹⁰ que configurem outras vulnerabilidades,¹¹ ou, ainda, indivíduos ou coletividades especialmente protegidas.¹² O conceito de necessitado deve ser entendido numa conceituação mais ampla, traduzindo a plena força normativa e a garantia de aplicabilidade do Princípio da Máxima Efetividade do texto constitucional.¹³ A Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública¹⁴ atribuiu Legitimidade Extraordinária¹⁵ à Instituição em favor de pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade, sempre que for imprescindível à adequada e efetiva tutela dos direitos. É hipótese, v.g., pessoas com graves problemas de saúde e necessidade de atendimento médico em unidades de tratamento intensivo,¹⁶ revelando-se o ajuizamento de ação judicial em LE (em nome próprio, mas para salvaguardar direito alheio) a mais adequada e eficiente atuação da DPU.¹⁷ Não apenas a LONDEP autoriza tal atuação, mas também o Novo CPC,¹⁸ determinando nova disciplina à LE, que pode se dar quando **autorizado pelo ordenamento jurídico** e não exclusivamente **quando autorizado por lei** como era

¹⁰ Tais como a vida, a liberdade, a dignidade, a saúde.

¹¹ Óbices geográficos, debilidade de saúde, desinformação pessoal, desconhecimento sobre as leis, dificuldade de compreensão da técnica jurídica, ausência de defesa técnica, deficiência de atuação probatória e incapacidade de organização. TARTUCE, Fernanda. Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 189 e ss.

¹² Tais como crianças, adolescentes, mulheres vítima de violência, idosos, doentes, populações de rua, etc

¹³ STF - ADI 3943 / DF - Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 07/05/2015

¹⁴ Doravante chamada simplesmente LONDEP. Dispõe o Art. 4º, caput e inciso X: Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: "(...) X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

¹⁵ Doravante chamada simplesmente LE.

¹⁶ É nitidamente o caso de pacientes internados, em grande parte idosos ou, ainda, pessoas em estado de coma, desacompanhados de familiares, ou sem puder ter acesso a estes, em que, na letra fria da lei, não tem representantes legais ou não há previsão legal escorreita de substituição processual.

¹⁷ A Defensoria Pública do Rio de Janeiro já tem, para além destas projeções teóricas, efetiva práxis que demonstra a necessidade real de uma interpretação que alie o acesso à justiça material com vistas à solução de problema real garantindo a consecução da dignidade, cidadania e plena efetividade dos direitos fundamentais, no caso, a saúde. Trata-se do projeto este denominado "A SAÚDE NÃO PODE ESPERAR", em que os "Núcleos de Atendimento de Petrópolis, iniciou trabalho coletivo em favor dos usuários do sistema de saúde pública, resultando em inúmeras visitas de inspeção e monitoramento nos hospitais públicos e conveniados ao SUS da cidade de Petrópolis e reuniões com o Poder Público, dando ensejo ao ajuizamento de ações civis públicas, além da celebração de termos de ajustamento de conduta". SÁ, Andrea Carius de. PIMENTA, Marília Gonçalves. ALVES, Cleber Francisco. Trilhando novos caminhos: a legitimidade extraordinária da defensoria pública na defesa de pessoas em situação de vulnerabilidade: garantia e efetividade do Direito Constitucional à saúde In Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, n. 9, jan./dez. 2016. p. 453-464

¹⁸ Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015: "Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico."

no velho CPC.¹⁹ Assim, à LE são incluídas muitas outras hipóteses, como a analogia ou os negócios jurídicos processuais,²⁰ resultando de uma interpretação sistêmica e não da exclusiva e expressa previsão legal.²¹

Defensoria Pública *Amicus Democratiae*: atuação em prol da afirmação do Estado Democrático de Direito e da prevalência e efetividade dos direitos humanos independentemente de configuração de vulnerabilidades

Por Jorge Bheron Rocha

RESUMO

A EC nº 80/2014 constitucionalizou novas missões da Defensoria Pública (DP), alargando seu âmbito de atuação, passando ser, permanente e essencial à função jurisdicional do Estado,²² em consonância com o previsto na legislação infraconstitucional.²³ A atuação da Instituição está sempre tipicamente ligada à presença de alguma vulnerabilidade (econômica, jurídica, circunstancial ou organizacional), com o escopo de realizar o necessário equilíbrio nas relações político-jurídicas em que o indivíduo (ou grupo) vulnerável está submetido, em razão de esta vulnerabilidade lhe obstaculizar ou dificultar o acesso à Justiça ou com a finalidade de reduzir ou dissipar a própria vulnerabilidade

¹⁹ Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869: “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

²⁰ DIDIER JR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/fonte-normativa-da-legitimacao-extraordinaria-no-novo-codigo-de-processo-civil-a-legitimacao-extraordinaria-de-origem-negocial/> Acesso em 20.09.2017

²¹ Sistemas Processuais: A Questão da Aplicação Supletiva e Subsidiária do Art. 15 do Novo CPC. ROCHA, Jorge Bheron. In O Novo Código de Processo Civil e a perspectiva da Defensoria Pública. Roger, Franklyn (org) Juspodivm: Salvador. 2017.

²² Redação antes da EC80/2014: “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”. Redação atual dada pela EC80/2014: “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”

²³ A Lei Complementar 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar 132/2009 dispunha: “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.”

existente.²⁴ Para além das hipóteses em que a DP atua como Amicus ad vulnerable, há casos em que não atua diretamente associada à vulnerabilidade,²⁵ atua como expressão e instrumento do regime democrático, verdadeiro Amicus Democratiae²⁶ assim quando participa do processo de criação e definição das normas sociais, dos debates parlamentares, leis ou orçamentos, convocação de audiências públicas,²⁷ na função Ombudsman,²⁸ participação de conselhos, na educação em direitos.²⁹

A legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de pessoas em situação de vulnerabilidade por deficiência intelectual: um réquiem às interdições judiciais no CPC/2015

Por Júlio Camargo de Azevedo

²⁴ A pessoa que se encontra em coma em razão de enfermidade tem na doença sua ratio de vulnerabilidade. Pode ela necessitar da Defensoria Pública para ajuizar ação judicial contra o poder público para que este lhe forneça medicamentos (ou leito em hospital ou intervenção cirúrgica), mas pode também necessitar da Defensoria Pública para lhe fazer a defesa jurídica em ação que lhe seja movida, por exemplo, de interdição. No primeiro caso, a finalidade da atuação da Defensoria Pública é de reduzir ou de dissipar a própria vulnerabilidade existente; já no segundo caso, a vulnerabilidade lhe obstaculiza ou dificulta a defesa judicial, e, conseqüentemente, seu acesso à Justiça

²⁵ Bem assim nos casos em que atua em nome próprio para defesa de suas atribuições ou para execução de suas verbas sucumbenciais: “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) IX – impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; e XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores;”.

²⁶ “Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.”

²⁷ “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XXII – convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.” A convocação é dirigida a toda a sociedade, podendo todas as pessoas participarem da discursividade institucional, não havendo aqui qualquer possibilidade de instituição de critérios de vulnerabilidade para participar das audiências públicas.

²⁸ (SARMENTO, 2015),

²⁹ “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”. Outra conclusão não se pode chegar senão a de que a educação em direitos (difusão e conscientização) deve ser dirigida à todas as pessoas que constituem o tecido social, independentemente de se encontrar em estado de vulnerabilidade, uma vez que serve tanto para os que possam estar submetidos às condições que lhe vulneram – para que possam se apossar da informação e da formação em direitos humanos -, tanto para os que possa estar na condição de submeter outrem á condição de vulnerabilidade – para que cessem essa situação

RESUMO

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência inaugurou o paradigma da autonomia individual, da liberdade de escolha e da inclusão da pessoa com deficiência em nosso ordenamento jurídico (artigo 3º, “a” e “c”), contrapondo-se ao regime civil de incapacidades baseado na ampla intervenção estatal, no regime de interdições e na proteção baseada em decisões substituídas. Inspirada na Convenção, a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015) eliminou a possibilidade de decretação da incapacidade civil absoluta da pessoa com deficiência, revogando os dispositivos referentes à interdição do Código Civil de 2002. Admitiu, unicamente, a fixação de curatela enquanto medida extraordinária, restrita a atos negociais, proporcional às circunstâncias do caso e limitada no tempo pela necessidade concreta. Sem dialogar com a legislação protetiva, o CPC/2015 ressuscitou indevidamente o instituto da interdição, violando o paradigma inclusivo inaugurado pela Convenção de Nova Iorque. Não obstante, à luz das normas protetivas citadas, irracional permitir a sobrevivência do estigmatizante procedimento especial de interdição judicial, que nada mais objetiva senão a completa castração psicossocial do indivíduo com deficiência, contrastando com os ideais perseguidos pelo Movimento de Luta Antimanicomial e Reforma Psiquiátrica. Em cumprimento ao artigo 4º da Convenção, a Defensoria Pública deve abster-se de referendar esta prática incompatível com a dignidade das pessoas com deficiência, fincando uma bandeira definitiva contra as interdições judiciais do CPC/2015. Curial, ainda, que promova a adaptação procedimental em demandas de fixação de curatela, impedindo que as regras previstas afrontem os direitos humanos das pessoas com deficiência.

A atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*

Por Lucas Marques Luz da Ressurreição

RESUMO

A Defensoria Pública, após surgir constitucionalmente em 1988 com a promulgação da Constituição Federal vigente, foi se adaptando às crescentes demandas sociais, a fim de abarcar a proteção das múltiplas vulnerabilidades que vitimam cotidianamente

alguns segmentos da sociedade. Dentro desse cenário, verificou-se a essencialidade de reivindicar da Defensoria Pública a incumbência de fiscalizar, na posição de verdadeiro guardião, a efetivação de direitos das pessoas necessitadas. Dessa maneira, diversas normas foram sendo criadas, formando um verdadeiro microsistema jurídico defensorial, o que definiu o novo perfil da Defensoria e embasou a ampliação da sua atuação que não mais poderia se ater, diante da realidade social revelada, a uma mera representação processual de hipossuficientes, motivo pelo qual acaba por alcançar, inclusive, a possibilidade de intervenção em processos judiciais. Assim, pode-se afirmar que a Defensoria Pública em juízo pode assumir as seguintes posições processuais: representante da parte (incluído aí a atuação como curador especial); parte principal (legitimação *ad causam* ordinária ou extraordinária); parte auxiliar (assistência *ad coadjuvandum* simples, *iussuiudicis* atípica ou assistência litisconsorcial) e interveniente (*amicus curiae* ou *custos vulnerabilis*). Ressalte-se que o fundamento para a atuação defensorial como *custos vulnerabilis* baseia-se numa interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, encontrando – por analogia e com adaptações necessárias – possibilidades e limites naqueles dispositivos processuais que delineiam e amparam as atividades exercidas pelo Ministério Público na condição de *custos legis*. Nesse sentido, objetivando-se reforçar o papel da Defensoria na promoção dos direitos humanos, verifica-se ser imperioso o reconhecimento normativo expresso através de uma reforma legislativa processual.

A competência processual e o foro competente para o processo e julgamento dos processos da pessoa com deficiência

Por Paulo César Oliveira do Carmo

RESUMO

O objetivo é abordar a competência processual e o foro para o processamento e julgamento de processos, cuja tutela jurídica tem por fundamento fático-jurídico, assegurar os direitos em prol das pessoas com deficiência, de forma a facilitar o acesso à justiça.³⁰ Interpretando

³⁰ O acesso à justiça, notadamente sob a perspectiva dos indivíduos e grupos sociais necessitados ou vulneráveis, deve ser o objetivo supremo a ser perseguido pela Defensoria Pública, atuando institucionalmente, de forma concreta, na tutela e promoção dos direitos humanos e fundamentais, cumprindo os ditames do art. 134 da CRFB/88 e da Lei Complementar 80/94.

o ordenamento jurídico pátrio (Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, Decreto n.º. 3.956 de 8 de outubro de 2001;³¹ a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo facultativo, Decreto Legislativo n.186 de 9 de julho de 2008;³² Lei n.º.13.146 de 06/07/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência³³) concluímos pela permissão de uma fixação de competência processual favorável para o trâmite e julgamento de processos em favor de pessoas com deficiência, que, por determinadas circunstâncias fáticas e/ou jurídicas, se encontram em uma situação de vulnerabilidade,³⁴ devendo ser tutelados de forma diferenciada, na medida justa de suas desigualdades, para que possam estar em condições de igualdade com o próximo (parte), de forma a efetivar

³¹ “Art. 3.º Para alcançar os objetivos desta Convenção, os Estados Partes comprometem-se a: 1. Tomar as medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista ou de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade, entre as quais as medidas abaixo enumeradas, que não devem ser consideradas exclusivas: a) medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração; (...) Art. 4.º “no desenvolvimento de meios e recursos destinados a facilitar ou promover a vida independente, a autosuficiência e a integração total, em condições de igualdade, à sociedade das pessoas portadoras de deficiência.”

³² A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo facultativo (Decreto Legislativo n.186 de 09 de julho de 2008, cuja vigência foi confirmada pelo Decreto do presidente da República n.6.949 de 25 de agosto de 2009), em seu art.13, também assegura o acesso do deficiente à justiça, prescrevendo que “Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, afim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.”. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em seu art.5.º, parágrafo “3”, assegura que “a fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida”. A terminologia “adaptação razoável”, no art.2.º do mesmo diploma convencional, é definido como “...as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requerido sem cada caso, afim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais...”

³³ Lei 13.146. de 6 de julho de 2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência. Art. 79. O poder público deve assegurar o acesso da pessoa com deficiência à justiça, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, garantindo, sempre que requeridos, adaptações e recursos de tecnologia assistiva. A Lei 13.146 de 06/07/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu art. 3º, inciso VI, também define e explica o que consiste a “adaptação razoável”: “adaptações razoáveis: adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais;”

³⁴ Jorge Bheron Rocha identifica “situação de vulnerabilidade econômica ... [e] diversas outrassituações relacionadas a direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, a dignidade, a saúde, ou, ainda, indivíduos ou coletividades especialmente protegidas, como crianças, adolescentes, mulheres vítimas de violência, idosos, doentes, populações de rua, abrangendo, assim, outras vulnerabilidades”. In *Legitimidade da Defensoria Pública para Ajuizar Ação Civil Pública tendo por Objeto Direitos Transindividuais*. Fortaleza: Boulesis Editora. 2017. p 19

princípios processuais e o acesso à justiça, de forma material, e não meramente formal.³⁵ As pessoas com deficiência, possuem naturalmente impedimentos³⁶ de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na seara processual, em igualdade de condições com as demais pessoas. A facilitação de acesso à justiça, perpassa pela aproximação territorial, física e até estrutural, da residência e/ou domicílio das pessoas com deficiência, como foro processual.

REFERÊNCIAS

AMORIM, A. A. de. **Acesso à Justiça como Direito Fundamental e Defensoria Pública**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2017.

FENSTERSEIFER, T. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. 1 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROGER, F. ESTEVES, D. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

³⁵ A pessoa com deficiência pode estar inserida totalmente ou parcialmente nos obstáculos à justiça citados. E para superar, ou minorar os obstáculos de acesso à justiça, a facilitação do acesso à justiça se faz necessária, dentre os quais, a inversão da regra processual consagrada no art. 46 do Código de Processo Civil (foro comum). O Código de Processo Civil, em determinadas circunstâncias, inverte a regra processual do foro comum, determinando como foro competente, por exemplo, o domicílio ou residência do alimentando, para a ação em que se podem alimentos (art. 53, inciso II) bem como, também, a residência do idoso, para a causa que verse sobre direito previsto no respectivo estatuto. Cita-se também o Código de Defesa do Consumidor, um microsistema legislativo que assegura ao consumidor, pessoa classificada como hipossuficiente e vulnerável, no seu art. 101, inciso I, o foro de seu domicílio, para fins de proteção e a facilitação da defesa de seus direitos (art. 6º, inciso VIII).

³⁶ Ana Mônica Anselmo de Amorim (AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Acesso à Justiça como Direito Fundamental e Defensoria Pública. 1ª., Curitiba: Juruá, 2017.p. 121.), cita determinados obstáculos de acesso à justiça, e indicando soluções, expressando a importância da densidade normativa do direito e garantido acesso à justiça: “No que concerne ao acesso à Justiça, muitos são os obstáculos, sendo necessário, portanto, identificá-los, para só, então, conseguir soluções de superação. O acesso à Justiça apresenta dificuldades que não se limitam ao sistema interno, estruturado pela ordem jurídica para a solução dos conflitos de interesses, objetivando a restauração de direitos (quando ameaçados), ou, em alguns casos, para possibilitar o exercício de determinados direitos. Esse acesso pode ser mitigado por fatores políticos, sociais, econômicos, éticos, dentre outros, deve-se pensar, a priori na garantia do todo, da coletividade, para só então pensar-se em garantias individuais, na qual, conclui-se, destarte que os direitos fundamentais não são absolutos, vislumbrando-se uma ponderação de valores para a atenção de um fim maior, que seria o bem comum.”. A referida autora, citando Fernanda Tartuce (Vulnerabilidade Processual no Novo CPC. Repercussões do Novo CPC – Defensoria Pública. 1ª., Salvador: Juspodivm, v.5 .p.285.), traça como obstáculos ao acesso à justiça, denominada de “Vulnerabilidade Processual”, a insuficiência econômica, óbices geográficos, debilidades na saúde, desinformação pessoal, dificuldade no emprego da técnica jurídica e vulnerabilidade organizacional.

FARIAS, C. C. de. CUNHA, R. S. PINTO, R. B. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

TARTUCE, F. **Manual do Direito do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Método, 2016.

NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZVEIBIL, D. G. **Pessoa deficiente, demanda judicial, e competência judicial**: um estudo sobre o direito de acesso à justiça. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89257>. Acesso em: 02 jul. de 2017.

Acesso à Justiça na Perspectiva da Redistribuição e do Reconhecimento

Por Pedro González

RESUMO

Para Nancy Fraser a justiça requer tanto redistribuição quanto reconhecimento.³⁷ A primeira foca-se no aspecto socioeconômico, identificando-se com as demandas das camadas mais pobres da população. Já a política de reconhecimento centra-se no elemento cultural, identitário, aproximando-se das demandas de outros grupos em situação de vulnerabilidade.³⁸ Entretanto, a superação das injustiças requer tanto a redistribuição quanto o reconhecimento de forma integrada, em todos os eixos de subordinação. O acesso à Justiça em seu sentido material, axiológico, igualmente pode ser observado sob

³⁷ FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Tradução de Julio Assis Simões, *Cadernos de Campo*, São Paulo, n. 14-15, p. 231-239, 2006; FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. Tradução de Bruno Ribeiro Guedes e Letícia de Campos Velho Martel. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008, p. 167-189; FRASER, Nancy. Luta de classes ou respeito às diferenças? Igualdade, identidades e justiça social. *Le Monde Diplomatique Brasil*. jul. 2012.

³⁸ BENÍTEZ, O. S. Vulnerabilidad y Estado Social y Democrático de Derecho. In: LINERA, Miguel Ángel Presno. *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*. Oviedo: Procuradora General del Principado de Asturias/Universidad de Oviedo, 2013, p. 115-145.

essas duas perspectivas. De fato, esse só será completo se abranger a redistribuição e o reconhecimento. Tradicionalmente o “movimento de acesso à justiça”,³⁹ focou-se na desigualdade de acesso por razões econômicas. Nesse sentido são as previsões da isenção de custas e assistência jurídica gratuita aos pobres (políticas de redistribuição). Todavia, tem-se observado uma nova etapa para esse movimento, que enfoca as desigualdades além do aspecto econômico, atenta às desvantagens das pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade na sua interação com o Judiciário⁴⁰ (política de reconhecimento), complementando o enfoque tradicional. Assim, se a justiça tem essas duas dimensões, a instituição constitucionalmente idealizada para garantir o acesso a esta deve atuar não só na dimensão da redistribuição, mas também na do reconhecimento. Daí se extrai a legitimidade da atuação da Defensoria Pública em favor não só dos hipossuficientes econômicos, mas também das pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade em razão de padrões de valor cultural, tal como preconizado pelas Regras de Brasília e a LC nº 132/09.

Cleber Francisco Alves é mestre (1998) e doutor (2005) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Tem pós-doutorado (2014/2015) pela Universidade de Londres, como bolsista da CAPES, admitido como “visiting scholar”/“visitingfellow” no Institute of Advanced Legal Studies. É membro efetivo, representando o Brasil, no ILAG (International Legal Aid Group). É professor titular da Universidade Católica de Petrópolis, e professor adjunto da Universidade Federal Fluminense (Niterói).

Edilson Santana Gonçalves Filho é defensor público federal. Foi defensor público do estado do Maranhão. Autor dos livros “Defensoria Pública e a Tutela Coletiva de Direitos – Teoria e Prática” e “A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais – sua vinculação às relações entre particulares”. Coautor dos livros “O Novo Código de Processo Civil e a Perspectiva da Defensoria Pública”, “Defensoria Pública, Democracia e Processo”, “Autonomia e Defensoria Pública: Aspectos Constitucionais, Históricos e Processuais” e “Dicionário de Ministério Público”. Especialista em Direito Processual.

Jorge Bheron Rocha é Doutorando em Direito Constitucional (UNIFOR). Mestre

³⁹ Cf. CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

⁴⁰ Nesse sentido: NOGUEIRA, J. M.; SCHAPIRO, H. I. Acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad. (Análisis de las 100 reglas de Brasília) Estudio preliminar y propuestas para el análisis. In: NOGUEIRA, Juan Martín; SCHAPIRO, Hernán I. (Coords.). Acceso a la justicia y grupos vulnerables: a propósito de las Reglas de Brasília. La Plata: Librería Editora Platense, 2012, p. 59-62.

em Ciências Jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, com estágio na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Pós-graduado em Processo Civil pela Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Sócio fundador do Instituto Latino Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia – ILAEDPD. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP e da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro. Defensor Público do Estado do Ceará. Professor de Penal e Processo Penal e Civil da Graduação e Pós-Graduação. Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC. Membro do Conselho Editorial da Boulesis.

Júlio Camargo de Azevedo é Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Processual Civil e Bacharel pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Coordenador do Grupo de Estudos de Direito Processual Civil da Defensoria Pública de São Paulo (GEDPC-DPSP). Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Mediador formado pelo Instituto de Mediação Transformativa (MEDIATIVA). Defensor Público no Estado de São Paulo.

Lucas Marques Luz da Ressurreição é Defensor Público do Estado da Bahia. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professor da Pós Graduação em Direito Público da Faculdade Baiana de Direito.

Paulo César Oliveira do Carmo é Defensor Público do Estado do Ceará. Bacharel em Direito e Pós Graduado em Direito Público pela Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC. Ex-Advogado Criminalista. Ex-Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MG.

Pedro González é Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF). Bacharel em Direito e Especialista em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp | Rede LFG.

ESTUDOS DE CASO

CASE STUDIES

DIREITO CONSTITUCIONAL - ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO À MORADIA: O CASO DO ASSENTAMENTO URBANO DILMA ROUSSEFF CONFLITOS E CAMINHOS PARA A PACIFICAÇÃO

CONSTITUTIONAL LAW - ACCESS TO JUSTICE AND THE RIGHT TO HOUSING: THE CASE OF THE URBAN SETTLEMENT DILMA ROUSSEFF CONFLICTS AND WAYS TO PACIFICATION

*Por Ricardo da Silva Rodrigues
Doutorando em Direito na Universidade Estácio de Sá/RJ e
Sociólogo da Defensoria Pública da União em Rondônia.*

ricardorodrigues87a@hotmail.com

*Por Enmanuely Sousa Soares
Advogada OAB/RO graduada em Direito pela Faculdade de Rondônia-FARO e Letras/
Português pela Universidade Federal de Rondônia-UNIR.*

sousasoares.manu@gmail.com

RESUMO

O presente artigo trata de uma área em litígio denominada Assentamento Urbano Dilma Rousseff, localizada na Estrada do Areia Branca, setor 28, quadra 553, lote 2118, Bairro Novo Horizonte, Porto Velho/RO, com uma área de 381.174 m². A área começou a ser ocupada de forma desordenada em 2010, mas em 2013-2014, sofreu intensificação em sua ocupação, porém, tal área está, desde 2009, destinada à construção de uma Estação de Tratamento de Esgoto na zona sul da cidade de Porto Velho ETE-Sul (processo nº 00022206820134014100).

ABSTRACT

This article deals with a litigation area called Dilma Rousseff Urban Settlement, located at Estrada do Areia Branca, sector 28, block 553, lot 2118, Bairro Novo Horizonte, Porto

Velho / RO, has an area of 381,174 m². The area began to be occupied in a disorderly manner in 2010, but in 2013-2014, it has intensified its occupation, however, since 2009 this area has been destined to the construction of a Sewage Treatment Station in the south zone of the city of Porto Velho ETE-Sul (process nº 00022206820134014100).

Palavras-chave: Direito à Moradia. Acesso à justiça. Hipossuficiente. Defensoria Pública. Agravo de Instrumento.

Keywords: Right to Housing. Access to Justice. Hypersufficient. Public Defense. Related Searches.

OBJETIVO

Demonstrar a partir do estudo de caso do Assentamento Urbano Dilma Rousseff como o acesso à justiça pode assegurar direitos fundamentais como habitação, além de mitigar presentes e futuros conflitos.

METODOLOGIA

A pesquisa foi dividida nas seguintes partes a) estudo dos artifícios de defesa apresentados pela Defensoria Pública da União em Rondônia, que constam no processo judicial nº 00022206820134014100 que tramita na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Rondônia b) trabalho de campo; e c) aplicação de questionários semiestruturados com perguntas abertas e fechadas.

RESULTADOS

O juízo *a quo*, determinou que a área do assentamento deveria ser desocupada no prazo de 2 (duas) semanas, sendo que ainda não havia previsão de onde e como realocar as dezenas de famílias ali instaladas.

Diante disso, a Defensoria Pública da União percebeu a gravidade e peculiaridade da

situação, pois essa medida causaria uma lesão grave e de difícil reparação aos direitos sociais dos moradores do assentamento, que naquele momento já haviam formado uma comunidade, com a construção de casas, comércios e relações de sociabilidade.

Assim a DPU-RO interpôs recurso de Agravo para atacar tal decisão. O Agravo de Instrumento, na época estava previsto no artigo 522 da Lei nº 5.869/1973 e previa:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

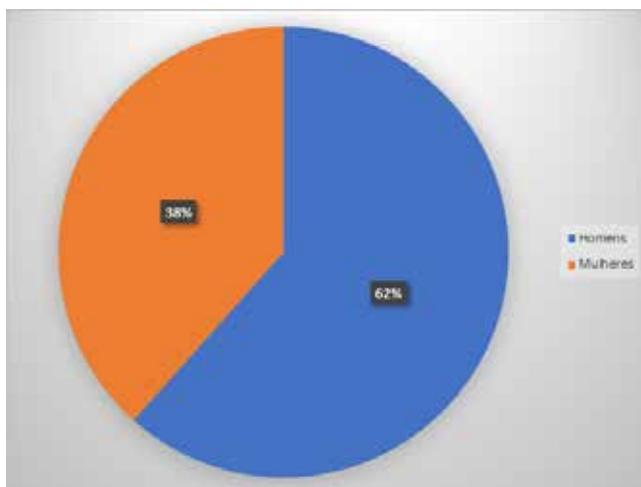
Carolina Moraes Migliavacca explica de forma objetiva que o recurso supracitado é um recurso desenhado especificamente para a reforma de decisões não-terminativas, localizadas entre o início e o fim do processo, ou seja, essas decisões interlocutórias resolvem questões incidentes, que surgem ao longo da lide e estão desligadas da decisão final, que é a sentença.

No caso em estudo, o recurso foi interposto após a expedição de um mandado de reintegração de posse. O mandado não põe fim ao processo, tanto, que até hoje tramita na 1ª Vara da Justiça Federal, foi uma decisão proferida no transcorrer do processo judicial, não extinguido sua fase cognitiva.

O trabalho de campo realizado entre a Defensoria Pública da União em Rondônia e a Universidade Federal de Rondônia possibilitou entrevistar 113 pessoas, que residem no Assentamento Urbano Dilma Rousseff (anexo I), foram coletados dados socioeconômicos, com objetivo de realizar um diagnóstico que possa identificar a situação de vulnerabilidade econômica e social, com capacidade de auxiliar na pacificação do processo de reintegração de posse em curso.

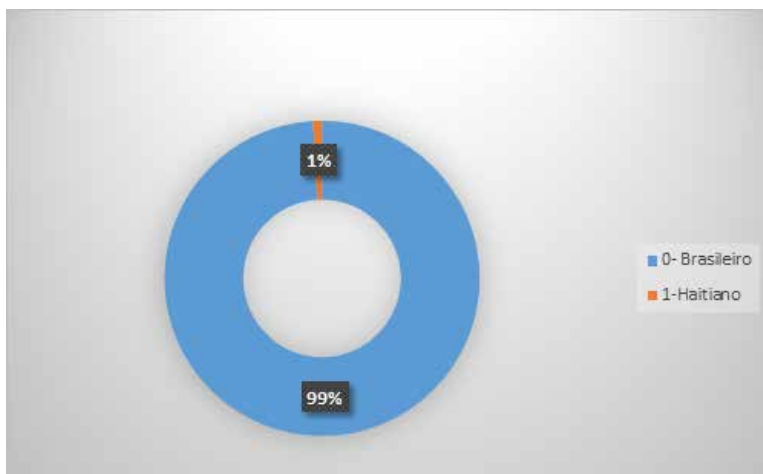
A partir dos dados coletados em campo, constatou-se que, os chefes de famílias que residem no Assentamento Urbano Dilma Rousseff têm faixa etária que varia de 18 a 78 anos, com idade média de 26,5 anos. Sendo assim trata-se de uma população jovem. Os chefes de famílias entrevistados são predominantemente do sexo masculino 62% e 38% do sexo feminino como pode ser visualizado no gráfico.

Gráfico I Estratificação da população por Sexo



Nacionalidade predominante são de brasileiros, 99%, sendo apenas um 1% de haitianos, porém relatos indicam que havia mais haitianos, mas devido ao processo de reintegração de posse que ocorreu em 2015, os estrangeiros ficaram com medo de voltar a morar na localidade.

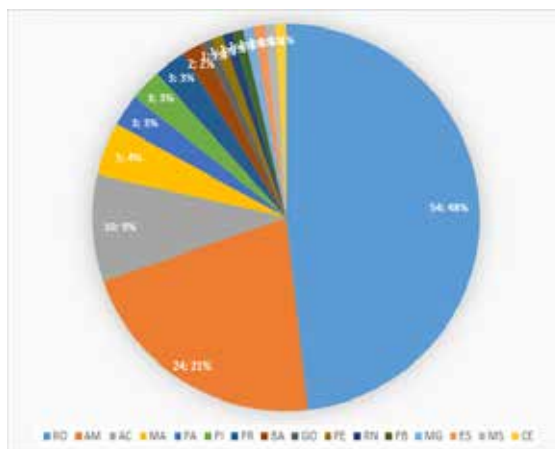
Gráfico II Nacionalidade dos Entrevistados



A população que ocupa o Assentamento Urbano Dilma Rousseff no presente, é formada por brasileiros de diversos Estados do Brasil, sendo predominante a presença de rondonienses per fazendo 54,48% da população, seguido pelos amazonenses 24,21%, acreanos 10,9%, maranhenses 5,4%, paraenses, piauienses e paranaenses, representam juntos 9,9%.

Migrantes de outros Estados da federação completam o restante da população, como mostra o gráfico II.

Gráfico III Naturalidade dos Entrevistados

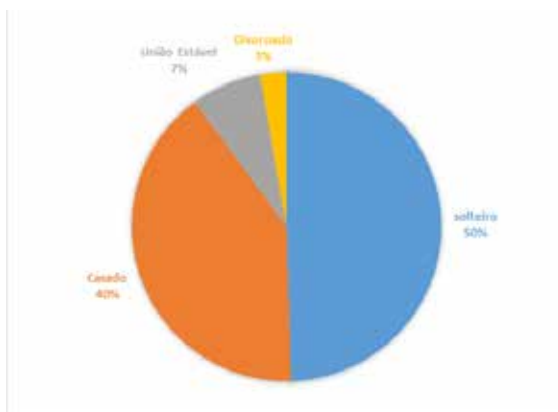


Percebe-se que a maior parte da população que habita o Assentamento Urbano Dilma Rousseff é de rondonienses, e os Estados vizinhos, Amazonas e Acre, correspondem 34,30% da população, isto provavelmente deve-se à proximidade geográfica que os Estados possuem da capital rondoniense.

Porém, também irão compor a população do assentamento pessoas de Estados não fronteiriços como Maranhão, Pará e Piauí, entre outros que somados correspondem a 10,41% da população. Este movimento populacional interestadual deve-se provavelmente à fronteira de emprego que a capital Porto Velho representou, a partir da construção das Usinas Hidroelétricas do Rio Madeira, que atraíram pessoas das mais diversas regiões do Brasil.

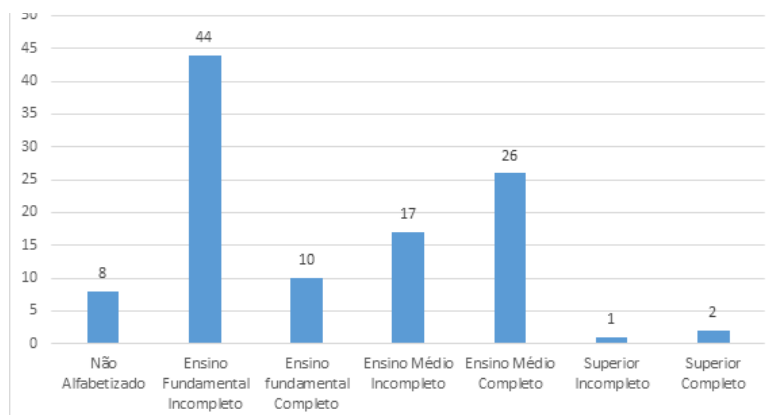
A população, em sua maior parte, 50%, é formada por solteiros; outros 40% casados e arranjos como união estável, e divorciados somam 10% - mesmo solteiros, estes são chefes de famílias, assim não residem sozinhos, são pais e mães.

Gráfico IV Estado Civil



A escolaridade dos residentes no Assentamento Urbano Dilma Rousseff, em números absolutos encontra-se em maior parte no ensino fundamental incompleto, 44 entrevistados; seguido de ensino médio completo, 26 entrevistados; ensino médio incompleto e ensino fundamental completo juntos correspondem a 27 dos entrevistados; não alfabetizados, 8 entrevistados; ensino superior completo e ensino superior incompleto são respectivamente 2 e 1 entrevistados.

Gráfico V Escolaridade

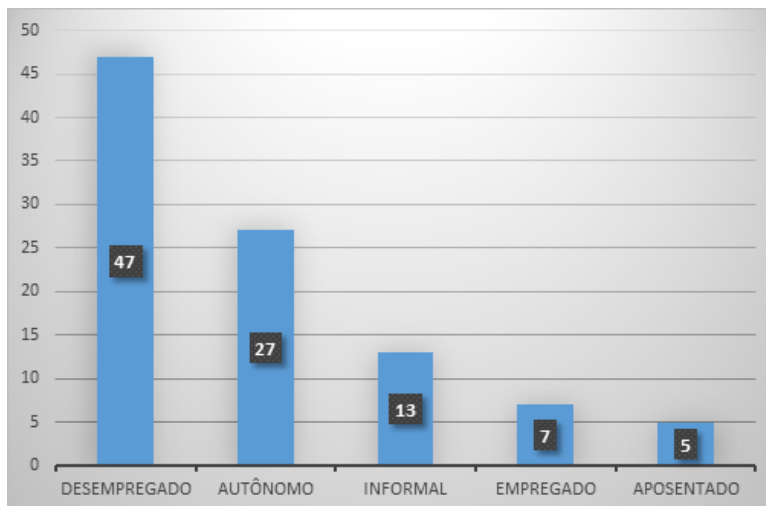


Verifica-se que a escolaridade dos entrevistados é mediana, pois 48% estão entre não alfabetizados e ensino fundamental incompleto, os outros 52% já concluíram a etapa elementar do ensino fundamental, já cursaram parte do ensino médio e desistiram ou concluíram a etapa intermediária, e 3 entrevistados ingressaram no ensino superior, sendo que 2 entrevistados já concluíram o terceiro grau.

No que tange às relações de trabalho e renda, estão da seguinte forma, apenas 12% dos

entrevistados possuem renda fixa, através de empregos assalariados ou de aposentadorias, outros 40% possuem rendas incertas, por meio de trabalhos autônomos ou na economia informal e 48% está desempregado, sem ocupação produtiva ou renda.

Gráfico VI Ocupação, Trabalho e Emprego



CONCLUSÃO

Então, pode-se identificar que o ponto mais crítico da população residente no Assentamento Urbano Dilma Rousseff está relacionado às questões de ocupação, trabalho e emprego, pois 48% da população está fora do circuito produtivo, outros 40% possuem rendimentos incertos, por meio do trabalho autônomo ou do mercado informal e apenas 13% possuem renda fixa, mediante aposentadorias ou empregados.

Mas trata-se de uma população jovem, com faixa etária média de 26,6 anos, com escolaridade mediana, assim é possível desenvolver programas de inclusão no circuito produtivo, por meio do trabalho formal ou da economia informal, seja economia popular ou solidária.

Mas é necessário, antes de tudo, garantir a esta população segurança jurídica por meio do direito à moradia, com o uso de medidas judiciais, tais quais a Defensoria Pública da União vem protagonizando por meio dos dispositivos legais, como o Agravo de Instrumento,

previsto no artigo 522 da Lei nº 5.869/1973, ou extrajudiciais, como programas de habitação, para que esta população possa desfrutar da estabilidade, e assim organizar suas relações familiares e profissionais.

Caso isto não ocorra, esta população poderá ficar migrando para outros pontos da cidade, realizado novas ocupações urbanas desordenadas que podem causar danos ao meio ambiente e à saúde pública, devido às condições insalubres das áreas ocupadas e por fim, redutos de violência urbana.

Pois trata-se de uma população jovem que necessita da garantia do direito à habitação, para construir seus laços familiares e de sociabilidade, mediado por uma porção do espaço que lhe garanta um território próprio e com segurança jurídica.

Isto poderá desenvolver a estabilidade necessária para a vida digna, que lhes possibilitará ingressar no circuito produtivo, podendo vir a deixar sua atual situação de vulnerabilidade socioeconômica, que é enfrentada por 88% da população residente no Assentamento Urbano Dilma Rousseff.

Desta forma, assegurar direitos como o aqui exemplificado direito à moradia, que trata-se de um investimento e não um gasto, um investimento na sociedade e na economia que poderá ter mais pessoas em condições de produtividade e consumo, construindo assim sua cidadania.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.869, 11 de janeiro de 1973. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 21/03/2017.

MIGLIAVACCA. C. M. Do recurso de agravo no processo civil brasileiro. Revista Páginas de Direito, 19 de março de 2007. <http://www.tex.pro.br/artigos/79->

ANEXO I

Tabela I - Entrevistados

Nome da Rua	Apelido	RG	CPF	Faixa Etária
Hollywood	Van	541390	631.988.192-53	39
Hollywood		48173	009.003.042-78	19
Hollywood	Jo	484486	812.311.482-68	43
Hollywood	Gordo	133264	017.207.192-50	38
Esperança		314208	652.132.542-68 608.007.182-16	41
Salmão	Sandra	1339894	033.175.502-52	23
Lisboa	Chico	1276582	027.030.352-92	23
Lisboa		1019952	011.968.852-22	27
Lisboa		750153	837.917.602-20	34
Portugal		1126522	012.043.022-35	24
Salmão		1127174	012.310.292-85	24
Tambaqui	Ronei	1120966	011.329.002-04	24
Salmão		398578	979.524.352-72	34
Tubarão	Marques	927482	898.112.402-72	28
Piaba		86542	822.811.572-53	33
Piaba		703134	999.210.302-72	42
Piaba		17319285	754.759.102-78	35
		903268	866.395.872-20	31
		882720	865.27.602-44	32
	Cruger	744999	926.168.362-20	33
	Tica	633730	662.707.402-82	53

Portugal		826353	879.340.762-87	28
Portugal		359034	180.357.521-20	59
Tubarão	Fábio	804116	819.663.852-34	33
Portugal		5759271	039.612.414-30	39
Portugal	Ney	85488799	871.921.363-87	35
Tubarão		1278388	691.312.952-15	41
Tubarão	Baixinha	482774	389.943.302-59	46
Tubarão		1202551	953.842.192-20	34
Tubarão		23077026	981.498.812-04	25
Tubarão		340875	408.522.882-04	46
Tubarão		1365162	042.417.874-52	38
Da Paz		696030	767.042.622-53	36
Da Paz	Ivan	2634067	646.159.952-53	39
Salmão				
Hollywood		670206	762.491.152-34	36
Hollywood		1398164	046.397.242-25	19
Hollywood		971561	895.798.362-72	31
Portugal		1279519	910.744.102-97	42
Portugal		930455		29
Portugal		898956	907.733.452-72	30
Portugal	Raquel	563044	648.751.722-49	38
Tambaqui		1324564	010.396.972-16	27
Tambaqui	Denis	185839	162.807.092-72	52
Tambaqui	Rai	771067	806.343.462-53	54
Tambaqui	Elson	957130	009.275.082-65	27

Nova Jerusalém		765751	732.096.002-87	44
Nova Jerusalém		325034	325.673.752-87	50
Nova Jerusalém		1102272	063.303.816-40	49
Nova Jerusalém		12047635		22
Nova Jerusalém	Mico		679.007.472-49	37
Nova Jerusalém		1289455	028.557.022-67	22
Salmão	Ana	1518373	704.198.582-29	26
Salmão		1246101	596.742.102-53	55
Salmão		1095739	008.519.692-40	27
Salmão		871139	748.897.452-20	57
Salmão		135021	341.111.092-00	56
Salmão		119933	016.779.352-78	24
Salmão		1241984	004.716.512-06	28
Salmão		1424432	041.845.672-07	18
Salmão	Rosa	677698	701.104.722-09	37
Tambaqui		686723	780.146.382-04	37
Tambaqui		11842000	018.230.882-01	24
Tambaqui				31
Tambaqui	Juliana	23757205	275.582.232-53	45
Tambaqui		929034	003.371.852-04	29
Tambaqui		1127333990	000.046.953-05	35
Tambaqui		1049812	003.076.442-45	27
Salmão		1174536	016.966.662-01	27
Salmão		899914	005.681.352-02	32
Salmão		323072	286.767.692-49	50

Salmão	Dora	781493	860.533.022-82	42
Lisboa	Everson	578435	790.055.352-53	36
Portugal	Nalva	383186	422.516.992-87	49
Lisboa	Negao	1035243	846.035.692-20	34
Lisboa	Raimundo	413787	420.328.572-00	42
Lisboa	Edileuza	1030092	981.362.324-15	40
Lisboa		606878	696.592.492-69	45
Lisboa		16315	149.306.332-49	78
Lisboa		12562815	876.409.022-15	45
Tambaqui		26554704	475.516.152-53	61
Tambaqui	Ari	28176612004-7	028.195.403-84	32
Lisboa	Junior	1473721	707.724.362-15	35
Lisboa	Neguinha	686160	690.832.822-87	44
Lisboa	Chico	235265	289.778.662-00	55
Lisboa	Geisiele	1501033	050.407.832-13	19
Lisboa	Jonison	1327668	032.837.922-08	21
Lisboa		7526894		37
Lisboa		891257	889.852.612-15	30
Lisboa		1083901	007.065.272-40	27
Lisboa		917257	767.533.012-91	33
Lisboa	Lu	274196	421.616.142-15	50
Esperança	Rael	261626	386.309.402-63	46
Esperança		1053133	870.892.032-04	39
Nova esperança		1063939	644.214.712-53	49
Lisboa	Cleo	720496	957.440.022-00	33
Lisboa	Nei	23893842	002.136.332-30	27
Lisboa		5247985		44
Lisboa		1458112	036.292.831-28	28
Lisboa		1029022	000.612.422-41	26

Lisboa		774801	770.955.962-04	45
Lisboa		1011858	992.133.542-15	44
Beco da Jamaica		827750	794.549.252-53	34
Barbara		1224732	008.219.292-83	23
Sardinha		3203516	044.640.245-13	47
Jequitiba	Porquinho			53
Esperança				38
Tainha		394303	409.724.452-34	43
Lisboa		27085023	020.089.992-97	27
Lisboa		988136	957.100.602-59	33
Lisboa		630471	485.939.822-04	48
Portugal		965923	976.519.312-20	32

JUSTIÇA FISCAL E A COOPERATIVA DE CRÉDITO MÚTUO DOS MEMBROS DA MAGISTRATURA, MINISTÉRIO PÚBLICO, E DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO: SOBRAS LÍQUIDAS E A PRÁTICA DE *CONDUIT SHELLS* – UM ESTUDO DE CASO

FISCAL JUSTICE AND THE MUTUAL CREDIT COOPERATIVE OF MEMBERS OF THE JUDICIARY BRANCH, PUBLIC MINISTRY, AND PUBLIC DEFENSE OFFICE OF THE STATE OF MARANHÃO: SOBRAS LÍQUIDAS AND CONDUIT SHELLS PRACTICE - A CASE STUDY

Hélder Machado Passos

*Doutor em Filosofia pela Universidade de São Paulo; Tutor do Programa de Educação Tutorial (PET) do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão
passos_helder@yahoo.com.br*

Pedro Nilson Moreira Viana

*Graduando em Direito pela Universidade Federal do Maranhão, Pesquisador do Programa de Educação Tutorial (PET) do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão
pedro.moreira.viana@hotmail.com*

RESUMO

Em que pese ter a Constituição Federal de 1988 assegurando inúmeros benefícios legais às Associações Cooperativas – dentre os quais se destacam a autonomia gerencial, a proteção regulatória, e o incentivo fiscal, é imprescindível analisar, a partir do cenário macroeconômico atual, em que medida a isenção tributária dos atos cooperativos se insere no plano específico das Cooperativas de Crédito Mútuo. Neste aspecto, em breve síntese, o objetivo central do presente estudo é apresentar, sob o prisma descritivo/exploratório, o caso COOMAMP vs. Fazenda Nacional a fim de analisar os limites materiais e processuais da isenção tributária dos atos cooperativos, identificando para tanto, as diferenças conceituais entre atos cooperativos próprios e impróprios, e sua relação com o fenômeno do aumento patrimonial mascarado – o intitulado “*conduit shell*”.

Palavras-chave: Cooperativas de Crédito. Limites à isenção tributária. *Conduit Shell*.

ABSTRACT

Despite the numerous legal benefits assured by the Constitution to the Cooperatives Associations, among which are notable the management autonomy and regulatory protection, it is imperative to analyze, from the current macroeconomic scenario, to what extent does the “tax free policy” of cooperative acts is included in the specific plan of Financial Cooperatives. In this aspect, in synthesis, the central objective of the present study is to present, under the descriptive/exploratory prism, the COOMAMP vs. National Treasury case in order to analyze the material and procedural limits of the tax exemption of cooperative acts, thus identifying the conceptual differences between own and improper cooperative acts, and its relation to the masked patrimonial phenomenon - the so-called “conduit shell”.

Keywords: Financial Cooperatives. Limits to the fiscal exemption. Conduit Shell.

INTRODUÇÃO

Os inescapáveis combates entre as forças de capital e suas responsabilidades sociais sempre revolveram ao espaço jurídico na alternativa de encontrar um campo fértil de soluções para reorganização dos agentes e fatores econômicos em torno de um ideal de desenvolvimento socialmente sustentável. Nesse interminável conflito, a incursão de valores sociais na macroestrutura econômica representa ao passo que um considerável avanço civilizatório, um mecanismo de refreamento às inúmeras distorções de um mercado de práticas predatórias.

Nesse breve contexto, o Cooperativismo surge positivado na Constituição da República como instrumento chave de consolidação do valor humano na relação capital v. social, na medida em que garante à sociedade civil inúmeras possibilidades de auto-organização produtiva.

Assim, a disciplina conferida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) à matéria cooperativista propicia um ambiente equilibrado para o desenvolvimento da autonomia de tais associações, assegurando, além disso, o devido estímulo regulatório de sua instituição nas políticas de desenvolvimento do pleno emprego e da economia –

por meio das conhecidas cooperativas de crédito.¹

Contudo, em que pese ter a Constituição conferindo especial tratamento a tais cooperativas, não raro, tais entidades são utilizadas como “instrumentos de mera exploração econômica, isto é, ‘*conduit shells*’, para unir tratamento regulatório-tributário favorecido ao singelo aumento patrimonial individual.”² Neste aspecto, o presente estudo pretende analisar o caso COOMAMP vs. Fazenda Nacional submetido à apreciação da 5ª Vara Cível da Seção Judiciária Federal do Estado do Maranhão nos autos da ação ordinária n. 0036147-90.2015.4.01.3700.

No referido caso, em breve síntese, a Fazenda Nacional no bojo de sua atuação tributário-fiscalizatória, procedeu ao lançamento de Imposto de Renda Complementar sobre as sobras líquidas distribuídas entre os membros da Cooperativa de Crédito Mútuo da Magistratura, do Ministério Público, da Procuradoria Geral do Estado, da Defensoria Pública e respectivos servidores – COOMAMP.

Assim, a partir de um estudo essencialmente teórico, sob o prisma descritivo/exploratório do caso supracitado, pretende-se identificar os elementos controvertidos que levam inescapavelmente à reanálise dos benefícios fiscais/regulatórios conferidos às Cooperativas de crédito, ante o destacamento de atos cooperativos próprios/impróprios, e o fenômeno do *conduit shells*.

1. BREVE DELIMITAÇÃO SUBJETIVA E OBJETIVA DO CONFLITO: A POSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO DE ATOS COOPERATIVOS IMPRÓPRIOS

De efeito, a Cooperativa de Crédito Mútuo da Magistratura, do Ministério Público, da Procuradoria Geral do Estado, da Defensoria Pública e respectivos servidores, doravante – COOMAMP, propôs ação ordinária em face da Fazenda Nacional em 5 de maio de 2015 pretendendo a “declaração de inexistência de relação jurídica tributária a impor a retenção do imposto de renda à razão de 15% (quinze por cento), sobre as sobras líquidas distribuídas entre os membros cooperados.”

A Cooperativa Autora, nas razões iniciais, sustentou ser ilegal a incidência de Imposto de

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, artigo 192.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 672.215/RG, 2012.

Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre as rendas advindas das sobras líquidas dos valores arrecadados dos cooperados, eis que ante o dispositivo do Artigo 79 da Lei n.º 5.764/71, a divisão de tais valores apurados no exercício financeiro do calendário base 2014 são atos cooperativos puros, sendo, portanto, submetidos às regras de tributação distintas.

I.e, segundo tal inteligência, a restituição das parcelas de integralização de capital – promovidas a maior pelos cooperados ao longo do exercício financeiro, significaria simples retorno remuneratório em função da redução de despesas operacionais e do excesso financeiro empregado pelo cooperado na cooperativa, não havendo que empregar sentido diverso à natureza do ato cooperativo próprio, a fim de permitir a incidência do IRRF.

Noutro modo, a despeito da pretensão declaratória inicial, a Fazenda Nacional propugna tese diversa.

Em rápida síntese, sustenta que as cooperativas de crédito atuam no mercado como verdadeiras instituições financeiras de sorte, que seus cooperados “nada mais são do que aplicadores de recursos”. Pelo aduzido assim, os cooperados utilizar-se-iam da referida entidade para obter receitas para além daquelas resultantes das operações de crédito inter-cooperadas.

Ademais, a Fazenda Nacional sustentou que diante da estrutura funcional da COOMAMP, a partir da leitura sistemática de seu estatuto social, é possível verificar que as sobras líquidas em questão não necessariamente decorreram da devolução de recursos cooptados e não utilizados ao longo do exercício financeiro, mas que também resultaram de operações mercantis, e.g. aplicações financeiras ou empréstimos realizados pela cooperativa – que não se classificam como ato cooperativo puro, posto que realizados com terceiros não associados.

Assim, tendo as sobras líquidas do caso em estudo potencialmente sido integralizadas mediante operações de mercado, sujeitar-se-iam às regras de tributação relativas às aplicações financeiras de renda fixa (Lei n.º 8.981/95 Artigo 65 §7º b e §8º), devendo integrar a base de cálculo do imposto de renda.

Essa a quadra, resta, por derradeiro, analisar os pontos relativos à pretensa prática de *conduit shell* e as divergências principais dentre os atos cooperativos próprios e impróprios, bem como sua relação com a natureza *sui generis* das cooperativas de crédito.

Pois bem.

Da leitura de seu ato constitutivo, é possível identificar que a COOMAMP qualifica-se como cooperativa de crédito mútuo, destinada em grande medida, à prestação de serviços financeiros exclusivamente a seus cooperados por meio da captação de recursos (i) oriundos de depósitos à vista e a prazo; (ii) de instituições financeiras, na forma de empréstimos ou outras operações de crédito; e ainda (iii) de doações, empréstimos ou repasses de quaisquer entidades.

Como de regra, a partir do mencionado, a distribuição das sobras líquidas dos valores auferidos pelas Cooperativas, apresenta-se na fórmula inserta no artigo 4º VII da Lei n.5.764/71 – estabelecida a fim de que as parcelas de integralização de capital promovidas a maior pelos cooperados ao longo do exercício financeiro possam ser **restituídas** aos associados. Veja-se:

Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: (...)

VII - retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembléia Geral; (...)

Portanto, em um primeiro aspecto, sobras líquidas devem ser entendidas como recursos que advêm da realização de atos cooperativos, quando se verifica um resultado positivo obtido na relação entre as receitas e as despesas efetuadas pela sociedade cooperativa no exercício financeiro.³

Melhor explica Walmor Franke que, em poucas palavras, define:

Nas cooperativas que operam em círculo fechado com os associados, as diferenças entre receita e despesa, apuradas nos balanços anuais, quando positivas, podem ter aparência de lucro. Na realidade, porém, trata-se de ‘sobras’ resultantes de haver o associado pago a mais pelo serviço que a cooperativa lhe prestou ou, inversamente, de ter ela retido um valor excessivo como contraprestação o serviço fornecido.⁴

³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). Apelação Cível nº453077, 2005.

⁴ FRANKE, W.. Direito das sociedades cooperativas, 1973, p.19.

É dizer-se assim, que o conceito de ato cooperativo próprio não pode ser teoricamente assemelhado ao conceito operação mercantil comum, de sorte que nestes atos, realizados entre a Cooperativa e a pessoa de seus cooperados, é absolutamente defesa a incidência tributária. Dessa forma, manifestando consenso doutrinário, Renato Lopes Becho, define ato cooperativo próprio nos seguintes termos :

(...) definimos os atos cooperativos como os atos jurídicos que criam, mantém ou extinguem relações cooperativas, exceto a constituição da própria entidade, de acordo com o objeto social, em cumprimento de seus fins institucionais(...)⁵

Com efeito, os ditos atos cooperativos – que, em primeiro momento, se amoldam à figura da redistribuição das sobras líquidas – são insuscetíveis de tributação em virtude do mandamento encartado na Constituição da República que exige da lei tratamento “estimulante e amparador” com o fito de promover o espírito corporativista.

Sobre o tema, melhor ensina Teori Albino Zavascki, quando do voto condutor em sede do Recurso especial 591298/MG , que apesar de tratar sobre incidência tributária do PIS e COFINS, amolda-se com perfeição à questão controvertida em estudo. Em bom tempo, asseverou:

(...)[A] reunião em cooperativa não pode implicar em maior carga tributária do que a resultante da ação isolada dos cooperados. Se cooperativar-se viesse a gerar mais tributos do que a ação isolada haveria desestímulo ao cooperativismo o que conflita com o 2º do artigo 174 da CF/88” (p. 61). Diante de todo esse panorama, a discussão relativa à Lei n.º 9.718/98 torna-se desnecessária, pois qualquer que seja o conceito de faturamento (equiparado ou não a receita bruta), tratando-se de ato cooperativo típico, não ocorrerá o fato gerador do PIS por ausência de materialidade sobre a qual possa incidir essa contribuição social (...)

No excerto, Teori Zavascki ⁶ expressou o entendimento uníssono da jurisprudência pátria, no qual as cooperativas ao prestar serviços aos seus próprios cooperados, sem qualquer interesse negocial ou lucrativo, dispõem de absoluta isenção tributária haja vista que sua razão essencial de existência reside em servir os associados, à espécie, proporcionando

⁵ BECHO, R. L. **Tributação das Cooperativas**, 2004, p.145

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 591.298/MG. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, 2005 p. 136.

“através da mutualidade, assistência financeira aos associados em suas atividades específicas.”

Impõe-se, noutro modo, verificar que não são todas as receitas auferidas pelas Cooperativas albergadas pela isenção tributária. Neste aspecto, o artigo 111 da Lei n. 5.764/71 preceitua que **são consideradas rendas tributáveis** os resultados positivos obtidos pelas cooperativas nas operações de aquisição de produtos ou de fornecimento de bens e serviços a não associados (artigos 85 e 86) e de participação em sociedades não cooperativas (artigo 88), assim dispondo:

Art. 85. As cooperativas agropecuárias e de pesca poderão adquirir produtos de não associados, agricultores, pecuaristas ou pescadores, para completar lotes destinados ao cumprimento de contratos ou suprir capacidade ociosa de instalações industriais das cooperativas que as possuem.

Art. 86. As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei.

(...)

Art. 111. Serão considerados como renda tributável os resultados positivos obtidos pelas cooperativas nas operações de que tratam os artigos 85, 86 e 88 desta Lei.

Os mencionados dispositivos exemplificam que no campo da exação tributária brasileira, é imprescindível a distinção entre os atos cooperativos i) por meio dos quais as sociedades cooperativas atingem suas finalidades sociais pelo relacionamento direto com os cooperados; e ii) os atos não cooperativos, estes, que não atingem as finalidades institucionais, eis que realizados com terceiros não cooperados e portanto, não albergados pelo manto da imunidade tributária – sendo assim, geradores de tributação.

No que concerne à Cooperativa de Crédito Mútuo em questão, verifica-se um ponto específico que confere, muito certamente, razão à tese da Fazenda Nacional.

É que na forma do estabelecido pelo estatuto social da Cooperativa de Crédito em estudo, apesar das operações de captação de recurso; e as de concessão de crédito, serem praticadas em relação a seus cooperados, exclusivamente, a COOMAMP pode praticar todas as operações típicas de sua modalidade social quanto à captação de recursos, por meio de atos consistentes “em doações, empréstimos ou repasses, em caráter eventual, isentos de remuneração ou a taxas favorecidas, de qualquer entidade.”

I.e. as receitas patrimoniais da Cooperativa autora se integram por meio de um método complexo, ou seja, de valores transferidos tanto pelos cooperados quanto por terceiros – por meio de operações de crédito, estas, de natureza essencialmente mercantil. Por oportuno, veja-se o que dispõe no artigo 2º §1º do Estatuto COOMAMP:

(...)

Art.2º A COOMAMP tem por objetivos sociais: (...)

§1º - A COOMAMP, para a consecução de seus objetivos, poderá praticar todas as operações típicas de sua modalidade social, consistentes em:

I. captação de recursos:

- a) exclusivamente de associados, oriundos de depósitos à vista e depósitos a prazo sem emissão de certificados;
- b) de instituições financeiras, nacionais ou estrangeiras, na forma de empréstimos, repasses, refinanciamentos e outras modalidades de operação de crédito;
- c) de qualquer entidade, na forma de doações, de empréstimos ou repasses, em caráter eventual, isentos de remuneração ou a taxas favorecidas

II. participação do capital de:

- a) cooperativa central de crédito;
- b) instituição financeira controlada pela central;
- c) cooperativas, ou empresas controladas pela Central, que atuem na prestação de serviços e fornecimento de bens exclusivamente ao setor cooperativo;
- d) entidades de representação institucional, de cooperação técnica ou educacional

(...)

Neste ponto reside a impertinência do pleito autoral de ver declarada a inexistência de relação jurídico-tributária na retenção de imposto de renda derivado da distribuição das sobras líquidas em questão. É que vez verificada a autorização estatutária de integralização de capital por meio de operações mercantis com qualquer entidade não-cooperada, os valores concernentes às sobras líquidas podem, ou não, ser senão parcialmente, compostos de valores relativos a empréstimos ou qualquer outra operação de crédito firmada com terceiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, verifica-se que por pender sobre tais recursos, razoável dúvida quanto à origem integral-cooperativa própria ou imprópria, não há ilegalidade na pretensão Fazendária de determinar à COOMAMP a retenção direta na fonte de parte dos recursos a título de imposto de renda, eis que em desabono da pretensão autoral – por apresentarem nítida feição mercantil – os atos não puramente cooperativos geram receita e faturamento para a sociedade cooperativa. Tal resultado positivo, como preliminarmente alinhavado, segundo a previsão do artigo 87 da Lei n.º 5.764/71, é passível sim de tributação.

Refrear a pretensão da Fazenda Nacional seria, ainda que indiretamente, propiciar aos Cooperados evolução patrimonial indevida, posto que do tratamento regulatório-tributário distinto conferido às Cooperativas de Crédito – que afasta, em um primeiro aspecto, a incidência de tributos v.g. o Imposto sobre a Renda –, os Cooperados seriam, hipoteticamente, **restituídos** de numerários dos quais não integralizaram mediante o pagamento periódico de quotas de participação.

Em verdade, *ad argumentandum tantum*, é plenamente possível que a Cooperativa de Crédito obtivesse por meio de um empréstimo, doação, ou outra operação de crédito com terceiro, vultuosa porção patrimonial – vez que autorizada pela norma estatutária, e, no final do exercício financeiro, a pretexto de distribuir as sobras excedentes, revertesse tais ganhos aos Cooperados sem que, contudo, fossem regularmente tributados. Nisso consiste a mais precisa definição do fenômeno econômico a que se referiu o Ministro Joaquim Barbosa no Recurso Extraordinário n. 672.215/RG. Nessa esteira, calha apresentar o pronunciamento da Desembargadora Federal Theresinha Caserta, quando nos autos do Agravo de Instrumento n.º 1999.03.00.016281-9, firmou brilhante passagem:

(...) O critério legalmente estabelecido para a aferição da cooperatividade de determinado ato é o subjetivo, isto é, deve-se ter em consideração apenas os sujeitos que o praticam. Em vista disso, para fins de subsunção de um ato como modelo legal, a classificação feita pela agravante não tem utilidade, haja vista ser baseada em aspectos dissonantes do eleito pela lei. O que importa saber é se há ou não participação de não associados. A própria Lei nº 5.764/71 permite essa conclusão, pois estabelece em seu artigo 87 que ‘os resultados das operações das cooperativas com não associados, mencionados nos artigos 85 e 86, serão levados à conta do Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social e serão contabilizados em separado, de molde a permitir cálculo para a incidência de tributos.

Assim, deflui ser plausível e contumaz a probabilidade de tais valores concernentes às sobras líquidas serem decorrentes de operações de crédito ativo realizadas com terceiros não-cooperados, de sorte que é imprescindível haver a específica demonstração, *in separato*, dos rendimentos não-cooperados auferidos.

É que ao se considerar que, pelo menos quanto à escrita contábil, as sociedades cooperativas são equiparadas às demais sociedades (artigo 22 da Lei nº 5.764/71), a prova do repasse das “sobras líquidas” deve constar do balanço geral da cooperativa, de forma a se verificar a origem financeira das verbas que compõem o “bolo distribuinte”.

Veza não demonstrado, especificamente, a contabilização de tais rendas, ônus processual este incumbido à Cooperativa, impõe-se rejeitar o pleito autoral aqui estudado.

REFERÊNCIAS

BECHO, R. L. **Tributação das Cooperativas**. Dialética, 3º Ed. São Paulo: 2004

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 672.215/RG**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 14 maio 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Lex**: legislação federal e marginalia, São Paulo, v. 98, p. 1966, out./dez. 2017

BRASIL. Lei n. 5.764 de 16 de Dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. **Lex**: legislação federal e marginalia, São Paulo, v. 90, p. 1654, out./dez. 2015

BRASIL. Lei n. 8.981 de 20 de Janeiro de 1995. Altera a legislação tributária Federal e dá outras providências. **Lex**: legislação federal e marginalia, São Paulo, v. 83, p. 981, out./dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 591.298/MG**. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, DJ 07/03/2005 p. 136.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região.). **Apelação Cível n. 453077/SP**. Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida. São Paulo, 02 de Setembro de 2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região.). **Agravo de Instrumento n.1999.03.00.016281-9**. Rel. Des. Federal Theresinha Caerta. São Paulo, 09 de Agosto de 2012. DJ 03/08/2012, p. 1794.

FRANKE, W. **Direito das sociedades cooperativas**. São Paulo, 1973, p. 157.

ORIENTAÇÕES PARA AUTORES

GUIDELINESS FOR AUTHORS

ORIENTAÇÕES PARA AUTORES

A Revista da Defensoria Pública da União, editada pela Defensoria Pública da União desde 2009, publica trabalhos inéditos sobre temas relacionados à Defensoria Pública, à promoção dos Direitos Humanos e ao acesso à Justiça. Os artigos passam por análise prévia e sumária, oportunidade em que são avaliados aspectos meramente formais, como a compatibilidade do conteúdo com a temática proposta pelo periódico, e posterior avaliação cega por pares.

LINHA EDITORIAL

A temática sobre a qual se debruçam os autores desta Revista é bastante ampla, porém há de se ressaltar que a sua especificidade se verifica na abordagem das mudanças inscritas no Direito contemporâneo, nas práticas jurídicas, além das peculiaridades da atual sociedade de consumo, marcada pela acelerada exclusão, pelo individualismo exacerbado e, ao mesmo tempo, permeada pelo avançado desenvolvimento tecnológico.

Por força da complexidade dessas transformações, a linha editorial da Revista incentiva uma abordagem transdisciplinar e crítica da temática proposta, a qual deverá criar condições para uma interlocução do discurso jurídico com os discursos sociológicos, filosóficos, historiográficos, economicistas, da ciência política e vice-versa. Da mesma forma, incentiva, por meio das resenhas, a divulgação de textos acadêmicos de relevância, por vezes

inacessíveis a muitos porque existentes apenas em língua estrangeira. Por fim, objetiva, ainda, acompanhar a evolução da jurisprudência pátria, por meio da análise de julgados relevantes e afins à proposta temática.

SUBMISSÃO DE TRABALHOS

Os artigos, resenhas, estudos de caso e boas práticas institucionais devem ser inéditos, escritos em português, espanhol, francês, italiano ou inglês e deverão ser submetidos por meio do Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas, disponível no seguinte endereço: <http://revistadadpu.dpu.def.br>.

Os artigos devem conter de 15 a 25 laudas. Textos com extensão diversa serão publicados, a critério do editor, caso seu tamanho seja justificável.

As resenhas devem conter até 7 laudas; as boas práticas e os estudos de caso, até 10 laudas; devem apresentar: cabeçalho com referência da obra original ou do julgado e nome do autor; e não precisam ser precedidos de resumo. Obras clássicas não serão objeto de publicação da Revista da DPU.

FORMATAÇÃO

Os artigos deverão ser encaminhados com as seguintes regras de formatação:

- Editor de texto: Word for Windows;
- Fonte: Times New Roman, tamanho 13, para notas de rodapé e citações longas, tamanho 11;
- Espaçamento: 1,5cm (entre linhas);
- Alinhamento: justificado.

TEXTO

A primeira página do artigo deve conter:

- Título, em fonte maiúscula, negrito, centralizado (português e inglês);
- Resumo em português, de 100 a 250 palavras, alinhamento justificado;
- Palavras-chave: até 5 palavras, alinhamento justificado;
- Abstract: resumo traduzido para o inglês;
- Keywords: até 5 palavras traduzidas para o inglês;
- Sumário seções numeradas progressivamente em algarismos arábicos.

CITAÇÕES, NOTAS DE RODAPÉ E REFERÊNCIAS

Devem seguir as normas da ABNT (NBR 10520 e 6023). As referências no corpo do texto deverão ser no modelo nota de rodapé. O sistema autor-data não será aceito.

INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

Todas as normas que regem a publicação encontram-se disponíveis na página da Revista da Defensoria Pública - <http://revistadapu.dpu.def.br/index> -, na aba “Submissão de Artigos”. Outras informações podem ser obtidas junto à Coordenação de Incentivo à Pesquisa e Publicações pelo e-mail publicacoes.esdpu@dpu.def.br.

Os colaboradores desta Revista possuem ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

GUIDELINES FOR AUTHORS

The Journal of the Public Defender's office the Union, edited by the Federal Public Defender's of the Union since 2009, publishes unpublished works about topics assigned to the Public Defender, to the promotion of Human Rights and access justice. The articles undergo to prior and summary analysis, opportunity in which aspects purely formals are assessed, like the compatibility of the content with the proposed themes by the journal, and post double-blind review evaluation.

EDITORIAL LINE

The theme on which the authors focus in this Journal is quite wide, however, it is important to emphasize that its specificity is evident in the approach of the changes entered in the Contemporary Law, in the legal practices, in addition of the peculiarities of the current consumer society, marked by accelerated exclusion, by the exacerbated individualism, and at the same time, permeated by advanced technological development.

By virtue of the complexity of these transformations, the editorial line of the Journal encourages a transdisciplinary and critical approach of the proposed themes, which should create conditions for a dialogue of the legal discourse with the sociological discourses, philosophicals, historiographics, economics, of the political science, and vice versa. In the same way, it encourages, by means of the reviews, the dissemination of relevant academic texts, sometimes inaccessible to many because they exist only in foreign language. Finally, it also intends to track the evolution of the jurisprudence homeland, through an analysis of relevant judged and related to the proposed theme.

SUBMISSION OF PAPERS

The articles, reviews and good practices/ case studies must be unpublished, written in Portuguese, Spanish, French, Italian or English. Papers should be sent to the e-mail: publicacoes.esdpu@dpu.gov.br.

The Articles should contain from 5500 words. Larger texts will be published, at the discretion of the editor, if their size is justifiable.

The reviews contain from 1500 words, and good practices/case studies contain up to 2000 words; and present: header with reference of the original work or of the judged and the author's name. Do not need to be preceded by an abstract.

FORMATTING

The articles should be submitted with the following formatting rules:

- Text Editor: Word for Windows;
- Font: Times New Roman, size 13, for footnotes and long quotations, size 11;
- Spacing: 1,5cm (between lines);
- Alignment: justified.

TEXT

The first page of the article should contain:

- The title, in uppercase font, bold and centered (Portuguese and English);
- Abstract in Portuguese, of 100 to 250 words, alignment justified;
- Keywords: up to 5 words, alignment justified;

- Abstract: translated abstract into English (from 100 to 250 words), alignment justified.
- Keywords: up to 5 words translated to English.
- Summary: sections numbered progressively in Arabic numerals.

CITATIONS, FOOTNOTES, AND REFERENCES

Must follow the rules of ABNT (Brazilian Association of Technical Standards) - (NBR - Brazilian norm - 10520 and 6023). The references in the body of the text should be in the footnote template. The author-date system will not be accepted.

ADDITIONAL INFORMATION

All of the rules that govern the publication are available on the website of the Public Defender of the Union - www.dpu.gov.br/esdpu/revista -, in the section “Guidelines for authors”. In the same section, there are also article templates, review and comment to case law as an example. Other informations may be obtained from the Coordination of incentive to research an publication by the e-mail publicacoes.esdpu@dpu.gov.br.

The contributors to this Magazine enjoy the wider freedom of opinion and criticism, a responsibility of the ideas and concepts expressed in their works.