

15

ISSN: 1984-0322

e-ISSN: 2448-4555

DOI: <https://doi.org/10.46901/revistadadpu.i15>

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO



ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA
PÚBLICA DA UNIÃO

Janeiro/Junho de 2021
Brasília/DF

ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

César de Oliveira Gomes
Diretor-Geral da Escola Nacional da Defensoria Pública da União
Gustavo de Oliveira Quant
Vice-Diretor Geral da Escola Nacional da Defensoria Pública da União

CONSELHO EDITORIAL

Daniel Mourgues Cogoy
Editor-Chefe da Revista da Defensoria Pública da União. Mestre em Ciências mestre jurídicas pela Universidade de Lisboa (UL), Portugal. Defensor Público Federal.

CONSELHEIROS ENDÓGENOS

André Carneiro Leão
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Faculdade Damas de Instrução Cristã. Defensor Público Federal.
Denise Tanaka dos Santos
Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Defensora Pública Federal.
Érica de Oliveira Hartmann
Doutora em Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Defensora Pública Federal.

CONSELHEIROS EXÓGENOS

Alexandre Morais da Rosa
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Programa de Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC).
Artur Stamford da Silva
Doutor em Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
Cesar Augusto Silva da Silva
Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Adjunto da Faculdade de Direito (FADIR) da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS).
Clarissa Marques da Cunha
Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora da Damas da Instrução Cristã, em Recife/ PE. Advogada.
Clayton de Albuquerque Maranhão
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Adjunto da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).
Cleber Francisco Alves
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professor da Universidade Católica de Petrópolis (UCP) e da Universidade Federal Fluminense (UFF). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.
Guilherme Roman Borges
Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Formação Humanística na Escola da Magistratura Federal do Paraná. Professor de Direitos Humanos da Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Católica de Brasília (UCB). Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4).

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

N. 15, jan./jun. de 2021
Brasília, DF

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

R. Defensoria Públ. União	Brasília, DF	n. 15	p. 1-312	jan./jun. 2021
---------------------------	--------------	-------	----------	----------------

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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

Revista da Defensoria Pública da União está licenciada sob CC BY-NC 4.0 

Essa publicação utiliza o software  **iThenticate**® para verificação de similaridade.

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Daniel de Macedo Alves Pereira

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Jair Soares Júnior

CORREGEDOR-GERAL FEDERAL

Fabiano Caetano Prestes

CONSELHO SUPERIOR

Ana Luisa Zago de Moraes - Defensora Pública Federal de Segunda Categoria

Antônio Carlos Torres de Siqueira de Maia e Pádua - Defensor Público Federal de Categoria Especial

Carlos Eduardo Barbosa Paz - Defensor Público Federal de Primeira Categoria

Edson Rodrigues Marques - Defensor Público Federal de Categoria Especial

Francisco de Assis Nascimento Nóbrega - Defensor Público Federal de Segunda Categoria

João Paulo de Campos Dorini - Defensor Público Federal de Primeira Categoria

COORDENAÇÃO, EDITORAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E INFORMAÇÕES

Escola Nacional da Defensoria Pública da União

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

Tel.: (61) 3318-0287

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

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

Revista da Defensoria Pública da União / Defensoria Pública da União. – n. 15

(jan./jun. 2021)- .- Brasília : DPU, 2021- .

v. ; 28 cm.

Semestral

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

ISSN 1984-0322 – e-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

Os colaboradores desta Revista possuem ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

Filiada à Associação Brasileira de Editores Científicos - ABEC



EQUIPE DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Alessandra Rodrigues Oliveira Mesquita

Editora Executiva

Rosália Soares Carvalho

Assistente de Editoração

Jeanise Leal Cechinatto

Bibliotecária - Normalização ABNT pré-textuais e revisão referências

Nádylla Lopes de Andrade

Estagiária de Letras - Português

Amanda de Matos Luna

Estagiária de Comunicação Social - Publicidade e Propaganda

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL – ASCOM – PROJETO GRÁFICO

TIKINET – DIAGRAMAÇÃO

PARECERISTAS DESTA EDIÇÃO

Adryssa Diniz Ferreira Melo da Luz - Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra (UC), Portugal. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra (UC), Portugal. Investigadora colaboradora do Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra (UC), Portugal. Sócia Diretora do Escritório Jardim, Melo & da Luz, Belém/PA.

Alexandre Moraes da Rosa - Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Adjunto de Processo Penal da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Programa de Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC).

Aline Vitalis - Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra (UC), Portugal. Procuradora da Fazenda Nacional.

Ana Luíza Berg Barcelos - Doutora em Política Social pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Mestre em Educação pela Universidade Federal de Pelotas (UFPeL). Professora de Teoria Geral do Processo e de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pelotas (UCPel).

André Ribeiro Giamberardino - Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Especialização em Criminologia pela Università degli Studi di Padova e pelo ICPC/PR. Professor dos Programas de Pós-graduação em Direito e em Sociologia da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e atual Coordenador do Núcleo de Política Criminal e Execução Penal da Defensoria Pública do Paraná.

Carolina Guerra e Souza - Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professora Substituta na Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

Cirilo Augusto Vargas - Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Defensor Público do Estado de Minas Gerais

Cláudia dos Santos Costa - Doutoranda em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Gestão e Modernização Pública pela Universidade Estadual Vale do Acaraú, (UVA-CE). Diretora acadêmica da Faculdade Alencarina em Sobral (FAL-CE). Advogada.

Cláudio Tucci Júnior - Doutorando em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Professor da Universidade Santa Cecília / FIPE - USP. Advogado.

Clayton de Albuquerque Maranhão - Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Adjunto da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

Cléber Francisco Alves - Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professor da Universidade Católica de Petrópolis (UCP) e da Universidade Federal Fluminense (UFF). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

Daisy Assmann Lima - Doutora em Economia pela Universidade Católica de Brasília (UCB/DF). Mestre em Economia pela Universidade Católica de Brasília (UCB/DF). Coordenadora de Planejamento e Acompanhamento Financeiro da Defensoria Pública da União desde 2014. Professora da Graduação e Pós-Graduação e Conteudista da equipe EAD da Universidade Católica de Brasília.

Daniel Chiaretti - Doutorando em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP). Juiz Federal Substituto no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4).

Elaini Cristina Gonzaga da Silva - Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Internacional. Universidade de São Paulo (USP). Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Flávio Roberto Batista - Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Procurador Federal junto à Procuradoria Seccional Federal em São Bernardo do Campo/SP.

Grégoire Moreira de Moura - Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Penal Informático na Pós-Graduação em Ciências Penais da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Procurador Regional da Procuradoria Federal Especializada.

Guillermo Rojas de Cerqueira César - Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário de Marília (UNIVEM). Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM) e Especialista em Direito Previdenciário Instituto Nacional de Ensino Superior e Pesquisa (INES). Defensor Público Federal em São Paulo.

Jarbas Ricardo Almeida Cunha - Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Política Social pela Universidade de Brasília (UnB). Analista Técnico de Políticas Sociais.

João Paulo Marques dos Santos - Doutorando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Pesquisador na Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado.

Jorge Alberto Araújo de Araújo - Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Juiz Federal na 1ª Vara de Imperatriz/MA.

José Alexandre Zachia Alan - Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa (UL), Portugal. Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul.

Kellen Barbosa Costa - Doutoranda em Direito Constitucional Internacional pela Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina. Assessora jurídica na Defensoria Pública da União (Núcleo Criminal) em Porto Alegre.

Larissa Fischer Sbrissia Dissenha - Mestre em Teoria do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada.

Marcos Alves da Silva - Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário de Curitiba (UNICURITIBA).

Maria Fernanda César Las Casas de Oliveira - Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Especialista em Direito de família e sucessões pela Escola Superior de Advocacia da OAB.

Othon Pantoja Oliveira de Azevedo - Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Processus (PROCESSUS). Auditor de Controle Interno (Secretário de Orientação da Gestão) na Defensoria Pública da União.

Pâmela Coppeti Ghisleni - Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Professora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade CNEC Santo Angelo, Advogada.

Paulo Fernando de Britto Feitoza - Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestrado em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Professor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Juiz 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Manaus.

Pedro González Montes de Oliveira - Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Direito-Civil Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Defensor Público da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Renata Ceschin Melfi de Macedo - Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e do Complexo de Ensino Superior do Brasil. Advogada Criminalista.

Renata Maria Silveira Toledo - Doutoranda em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Professora de Direito na Universidade Metodista de São Paulo. Advogada na Toledo e Lopes Advogados.

Ricardo da Silva Rodrigues - Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Secretário Parlamentar na Câmara dos Deputados. Sociólogo na Defensoria Pública da União.

Rosa Maria Zaia Borges - Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professora adjunta e Coordenadora do Programa de Pós-graduação stricto sensu na Faculdade de Direito "Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

Rui Carlo Dissenha - Doutor em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Organizações Internacionais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Internacional Público pela Universiteit Leiden (ULEIDEN), Holanda. Professor na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado.

Thiago Barison de Oliveira - Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Teoria do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC).

Victor Hugo Criscuolo Boson - Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor adjunto da Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB).

Vinicius Pinheiro Marques - Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Professor na Universidade Federal do Tocantins (UFT), Centro Universitário Católica do Tocantins (UNICATÓLICA) e Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA). Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/TO.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO César de Oliveira Gomes	13
--	----

EDITORIAL Daniel Mourgues Cogoy	15
---	----

I - TEMA ESPECIAL DESTA EDIÇÃO

REFLEXOS DA PANDEMIA NO ACESSO À JUSTIÇA <i>REFLECTIONS OF PANDEMIC IN ACCESS TO JUSTICE</i>	17
--	----

A pandemia do COVID-19 e o acesso aos direitos e à justiça - reflexões sobre seus efeitos no presente e no futuro da atuação da Defensoria Pública <i>The covid-19 pandemic and access to rights and justice - reflections on its effects on the present and future of Public Defender's performance</i> Cleber Francisco Alves	19
--	----

AUTOR
CONVIDADO

Relações familiares entre binacionais em tempos de pandemia <i>Family relationships between binationals in times of pandemic</i> Mirelle Fernandes Soares; Nina Gabriela Borges Costa	47
--	----

II - SEÇÕES DA REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA E ACESSO À JUSTIÇA <i>PUBLIC DEFENDER'S OFFICE AND ACESS TO JUSTICE</i>	67
--	----

Quem são os defensores públicos no Brasil? Perfis e trajetórias de 2004 a 2017 <i>Who are Public Defenders in Brazil? Profiles and trajectories from 2004 to 2017</i> André Gambier Campos	69
---	----

O prelúdio do acesso à justiça aos vulneráveis no Brasil <i>The prelude of access to justice to the vulnerable in Brazil</i> Laryssa Saraiva Queiroz	87
Defensoria Pública como garantia institucional dos Direitos Fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade <i>The Public Defender's Office as an institutional guarantee of the Fundamental Rights of people in vulnerable situations</i> Lívia Martins Nunes Braga e Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato	115
O tempo entre o deferimento e a efetivação das tutelas de urgência concedidas nas ações de medicamentos propostas pela DPU/Caruaru entre 2018 a 2020, como indicativo de efetividade <i>The time between deference and effectiveness of emergency guards granted in drug actions proposed by DPU / Caruaru between 2018-2020, as an effectiveness indicative</i> Maria Izabel Rodrigues de Melo	135
Princípio fundamental da sustentabilidade e as inconstitucionais isenções tributárias a agrotóxicos <i>Fundamental principle of sustainability and the unconstitutional tax exemptions to pesticides</i> Thais Aurélio Garcia	151
Análise do Instituto da Multa Cominatória, com foco no acesso à justiça, para fins de incremento da efetividade dos provimentos jurisdicionais <i>Analysis of the Contempt of Court, focusing on access to justice, for the purpose of increasing the effectiveness of jurisdictional improvements</i> Thalita Vaneli Graceli	171
DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL E TRABALHO <i>RIGHT TO SOCIAL SECURITY AND WORK</i>	189
Benefício assistencial: critério econômico analisado em casos concretos <i>Assistential benefit: economic criteria analyzed in concrete cases</i> Sarah Lohuamma Almeida Araújo Sousa, Jorge Alberto Araújo de Araújo e Marcos Aarão Sales Sousa	191

DIREITOS HUMANOS <i>HUMAN RIGHTS</i>	211
A governamentalidade neoliberal enquanto forma de mobilizar vidas: refletindo sobre as migrações internacionais <i>The neoliberal governmentality mobilizing lives: reflecting about international migrations</i> Anelise Trindade de Nazaré	213
O controle da reprodução está no coração da Organização Sócio-Política. A discussão sobre a descriminalização da prática da interrupção da Gravidez Voluntária no Brasil <i>The control of reproduction is at the heart on the sociopolitical. Organization discussion on the decriminalization of the practice of interruption of voluntary pregnancy in Brazil</i> Viviana Mendes Ribeiro	231
CIÊNCIAS CRIMINAIS <i>CRIMINAL SCIENCES</i>	251
"Tá lá o corpo estendido no chão": uma análise do contexto dos homicídios processados no Tribunal do Júri de Campina Grande/PB <i>"There is the body extended on the floor": an analysis of the context of homicides processed in the court of the jury of Campina Grande/PB</i> Diana Freitas de Andrade	253
RESENHAS <i>REVIEW</i>	269
SANTOS, Boaventura de Souza. A Cruel Pedagogia do Vírus. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 35. Por Letícia de Menezes Batista	271

BOAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS
GOOD INSTITUTIONAL PRACTICES

279

Conexão virtual: uma análise acerca do procedimento de mediação on-line desenvolvidos em projetos de mediação em conflitos familiares
Virtual connection: na analysis about the on-line mediation procedure developed in family conflict mediation projects
Thais Silva Araújo de Amorim Coelho, Maria Izabelly Morais da Silva e Cláudia dos Santos Costa

281

ESTUDO DE CASO
CASE STUDY

293

Pessoas privadas de liberdade e o direito à saúde: o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos
Persons deprived of liberty and the right to health: leading case of the inter-American Court of Human Rights
Maria Cecilia Lessa da Rocha

295

ORIENTAÇÕES PARA AUTORES
GUIDELINES FOR AUTHORS

307

APRESENTAÇÃO

Iniciamos este ano de 2021 com esperanças renovadas de um novo ciclo que se iniciaria em nossa sociedade após um ano de 2020 marcado pela pandemia de COVID-19. A Escola Nacional da Defensoria Pública da União (ENADPU) também se renova, mais uma vez, com uma nova direção, que mantém o compromisso de desenvolver projetos de pesquisa e disseminação de conhecimentos na área jurídica. Com a finalidade de iniciar uma nova etapa para a Revista da ENADPU visando a sua missão de fomentar e disseminar conhecimento afeto à Defensoria Pública, à promoção dos Direitos Humanos e ao acesso à justiça, colocamos como uma das principais metas desta gestão a consolidação desse periódico com fortalecimento de conteúdo e qualidade dos artigos que compõem esta Revista.

Assim, é com grande alegria que lançamos a primeira edição da Revista da Defensoria Pública da União neste ano. Esta edição se inova ao ser publicada no meio do semestre e não em junho, como as publicações anteriores. Para isso acontecer, contamos com o comprometimento do Conselho Editorial e da equipe da Escola e, também, com a parceria de uma empresa externa, o que nos trouxe maior agilidade e aprimoramento da revisão, da normalização e da tradução. Confiamos que o fortalecimento da Revista da DPU como periódico científico possui elevada importância para a nossa instituição e, por que não dizer, para as instituições públicas em geral.

E, sendo uma revista contemporânea, nesta edição o tema especial traz à tona os reflexos da pandemia no acesso à justiça, com texto do autor convidado Professor Cleber Francisco Alves. Nas seções permanentes da Revista, que abordam temas como acesso à justiça, seguridade social, direitos humanos e ciências criminais, há artigos profundos que nos levam a reflexões e a questionamentos sobre justiça e direito. Temos, ainda, as seções de resenha e de boas práticas, com temas de abordagem atual e de grande importância para a nossa sociedade.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

César de Oliveira Gomes

Diretor da Escola Nacional da Defensoria Pública da União

EDITORIAL

Cabe-me a honra de entregar mais uma edição da Revista da Defensoria Pública da União. A de número 15. Impossível não voltar no tempo, a uma tarde de dezembro em Brasília/DF quando o Dr. Fernando Mauro Junior, então diretor da Escola Superior da Defensoria Pública da União me convidou a ser o editor-chefe da Revista. Dele, naquela oportunidade, recebi apenas uma cobrança: a de elevar o estrato Qualis da Revista junto à CAPES.

Eu aceitei o desafio de imediato, mas não sem receios. Já havia publicado um livro e alguns artigos em revistas científicas, mas conhecia muito pouco sobre o processo de editoração em si. Tampouco era muito atento aos estratos dos espaços onde publicava. Elegia as revistas às quais endereçava meus artigos por critérios afetivos. Ora a Revista da DPU, carreira que me acolheu, ora a revistas editadas por amigos meus, que volta e meia me ligavam pedindo artigos para poderem fechar uma ou outra edição. Além disso, minha pós-graduação havia sido obtida no estrangeiro, onde não existia a pressão pela publicação em revistas ranqueadas pela CAPES.

Em tomando posse como editor-chefe, minha primeira medida foi descobrir o que era afinal um estrato Qualis e como deveria proceder para melhorar o ranqueamento da Revista da Defensoria Pública da União. Acabei por aprender que o Qualis foi originalmente concebido não como um sistema para avaliar revistas científicas, mas sim os cursos de pós-graduação no Brasil. Destes, exigia-se a publicação de artigos em periódicos científicos de qualidade. Buscava-se avaliar, portanto, a qualidade da produção científica de tais cursos. Para se saber se o periódico era ou não de qualidade, criou-se o Qualis.

Originalmente publicada em 2009, a Revista da Defensoria Pública da União sempre teve dificuldade em obter o “selo Qualis”. Isto ocorre por diversos motivos. Em primeiro lugar, a CAPES sempre negou que o Qualis tivesse por finalidade avaliar periódicos científicos. Como nossa revista não está vinculada a um curso de pós-graduação, mas a uma escola de governo (Escola Nacional da Defensoria Pública da União), para a CAPES não há sentido ou necessidade de que a tal publicação se conceda uma classificação de destaque. Outra dificuldade é o preconceito com que revistas de escolas de governo, em especial às ligadas ao sistema de justiça, são identificadas no meio acadêmico. Não raro são referidas como “*periódicos institucionais*”, e não como “*revistas científicas*”. Alega-se que o critério para publicação de escritos não seria o rigor científico, mas sim o interesse político-institucional.

Postos estes desafios, ainda assim a Revista da Defensoria Pública da União, por meio de seu conselho editorial, decidiu eleger como prioridade um estrato elevado junto ao Qualis/CAPES. Isto porque, estando ou não vinculada a um curso de pós-graduação, tal reconhecimento é fundamental para que se recebam artigos em quantidade e qualidade suficientes para se produzir uma publicação de excelência. Além disso, optou-se pelo árduo caminho da ciência, em detrimento de escolhas baseadas em critérios políticos ou de afinidade.

A primeira submissão da Revista da Defensoria Pública da União a uma avaliação pelo Qualis/CAPES se deu em 2016. A notícia da classificação da Revista como Qualis C, que

muito nos frustrou, foi-nos comunicada no início de minha gestão como editor-chefe. Tentamos ainda uma reclassificação em 2017, mas em sucesso.

Desde então, dando prosseguimento ao esforço dos conselheiros e editores que me antecederam, tratamos de trabalhar arduamente pela adequação da Revista aos critérios da CAPES. Investimos em editoração eletrônica, cursos de formação, exogenia, inserção em bases de dados e ampliação do quadro de pareceristas. Hoje não tenho dúvidas de que estamos a entregar a nossos leitores uma revista científica – e não um periódico institucional – de qualidade e adequado aos rigores dos mais elevados estratos da qualis. Infelizmente, contudo, ainda não estamos formalmente reconhecidos como tal. Ocorre que, desde 2016, as avaliações de revistas científicas pela CAPES estão paradas.

Em que pese esta frustração, impende reconhecer que o próprio selo Qualis já não tem mais o mesmo valor de outros tempos. As revistas da atualidade são cada vez mais reconhecidas por outros elementos – como o fator de impacto - que não necessariamente o Qualis. O selo da CAPES – até por sua defasagem- já não é mais a única – e quiçá a principal – métrica para aferição da qualidade das publicações científicas no país.

Por outro lado, se o reconhecimento que temos perseguido ao longo dos últimos anos não veio por meio da CAPES, é inegável que nos tem chegado por outras formas. Cada vez mais a Revista da Defensoria Pública da União tem sido lida, elogiada, criticada e utilizada como fonte de pesquisa. Aos poucos vamos nos tornando referência nos temas a que nos dedicamos. Um caminho longo, árduo, mas de muitos frutos.

Desta feita, peço desculpas ao meu amigo e ex-diretor Fernando Mauro por ainda não ter lhe entregue o estrato elevado da CAPES com que tanto sonhamos e pelo qual tanto lutamos. Mas não me sinto derrotado ou envergonhado. Sinto que conquistamos tanto ou mais do que era imaginado no início deste percurso. E tenho muito orgulho do alcançado até aqui, por meio do esforço conjunto de diretores, conselho editorial, equipe de editoração, leitores, autores e pareceristas. Afinal, quantas outras revistas sobre acesso à justiça podem ter como artigo de abertura um texto do Dr. Cleber Francisco Alves, talvez a maior autoridade nacional no tema?

A todos uma excelente leitura!

Daniel Mourgues Cogoy
Editor-chefe da Revista da DPU

I - TEMAS ESPECIAIS DESTA EDIÇÃO

REFLEXOS DA PANDEMIA NO
ACESSO À JUSTIÇA

REFLECTIONS OF PANDEMIC IN ACCESS TO JUSTICE

A PANDEMIA DO COVID-19 E O ACESSO AOS DIREITOS E À JUSTIÇA - REFLEXÕES SOBRE SEUS EFEITOS NO PRESENTE E NO FUTURO DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

THE COVID-19 PANDEMIC AND ACCESS TO RIGHTS AND JUSTICE - REFLECTIONS ON ITS EFFECTS ON THE PRESENT AND FUTURE OF PUBLIC DEFENDER'S PERFORMANCE

Cleber Francisco Alves

Doutor em Direito pela PUC-Rio, com estágio Pós-Doutoral na Universidade de Londres. Professor Associado da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro, titular da 24ª Câmara Cível no TJ-RJ.

INTRODUÇÃO

No final do ano de 2019 o mundo foi surpreendido com a descoberta de um novo tipo de vírus, que teria sido identificado pela primeira vez na cidade de Wuhan, na China. Esse vírus, variante da família conhecida como “coronavírus”, foi oficialmente denominado, no meio científico, de SARs-CoV-2. Ele foi identificado como causador de uma espécie grave de pneumonia – depois designada de “síndrome respiratória aguda grave”, ou simplesmente, COVID-19. É transmitido através de gotículas expelidas do nariz ou da boca da pessoa infectada, causando sintomas que podem variar entre febre, cansaço, perda do paladar e olfato resultando em alguns casos mais graves num quadro de insuficiência respiratória aguda que se revela fatal principalmente em pacientes mais idosos. Porém, muitas pessoas que contraem o vírus permanecem assintomáticas o que acaba dificultando o registro e controle da disseminação da doença.

Em março de 2020, após uma rápida expansão do contágio da doença pelo mundo afora, a OMS – Organização Mundial da Saúde declarou formalmente que estava configurada a situação de pandemia. A capacidade de propagação do vírus e a gravidade da doença são notórias tendo em vista que – apesar de todas as medidas e esforços no sentido de conter sua disseminação e minimizar seus efeitos – até o final de janeiro de 2021 já haviam sido registrados mais de 100 milhões de casos no mundo, ultrapassada a casa de 2 milhões e 200 mil pessoas mortas em razão da doença¹. No Brasil as estatísticas revelam números lamentáveis, com um percentual total de contágios e, sobretudo, de mortes muito superiores à média mundial: com apenas 2,8% da população global, o Brasil terminou o ano de 2020 com 10,8% das mortes provocadas pela COVID-19 em todo o mundo. O país tinha, em 31/12/2020, mais de 9% do total de pessoas infectadas pelo novo coronavírus: dos cerca de 83 milhões de casos de COVID-19 registrados no mundo em 2020, o Brasil

¹ Informações obtidas na plataforma *Our World in Data*, ou “Nosso Mundo em Dados”, em tradução livre. Tal plataforma foi criada a partir de um esforço coletivo de pesquisadores da Universidade de Oxford e da organização sem fins lucrativos *Global Change Data Lab*. Os dados coletados são usados por grandes jornais, como *The New York Times*, BBC, *Guardian* e *The Washington Post*, além de outras publicações, como a *Science* e *Nature*. Ver: <https://ourworldindata.org/coronavirus>. Acesso em 01/02/2021.

respondeu por 7.675.973. E certamente esses números devem ser ainda maiores, em razão de ocorrência de subnotificação.

A eclosão da pandemia do COVID-19, formalmente declarada no início do ano 2020, provocou impactos dramáticos e profundos na vida cotidiana da maioria dos habitantes do planeta. Em todas as atividades humanas foram sentidos os efeitos dessa terrível e insidiosa doença para cujo enfrentamento, paradoxalmente, apesar do sofisticado estágio de desenvolvimento científico e tecnológico contemporâneo, pouquíssimas nações estavam preparadas. Os sistemas de saúde de muitos países colapsaram. As atividades econômicas sofreram duros revezes, em razão da necessidade de observar as determinações de autoridades sanitárias impondo medidas de afastamento social e, em alguns casos mais drásticos, de total *lock down*. Tais medidas afetaram principalmente os setores do comércio, dos serviços – notadamente o turismo, atividades culturais e de lazer – e, também, da indústria. O sistema educacional teve que se reconfigurar, com fechamento das escolas, passando o ensino a ser ministrado de forma remota aos estudantes em seu próprio domicílio², com utilização de recursos tecnológicos através de plataformas digitais, com acesso pela internet.

Esse quadro de desafios e transformações não foi diferente no âmbito dos sistemas de acesso à justiça. A necessidade de distanciamento e, até mesmo, de total isolamento social implicou na interrupção das atividades predominantemente presenciais dos serviços forenses e de assistência jurídica e impôs a adoção de novas rotinas e procedimentos destinados a assegurar a continuidade da prestação desses serviços, considerados essenciais para a preservação da ordem e da paz social. Os órgãos judiciais e os profissionais que atuam nas diversas funções jurídicas passaram a atuar em regime de atendimento remoto, totalmente dependentes do uso de equipamentos e recursos tecnológicos para o processamento de dados e para viabilizar a comunicação e interação entre os prestadores dos serviços e os respectivos destinatários.

Tendo presente essa conjuntura, o presente artigo tem o objetivo de trazer informações sobre os impactos da pandemia do COVID-19 no que se refere especificamente ao acesso aos direitos e à justiça, numa visão panorâmica da realidade nacional e internacional.

O primeiro capítulo propõe uma reflexão em que se situa a eclosão da pandemia no contexto mundial, de transição de um modelo de organização política ainda marcado pelo dogma da soberania territorial dos Estados Nacionais mas que se coloca numa transição para um novo cenário de configuração transnacional. Diante desse cenário marcado por desafios, aporias e incertezas, se procurará analisar – de modo crítico – as estratégias adotadas pelos diversos países no enfrentamento da pandemia do COVID-19.

² Para uma reflexão mais aprofundada sobre os impactos da pandemia do COVID-19 no sistema educacional sugere-se consulta a: KLOH, Fabiana Ferreira Pimentel; ALVES, Cleber Francisco. Conselho Tutelar diz que aulas presenciais violam direitos das crianças: o relativismo na obrigatoriedade da frequência à escola e a opção pela educação domiciliar. In: VASCONCELOS, Maria Celi Chaves (org). **Educação Domiciliar no Brasil: mo(vi)mento em debate**. Curitiba: Editora CRV, 2021. pp. 95-113. Ver também, no mesmo livro, o capítulo “Reflexões acerca da Educação Domiciliar e da Desescolarização a partir do cenário de pandemia”, de autoria de Aline Lyra e Antônio Jorge Gonçalves Soares.

No segundo capítulo o estudo se voltará de modo mais específico para uma análise dos impactos da COVID-19 no âmbito dos sistemas de justiça e dos serviços de assistência jurídica gratuita, numa perspectiva mundial e nacional.

No terceiro e último capítulo nossa proposta é a de trazer considerações e reflexões sobre os efeitos da pandemia no presente e no futuro da atuação da Defensoria Pública, tendo em vista principalmente os desafios e potencialidades decorrentes da necessidade de transformação radical do modo de prestação de seus serviços, durante esse período de compulsório isolamento social. Também discorreremos sobre as prováveis dificuldades que serão enfrentadas para cumprimento da meta estabelecida na EC 80/2014, de plena cobertura territorial da presença da Defensoria Pública em todas as unidades federativas do Brasil.

Encerrando o trabalho, apresentaremos algumas considerações finais, destacando que a pandemia do COVID-19 evidenciou a importância do fortalecimento e aprimoramento de serviços públicos estatais como o prestado pela Defensoria Pública brasileira.

1. A ECLOSÃO DA PANDEMIA DO COVID-19 NO CENÁRIO DE UM MUNDO “TRANSNACIONAL” E AS ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO NOS DIVERSOS PAÍSES

Na história da humanidade³, são recorrentes os registros de surtos pandêmicos que provocaram efeitos devastadores de grande magnitude. A pior delas teria sido a “Peste Negra”, no Século XIV, que dizimou boa parte da população da Europa, e também da Ásia. Não há dados precisos registrados historicamente, mas estima-se que o número de mortos tenha sido de 75 milhões a 200 milhões de pessoas, o que se deu ao longo de um período de cerca de 7 anos (1346-1353). Há cerca de 100 anos, no início do Século XX, entre os anos de 1918 e 1920, a chamada “Gripe Espanhola” parece ter sido a primeira pandemia de alcance efetivamente mundial, afetando países de todos os continentes. Calcula-se que cerca de 25% da população mundial foi atingida, sendo o número de mortos estimado entre 20 e 40 milhões de pessoas. As precárias condições de higiene, o elevado nível de pobreza e o ainda incipiente estágio do conhecimento técnico-científico na área de saúde pública explicam esse número tão alto de vítimas fatais.

Considerando-se o vertiginoso progresso alcançado pelas ciências e pela medicina ao longo do século XX, e a sofisticação dos recursos tecnológicos para processamento de dados e comunicação, potencializados ainda mais nestes tempos de ampla expansão da internet, podia-se supor que seria improvável a eclosão de novos surtos pandêmicos, em pleno Século XXI, de grandes proporções quanto à letalidade e alcance territorial. Porém, a rápida e devastadora propagação da pandemia do COVID-19 contrariou todos esses prognósticos. Essa propagação foi amplamente favorecida pela realidade contemporânea de um mundo globalizado, com uma população mundial na casa dos 7 bilhões de pessoas, cuja circulação

³ Para uma visão panorâmica sobre o histórico das pandemias, ver: UJVARI, Stefan Cunha. **Pandemias: a humanidade em risco**. São Paulo: Contexto, 2011.

entre os países é facilitada⁴ por um sistema de transporte aéreo com notável estágio de conectividade e eficiência, que torna possível atravessar o planeta no espaço de apenas um dia.

Por mais paradoxal que pareça, embora o mundo contemporâneo tenha se tornado uma espécie de “aldeia global”, em que as pessoas tem a facilidade de transporte internacional relativamente barato e seguro, de comunicação imediata via internet, com acompanhamento em tempo real dos fatos e acontecimentos que se passam nos mais longínquos recantos do planeta, muitos são os obstáculos e dificuldades que se põem para superação de certos problemas e a resolução de graves questões que ainda assolam a humanidade. O modelo de organização política vigente na comunidade internacional, baseado no dogma da soberania territorial dos Estados Nacionais⁵, parece que – em muitos aspectos – não mais se compatibiliza com as necessidades e desafios da realidade contemporânea, que assume cada vez mais uma dimensão transnacional. Esse cenário atual caracteriza-se “por uma complexa teia de relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, que, conseqüentemente faz emergir novos atores, interesses e conflitos, que demandam respostas eficazes do direito”⁶. Em suma, parece evidente que o Estado Nacional não é mais capaz de dar respostas adequadas às complexas e difusas demandas de cunho transnacional que se fazem presentes no mundo contemporâneo⁷.

Exatamente nesse cenário de crise do modelo dos Estados Nacionais, em que a realidade da globalização torna cada vez mais notória a necessidade de compreensão e análise dos problemas a partir de um novo paradigma, que tem sido designado de “transnacionalidade”⁸, marcado pela preocupação com a efetividade de direitos difusos e transfronteiriços⁹, que deve ser situada a eclosão e propagação da pandemia do COVID-19. O modo errático com que muitos países estão lidando com a pandemia e as dificuldades que as organizações internacionais, como a OMS, tem enfrentado para desempenhar sua missão¹⁰ deixam patente as características de índole transnacional do problema, cuja solução não será alcançada de modo eficaz se conduzida sob a perspectiva do paradigma do nacionalismo, e cujos impactos sociais, ambientais e econômicos vão se fazer sentir, em escala mundial, ainda por muito tempo.

⁴ Segundo dados da IATA, no ano de 2018, antes da pandemia, as companhias aéreas transportaram 4,4 bilhões de passageiros ao redor do mundo. Dados disponíveis em: <https://www.iata.org/contentassets/f8d2fbbfe2664612a1e4e65a22422dc3/2019-07-31-01-sp.pdf>. Acesso em 09/02/2021.

⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí: UNIVALI, 2014.

⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 41.

⁷ Esse impasse está bem ressaltado por Jurgen Habermas, na sua obra “*Más allá del Estado Nacional*”. Traducción y introducción de Manuel Jiménez Redondo. 4ed. Madrid: Trota, 2008.

⁸ GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 174-181.

⁹ Nessa categoria estão abrangidas, por exemplo, as questões relativas ao meio ambiente, sustentabilidade, solidariedade, direitos humanos e equidade étnico-racial, sistemas de comunicação e de circulação de informações e dados, etc.

¹⁰ Em grande medida essas dificuldades decorrem da falta de caráter coercitivo para suas determinações, que juridicamente são compreendidas como meras “recomendações”, muitas vezes desprezadas e até questionadas sem qualquer embasamento técnico-científico.

Feitas essas considerações e reflexões situando a eclosão da pandemia do COVID-19 no cenário contemporâneo de um mundo transnacional, faremos uma breve digressão crítica sobre as estratégias que tem sido adotadas pelos Estados Nacionais para o enfrentamento da doença e de suas consequências na esfera doméstica de cada país. Inúmeros tem sido os estudos publicados relatando medidas adotadas, analisando sua eficácia e comparando os resultados obtidos. Segundo tais estudos vários são os fatores que podem ser relevantes para se compreender as alternativas disponíveis e opções ou estratégias escolhidas em cada caso. Para maior aprofundamento, vale a pena consultar a obra publicada pela Editora da Universidade de Michigan (EUA), que tem dentre as organizadoras a professora brasileira Elize Massard da Fonseca.¹¹

Logo após identificar o surgimento do vírus SARS-Cov-2, e sua rápida propagação causadora da COVID-19, a China adotou medidas drásticas e incisivas de isolamento de mais de 50 milhões de pessoas habitantes na Província de Wuhan onde o novo coronavírus teria pela primeira vez infectado seres humanos. Paralelamente, foram adotadas medidas de monitoramento e rastreamento rigoroso de casos confirmados da doença, com imposição de isolamento total de todos os que tivessem tido contato com pessoas infectadas. A obrigatoriedade do uso de máscaras e medidas de distanciamento social também foram sistematicamente adotadas. Considerando o gigantismo da China (em termos territoriais e populacionais), há que se reconhecer o êxito alcançado: até janeiro de 2021 o número total de casos no país era de pouco mais de 87.000, sendo 4.634 mortos, o que representa um percentual de pouco mais de 3 mortes por milhão de habitantes¹².

Vários países asiáticos seguiram mais ou menos esse mesmo padrão de medidas para evitar a propagação da doença, o que resultou no baixíssimo número de casos. Por exemplo, no Vietnã, até dezembro de 2020, haviam sido registrados apenas 35 mortes e 1385 casos, numa população de cerca de 97 milhões de habitantes¹³. O índice de mortes por milhão de habitantes era de menos de maior por cento (mais precisamente, 0.36). Em Taiwan, esse índice era ainda menor (0.34): até janeiro de 2021 eram apenas 7 mortes, dentre 843 casos, dos quais 746 de pessoas que contraíram o vírus fora do país, isso numa população de quase 24 milhões de habitantes. Fora da Ásia, o caso mais bem sucedido parece ter sido o da Nova Zelândia¹⁴.

¹¹ GREER, Scott L.; KING, Elizabeth J.; PERALTA-SANTOS, André; FONSCA, Elize Massard (ed.). *Coronavirus Politics - The Comparative Politics and Policy of COVID-19*. Michigan: University of Michigan Press, 2021.

¹² Esse número configura-se baixíssimo se comparado com outros países de grande extensão territorial: o índice dos EUA, em 31/01/2021, era de mais de 1500 mortos por milhão de habitantes, e o da União Europeia era de mais de 1200, conforme dados obtidos na plataforma *Our World in Data*, ou “Nosso Mundo em Dados”, em tradução livre. Ver: <https://ourworldindata.org/coronavirus>. Acesso em 31/01/2021.

¹³ Ver: <https://jornal.usp.br/radio-usp/apos-sobreviver-a-china-e-eua-vietna-vem-superando-tambem-a-pandemia/>. Acesso em 31/01/2021.

¹⁴ De acordo com estudo realizado pelo *think-tank* australiano *Lowy Institute*, divulgada em janeiro de 2021 a Nova Zelândia teria sido o país com melhor gestão da pandemia do COVID-19, num universo de quase 100 nações estudadas. Com 5 milhões de habitantes, o país havia contabilizado menos de 2 mil casos e apenas 25 mortes no final de janeiro de 2021. Ver: <https://interactives.lowyinstitute.org/features/covid-performance/>. Acesso em 31/01/2021.

Os países da Europa, notadamente a Itália, a Espanha e o Reino Unido, que de início relutaram em tomar medidas mais drásticas para a contenção da doença, foram surpreendidos com a vertiginosa propagação do novo coronavírus nos primeiros meses de 2020, que provocou o colapso de seus sistemas de saúde, com um altíssimo índice de letalidade. Diante do caótico quadro verificado, foram necessárias medidas drásticas de *lockdown*, com fechamento de escolas, igrejas, interrupção do tráfego aéreo e fechamento das fronteiras à entrada de estrangeiros. Foram também adotadas medidas de proteção social, com suporte financeiro às empresas para manutenção de empregos e fomentos às atividades econômicas mais afetadas pelas medidas de *lockdown*.

Os Estados Unidos demoraram muito a adotar políticas públicas e medidas destinadas a conter a propagação da COVID-19, em razão da postura ostensivamente “negacionista”, do então Presidente Donald Trump. Em grande medida, certamente como decorrência desse tipo de conduta errática, a pandemia se alastrou pelo país, provocando situação caótica nos sistemas de saúde de muitas cidades e um número alarmante de mortos.

No cenário mundial, de certo modo, parece surpreendente o número relativamente baixo de casos e letalidades verificados no continente africano. Temia-se que, devido ao elevado índice de pobreza e fragilidades no sistema de saúde e acesso a medicamentos, ocorreria uma severa disseminação da doença na África. De acordo com dados da Organização Municipal de Saúde, na Região Africana tinham sido registrados apenas 2.703.899 casos até 12/02/2021, sendo um total de 67.586 mortes. Esse número contrasta de modo gritante com aqueles da América Latina, que teria cerca de 20 milhões de casos e mais de 600 mil mortes nessa mesma data¹⁵.

Para uma visão panorâmica acerca das medidas e estratégias concretas adotadas pelos mais variados países no enfrentamento da pandemia do COVID-19, tomaremos como base dados coletados em pesquisa realizada no âmbito do *Global Access to Justice Project*, em cooperação com a Universidade Federal Fluminense (UFF)¹⁶, de que participaram representantes de cerca de 50 países. De acordo com dados obtidos nessa pesquisa, 86% desses países adotaram restrições em relação às viagens internacionais, seja proibindo a entrada de estrangeiros (39%), seja impedindo o ingresso de viajantes advindos de determinados países (27%), ou mesmo vedando a entrada de toda e qualquer pessoa, incluindo cidadãos e residentes que desejem retornar ao país (20%).

A referida pesquisa revelou ainda a maciça adoção pelos governos nacionais (86%) de medidas assistenciais em prol das populações necessitadas. Dentre tais medidas, destaca-se: (i) a concessão de auxílios financeiros diretos e subsídios mensais a pessoas que ficaram desempregadas ou cuja renda tenha sido afetada em decorrência da pandemia (Brasil, Camboja, Chile, Colômbia, Cuba, Chipre, Espanha, Finlândia, Índia, Japão, Quênia, Nova Zelândia, Macedônia do Norte, Paquistão e Taiwan); (ii) a isenção de tributos para pessoas físicas (Cuba e Mongólia); (iii) a isenção de cobrança por serviços públicos essen-

¹⁵ Dados disponíveis em: <https://covid19.who.int/> Acesso em 12/02/2021.

¹⁶ Para mais informações sobre o *Global Access to Justice Project* e, especificamente sobre essa pesquisa aqui mencionada, ver: <http://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19/?lang=pt-br>. Acesso em 12/02/2021.

ciais como gás, eletricidade e taxas de limpeza (Geórgia e Nepal); (iv) a prorrogação ou desoneração de obrigações tributárias para empresas e microempresas (Brasil, Colômbia, Finlândia, Seychelles, Espanha e Taiwan); (v) a suspensão da prestação de garantias fiscais (Chipre); (vi) a concessão de auxílio-doença a trabalhadores infectados (Chipre); (vii) a facilitação do acesso a benefícios sociais como o auxílio-desemprego (Nova Zelândia e Espanha); (viii) a concessão de licença paternidade especial de até quatro semanas para cidadãos com filhos (Chipre); (ix) a suspensão das operações comerciais por parte de empresas e microempresas, permanecendo o não recolhimento fiscal condicionado a não demissão de funcionários durante a pandemia (Chipre); (x) a distribuição de alimentação *in natura* ou cupons para aquisição de alimentos (Brasil, Etiópia, Índia, Quênia, Paquistão e Estados Unidos); (xi) o diferimento no pagamento de encargos contratuais diversos como taxas, juros, multas e empréstimos. Detectou-se também que a pandemia afetou severamente a rotina de estudos em todo o planeta, sendo identificado o fechamento compulsório de instituições de ensino em 94% dos países analisados¹⁷.

No caso do Brasil, muitas das medidas adotadas em outros países do mundo também foram aqui implementadas. Logo no início do ano de 2020, quando já se vislumbrava um horizonte preocupante quanto à disseminação internacional da COVID-19, foi aprovada a Lei Federal nº 13.979¹⁸, de 6 de fevereiro de 2020, onde foram previstas medidas passíveis de serem adotadas pelas autoridades públicas para o enfrentamento da situação de emergência em saúde pública¹⁹ decorrente do surto do novo coronavírus. Dentre essas medidas elencadas no Art. 3º da referida Lei, podemos mencionar: isolamento, quarentena, determinação compulsória de exames médicos, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas, uso obrigatório de máscaras de proteção individual, restrição excepcional e temporária de entrada e saída do país, de locomoção interestadual e intermunicipal. Por se tratar o Brasil de um país de dimensão continental, com características regionais e locais muito variadas, e em que vigora o regime de governo federativo, surgiram muitas controvérsias quando à efetivação, na prática, de várias dessas medidas, quando da eclosão da pandemia, a partir de março de 2020. A Constituição Federal brasileira de 1988 adotou um modelo que costuma ser designado de “federalismo cooperativo” no qual a União, os Estados e Municípios compartilham competências e responsabilidades quanto à edição de normas jurídicas e à prestação dos serviços públicos, observado o princípio da predominância de interesses. Desse modelo deveria resultar um papel de protagonismo da União no que se refere ao planejamento, coordenação e diretrizes de âmbito nacional para o enfrentamento da pandemia, cabendo aos Estados e Municípios, conforme o caso, adequar e aplicar essas diretrizes no seu âmbito territorial, sempre com o intuito de assegurar maior eficácia possível para a proteção da saúde dos cidadãos. Porém,

¹⁷ ESTEVES, Diogo; ALVES, Cleber Francisco; SILVA, Franklyn Roger Alves; Azevedo, Júlio Camargo. Acesso à Justiça em tempos de pandemia: o impacto global do COVID-19 nas instituições político-jurídicas. **Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**. Niterói-RJ, Vol. 22, N. 2, ago/dez 2020, pp. 147-170.

¹⁸ Ao longo do ano de 2020, outras normas legais foram aprovadas, introduzindo modificações ou acréscimos nas regras estabelecidas por essa Lei. Foi o caso das Leis nº 14.006, 14.019 e 14.039, todas de 2020.

¹⁹ Na data da promulgação dessa Lei, a Organização Municipal de Saúde ainda não havia declarado formalmente o estágio de pandemia, mas de “situação de emergência internacional”.

não foi exatamente isso o que ocorreu²⁰, o que acabou levando muitas controvérsias para serem dirimidas na esfera judicial, suscitando dúvidas e embates que tem dificultado sobremaneira a eficácia do combate à disseminação da doença no Brasil.

O fato é que, lamentavelmente, fatores de cunho ideológico e político²¹ acabaram interferindo fortemente na definição dos rumos, estratégias e prioridades das políticas públicas relacionadas ao enfrentamento da pandemia no Brasil, o que resultou no profundo agravamento e amplificação do quadro crítico decorrente da pandemia do COVID-19 em nosso país. Segundo estudo internacional já antes mencionado, feito por conceituado Instituto de Pesquisas da Austrália – o *Lowy Institute*, divulgada em janeiro de 2021, o Brasil foi considerado o país que teve a pior gestão de políticas públicas, num universo de 100 nações estudadas²². Essa percepção está em sintonia com dados sistematizados na pesquisa “Mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à COVID-19 no Brasil”, realizada pelo Centro de Pesquisas e Estudos de Direito Sanitário (CEPEDISA) da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP), em parceria com a ONG - Conectas Direitos Humanos²³. De acordo com as pesquisadoras Deisy Ventura e Rossana Reis, da USP, não teria ocorrido propriamente “incompetência e negligência” na gestão da pandemia mas sim uma “estratégia institucional de propagação do vírus, promovida pelo governo brasileiro sob a liderança da Presidência da República”, cujo objetivo seria a retomada da atividade econômica o mais rápido possível e a qualquer

²⁰ Ver: MARRAFON, Marco Aurélio. CF estabelece cooperação federativa para superar crise do coronavírus. In: **ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/constituicao-poder-cf-estabelece-cooperacao-federativa-crise-covid-19>. Acesso em 10/02/2021.

²¹ Na mesma linha da postura adotada pelo Presidente dos Estados Unidos da América, o Chefe de Governo do Brasil, Presidente Jair Bolsonaro assumiu uma postura negacionista acerca dos critérios técnicos e científicos indicados como adequados para contenção e prevenção da Covid-19, ridicularizaram o uso de máscaras, opuseram-se a medidas de isolamento social e estimularam a prevenção e “tratamento precoce” (expressão utilizada pelo Ministro da Saúde em entrevista coletiva à imprensa, concedida no dia 21 de julho de 2020, em Porto Alegre-RS) da doença com medicamentos cuja eficácia não é reconhecida pela ciência. Para uma reflexão sobre essa questionável “estratégia” do governo brasileiro, sugere-se consulta a: <https://observatoriahospitalar.fiocruz.br/conteudo-interno/estrategia-brasileira-de-combate-covid-19-como-o-vacuo-de-lideranca-minimiza-os>. Acesso em 10/02/2021.

²² Ver: <https://interactives.lowyinstitute.org/features/covid-performance/>. Acesso em 10/02/2021.

²³ Trata-se de projeto que reuniu uma equipe multidisciplinar que realizou pesquisa documental para constituição de um banco de normas relacionadas à pandemia da COVID-19 no Brasil, com produção de dados para análise qualitativa de impacto potencial sobre direitos humanos, além de produção de dados para desagregação e análise quantitativa, em especial o cruzamento de dados sobre as normas com indicadores epidemiológicos. Os resultados dessa pesquisa foram divulgados em edições quinzenais do BOLETIM: DIREITOS NA PANDEMIA, publicados pela Conectas Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.conectas.org/publicacoes/>. Acesso em 10/02/2021).

custo²⁴. Numa análise comparativa com as estratégias adotadas por países como a Coreia do Sul, a Alemanha e a Suécia, o pesquisador Carlos Luiz Strapazzon, da UFSC, também concluiu que “os serviços preventivos de difusão da doença não foram a prioridade na estratégia de ação do Ministério da Saúde”²⁵: o foco principal teria sido nas questões de ordem econômica e não sanitária. Fomentou-se assim, segundo nos parece, um equivocando dilema e confronto entre proteção da saúde e a preservação da atividade econômica²⁶, cujas consequências ao final e ao cabo estão se revelando dramáticas e devastadoras tanto para a saúde dos brasileiros quanto para a economia nacional.

2. IMPACTOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NO ÂMBITO DO ACESSO AOS DIREITOS E À JUSTIÇA: PERSPECTIVA MUNDIAL E NACIONAL

Após um ano do surgimento da COVID-19, é fácil constatar que poucos foram os países que estavam minimamente preparados para lidar com essa pandemia e, por esse motivo, ela tem causado terríveis impactos e transtornos na vida cotidiana. Diante do desconhecimento acerca do desenvolvimento da doença e dos contundentes efeitos por ela gerados, assim como diante da inexistência de imunizantes (vacinas) e de tratamentos médico-farmacológicos especificamente eficazes para seu tratamento, as respostas prioritárias dos governos estavam inicialmente focadas em medidas de cunho sanitário de caráter preventivo, com severas restrições à circulação de pessoas. Isso implicou, como já destacado, na paralisação quase completa das atividades econômicas, e fechamento de repartições públicas não consideradas como essenciais, com o intuito de retardar ou minimizar o ritmo de propagação, para melhor se preparar ao seu enfrentamento, evitando assim o aumento número de vítimas fatais.

Embora as questões principais relacionadas à pandemia do COVID-19 tenham sido relacionadas primordialmente à esfera da saúde pública, o impacto das medidas e políticas públicas adotadas para conter a disseminação do vírus tem provocado amplos e preocu-

²⁴ Essa estratégia, segundo as referidas pesquisadoras, estaria configurada em três eixos fundamentais detalhadamente mapeados na pesquisa, consistentes em “1. atos normativos da União, incluindo a edição de normas por autoridades e órgãos federais e vetos presidenciais; 2. atos de obstrução às respostas dos governos estaduais e municipais à pandemia; e 3. propaganda contra a saúde pública, aqui definida como o discurso político que mobiliza argumentos econômicos, ideológicos e morais, além de notícias falsas e informações técnicas sem comprovação científica, com o propósito de desacreditar as autoridades sanitárias, enfraquecer a adesão popular às recomendações de saúde baseadas em evidências científicas, e promover o ativismo político contra as medidas de saúde pública necessárias para conter o avanço da Covid-19”. Segundo as referidas pesquisadores, houve um “empenho e a eficiência da atuação da União em prol da ampla disseminação do vírus no território nacional, declaradamente com o objetivo de retomar a atividade econômica o mais rápido possível e a qualquer custo”. (Ver: <https://www.conectas.org/publicacoes/download/boletim-direitos-na-pandemia-no-10>. Acesso em 10/02/2021.)

²⁵ STRAPAZZON, Carlos Luiz. Respostas à pandemia e a estratégia brasileira. In: **Revista Eletrônica do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte, n. 41, mai/ago 2020, pp. 136-165.

²⁶ Esse falso dilema já era apontado, logo no início da pandemia, por vários especialistas e pesquisadores no Brasil e no mundo. Para ilustrar os argumentos, pode-se conferir o artigo “A pandemia de Covid-19 e o isolamento social: saúde versus economia”, publicado pelos professores Andrés Ferrari e André Moreira Cunha, do Departamento de Economia da UFRGS, disponível em: <https://www.ufrgs.br/coronavirus/base/artigo-a-pandemia-de-covid-19-e-o-isolamento-social-saude-versus-economia/> Acesso em 09/02/2021.

pantes efeitos em várias outras esferas, inclusive afetando direitos humanos de diversas dimensões, dentre os quais o direito fundamental de um acesso à justiça de modo suficientemente célere, justo, equitativo e efetivo²⁷. Esse quadro se torna dramático quando se pensa nos grupos sociais mais vulneráveis, como é o caso de crianças e adolescentes, mulheres vítimas de violência doméstica, minorias étnicas e religiosas, migrantes, população indígena, trabalhadores informais, pessoas em situação de rua e as pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza: todos esses são os que mais tem sofrido o impacto da pandemia. A COVID-19 tem tornado mais visíveis e eloquentes as desigualdades sociais no que se refere à distribuição da riqueza, do acesso à saúde, à educação, ao emprego, à moradia, etc. Tais desigualdades se mostram ainda mais agudas, amplificando a necessidade de mecanismos efetivos de acesso à justiça, aptos a coibir violações de direitos, a solucionar conflitos, e assegurar as mínimas condições de vida digna dos cidadãos mais vulneráveis no que se refere à proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais básicos, assim reconhecidos tanto no ordenamento jurídico interno como também no plano internacional.

Conforme indicado acima, ao longo do ano de 2020, na maioria dos países do mundo foram adotadas medidas de limitação/restrrição aos direitos e liberdades fundamentais, com atribuição de poderes emergenciais às autoridades públicas, consideradas necessárias para conter a propagação da doença. De acordo com pesquisa já antes mencionada, realizada no âmbito do *Global Access to Justice Project*, em cooperação com a Universidade Federal Fluminense (UFF)²⁸, entre os dias 07 e 27 de abril de 2020, em que foram coletados dados quantitativos e qualitativos de mais de 50 países, em 92% deles foram adotadas medidas de isolamento social como por exemplo: restrição à realização de reuniões e eventos; redução da capacidade de lotação nos transportes públicos; fixação de limites de quantidade ou de duração de saídas de casa por dia e até mesmo imposição de toque de recolher. Na época da pesquisa, quando ainda se vivia o estágio inicial da pandemia, foi registrado que 47% dos países chegaram a impor regime de *lockdown* cujo descumprimento podia implicar em aplicação de penalidade pecuniária, ou seja, multa (73% dos países pesquisados) ou até mesmo a privação de liberdade (em 41% dos países foi mencionada a possibilidade de prisão).

Na maioria dos países pesquisados foram registradas medidas específicas relativas ao funcionamento do comércio e serviços, com intuito de reduzir a concentração de pessoas num mesmo recinto, como por exemplo: proibição de venda de refeições no interior de restaurantes e lanchonetes, sendo autorizado apenas o funcionamento na modalidade *delivery* (como por exemplo na Bulgária, Espanha, Itália, França); restrição em relação ao número de pessoas no interior dos estabelecimentos (Espanha, Itália, França e vários outros) e redução do horário de funcionamento (Hungria e Finlândia, dentre outros).

²⁷ Para uma visão panorâmica analisando os principais impactos da pandemia do COVID-19 no que se refere ao acesso aos direitos e à justiça, no cenário internacional, com indicações de diretrizes e recomendações para superação dos desafios quer no que se refere às medidas imediatas quer com relação a perspectivas e providências futuras, recomenda-se consulta ao documento “*Guidance Note: Ensuring Access to Justice in the Context of COVID-19*”, elaborado pelo UNODC – United Nations Drugs and Crime e pelo UNDP – United Nations Development Programme. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/Advocacy-Section/Ensuring_Access_to_Justice_in_the_Context_of_COVID-191.pdf. Acesso em 31/01/2021.

²⁸ Ver: <http://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19/?lang=pt-br>. Acesso em 31/01/2021.

Embora essas medidas sejam, na maioria dos casos, efetivamente razoáveis e necessárias, a pesquisa revelou que em 31 % dos países pesquisados foram registradas situações que pareciam configurar injustificadas violações de direitos humanos, cometidas sob o pretexto de se conter a propagação do COVID-19. Esse tipo de relato se deu mesmo em países formalmente considerados sob regime democrático, que se pautam pelos princípios do Estado de Direito, como é o caso da África do Sul, onde foi apurado pela pesquisa uma ocorrência – que ainda estava sob investigação – em que 8 (oito) pessoas teriam sido mortas, executadas por policiais ou autoridades militares, por suposta violação à quarentena imposta no país²⁹.

Exatamente para que esses atos restritivos de direitos não deem margem a abusos e arbitrariedades, tem sido ressaltada a importância de se atentar para critérios de proporcionalidade, com limitação temporal de medidas de exceção, e vedação a discriminações incompatíveis com a dignidade da pessoa humana, assegurada sempre a possibilidade de controle judicial de sua razoabilidade. Daí a importância de se zelar pelo regular funcionamento dos serviços jurisdicionais e, na perspectiva dos mais necessitados, dos serviços de assistência jurídica gratuita, como é o caso daqueles prestados pela Defensoria Pública ou por serviços equivalentes adotados nos diversos países.

Em certas situações, o efetivo funcionamento de mecanismos adequados para viabilizar o acesso aos direitos e à justiça, especialmente para os mais vulneráveis pode ser indispensável mesmo para salvar vidas e preservar a integridade física das pessoas. Isso ocorre, por exemplo, na garantia de tratamento e assistência médico-hospitalar (especialmente em casos em que seja necessária vaga em UTI – unidade de terapia intensiva), na prevenção e contenção de casos de violência doméstica e de casos de tortura ou – especificamente neste contexto da pandemia – nas hipóteses em que a soltura de presos pode ajudar a evitar a disseminação do vírus SARs-CoV-2 no sistema carcerário e no sistema correicional infanto-juvenil.

Tomando como referência a situação verificada na fase inicial da pandemia, conforme dados da pesquisa “Impactos do COVID-19 nos Sistemas de Justiça”, já acima referida, realizada no âmbito do *Global Access to Justice Project*, em 47% dos países participantes foi informado terem sido adotadas medidas destinadas à redução da população carcerária. Dentre tais medidas foram mencionadas: a soltura antecipada de presos antes do término de sua pena, a concessão de regime de prisão domiciliar e a flexibilização do regime semiaberto ou aberto com dispensa de retorno para pernoite no estabelecimento prisional. Dentre os critérios adotados para liberar pessoas (que se encontravam encarceradas) da permanência na prisão foram indicados os seguintes: quantitativo da pena, enquadramento em grupo de risco e, ainda, natureza do crime praticado.

Uma outra questão preocupante que foi consideravelmente agravada no contexto da pandemia do COVID-19 foi a da violência doméstica contra a mulher. Em todo o mundo verificou-se a necessidade de adoção de medidas específicas para prevenir e conter crimes e atos de violência no lar, não apenas à mulher, mas também a crianças e adolescentes. Na pesquisa acima referida foram reportadas inúmeras ações específicas implementadas por órgãos estatais dentre as quais

²⁹ ESTEVES, Diogo; ALVES, Cleber Francisco; SILVA, Franklyn Roger Alves; Azevedo, Júlio Camargo. Acesso à Justiça em tempos de pandemia: o impacto global do COVID-19 nas instituições político-jurídicas. **Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**. Niterói-RJ, Vol. 22, N. 2, ago/dez 2020, pp. 147-170.

podemos mencionar: (i) campanhas de conscientização envolvendo o combate à violência de gênero (Espanha, França, Grécia, Portugal, Serra Leoa e Suíça); (ii) reforço do serviço de atendimento telefônico policial (Espanha, França e Grécia); (iii) criação de linhas específicas de denúncia (Argentina, Espanha, Portugal, Quênia e Uruguai); (iv) apoio psicológico por meio de *Whats App* (Espanha); (v) adoção de medidas imediatas para a evicção do agressor e manutenção da vítima no lar familiar (França); (vi) disponibilização de centros de proteção para acolhimento imediato das vítimas evitando sua exposição ao contágio (Espanha); (vii) abertura parcial de creches e escolas infantis para atender filhos de mulheres mantidas no trabalho (Cuba, Finlândia e Holanda); (viii) medidas específicas de prevenção em abrigos femininos (Chile e Finlândia); e (ix) isenção de multa por desrespeito ao *lockdown* para mulheres vítimas de violência doméstica (Espanha e Macedônia do Norte)³⁰.

No que se refere especificamente ao Brasil, quanto aos serviços de acesso à justiça e de assistência jurídica gratuita, cabe registrar que no dia 17 de março de 2020 o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – publicou a Recomendação nº 62/2020 preconizando a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo. Dentre tais medidas estavam: a aplicação preferencial de medidas socioeducativas a adolescentes em meio aberto; a revisão das decisões que determinaram a internação provisória; a reavaliação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, para fins de eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão; a reavaliação – pelos juízes com competência criminal – das prisões provisórias, na forma do art. 316, do Código de Processo Penal, enfatizando-se a “máxima excepcionalidade” da decretação de novas prisões provisórias; a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo. Com relação às prisões civis, por dívidas de alimentos, foi expressamente recomendada a opção pela colocação em prisão domiciliar.

No dia 19 de março de 2020 o CNJ aprovou a Resolução nº 313/2020 que instituiu o regime de Plantão Extraordinário no Judiciário brasileiro a ser cumprido de modo remoto, com a suspensão do expediente forense regular e, em consequência, do trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores nas unidades judiciárias. No art. 4º dessa Resolução foram elencados os casos³¹ que seriam obrigatoriamente apreciados nesse regime de Plantão, e no art. 5º foi determinada a suspensão temporária dos prazos proces-

³⁰ *Idem. Ibidem.*

³¹ Dentre esses casos, foram expressamente previstos: *habeas corpus* e mandado de segurança; medidas liminares e de antecipação de tutela de qualquer natureza, inclusive no âmbito dos juizados especiais; comunicações de prisão em flagrante, pedidos de concessão de liberdade provisória, imposição e substituição de medidas cautelares diversas da prisão, e desinternação; representação da autoridade policial ou do Ministério Público visando à decretação de prisão preventiva ou temporária; pedidos de busca e apreensão de pessoas, bens ou valores, interceptações telefônicas e telemáticas, desde que objetivamente comprovada a urgência; pedidos de alvarás, pedidos de levantamento de importância em dinheiro ou valores, substituição de garantias e liberação de bens apreendidos, pagamento de precatórios, Requisições de Pequeno Valor – RPVs e expedição de guias de depósito; pedidos de acolhimento familiar e institucional, bem como de desacolhimento; pedidos de progressão e regressão cautelar de regime prisional, concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas e pedidos relacionados com as medidas previstas na Recomendação CNJ n 62/2020; pedidos de cremação de cadáver, exumação e inumação; e autorização de viagem de crianças e adolescentes, observado o disposto na Resolução CNJ n 295/2019. Posteriormente, pela Resolução nº 317, de 30.4.2020, foram também incluídos processos relacionados a benefícios previdenciários por incapacidade e assistenciais de prestação continuada.

suais, tendo porém sido ressalvado que tal suspensão prevista não obstará a prática de ato processual necessário à preservação de direitos e de natureza urgente, na forma do Art. 4º.

Importante destacar que em praticamente todos os tribunais brasileiros os processos judiciais já se encontravam, em sua maioria ou quase totalidade, digitalizados e tramitando regularmente em plataformas eletrônicas. De modo que, embora tenha sido determinada a suspensão dos prazos processuais e das atividades presenciais nos fóruns judiciais, isso não implicaria necessariamente na paralisação do trâmite processual, sendo que o art. 6º da supramencionada Resolução 313/2020 do CNJ previa a possibilidade de regulamentação do trabalho remoto de magistrados e servidores para dar andamento nos atos processuais que não dependessem de atividade presencial, inclusive a eventual realização de sessões de julgamento virtuais.

Em sintonia com os termos da Resolução 313/2020 do CNJ, considerando-se que inexistia no Brasil um órgão de âmbito nacional, similar ao referido Conselho, que seja competente para definir normas padronizadas relativas ao funcionamento das Defensorias Públicas em todo o país, no exercício da autonomia administrativa assegurada por normas constitucionais e legais, as Defensorias Públicas Estaduais e a Defensoria Pública da União igualmente baixaram atos regulamentares suspendendo suas atividades presenciais. Foram definidos procedimentos e editadas normas para implantar e regulamentar a prestação dos serviços de assistência jurídica gratuita por via remota. No âmbito da Defensoria Pública da União, por exemplo, foi editada a Portaria GABDPGF DPGU nº 193, de 16 de março de 2020, depois alterada pela de número 205, de 19 de março, na qual foi dispensado o comparecimento, nos locais de funcionamento dos respectivos órgãos de atuação, dos defensores públicos, servidores e estagiários. Foi, então, autorizado, em caráter excepcional, o trabalho por meio remoto, estabelecendo-se que somente seriam realizados atendimentos (se necessários, presenciais) de casos considerados urgentes, assim definidos pela Resolução DPGU 103/2014. No caso da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, já no dia 12 de março de 2020 foi publicada a Resolução DPGERJ nº 1.042/2020 e, logo depois, em 19 de março, a Resolução Conjunta 05/2020 (DPGE-Corregedoria), que estabeleceu um regime especial de trabalho com escala de rodízio para atendimento presencial em Pólos de Atendimento Remoto, sendo que aqueles defensores públicos, servidores e estagiários que não estivessem atuando na escala deveriam passar a atuar em regime de teletrabalho, por via remota. Disposições similares foram adotadas por todas as demais Defensorias Públicas estaduais do Brasil.

Embora em grande medida, como indicado acima, os serviços forenses na maior parte dos tribunais do Brasil já estivessem amplamente informatizados, com a quase totalidade dos processos judiciais digitalizados, tramitando em formato eletrônico, muitos atos processuais por suas próprias características, como é o caso das audiências de instrução e julgamento ou – com ainda mais razão – das audiências de custódia e dos julgamentos pelo Tribunal do Júri, continuavam sendo ordinariamente realizados de forma presencial. Porém, com a suspensão de atividades presenciais decorrente da eclosão da pandemia, essas audiências presenciais foram inicialmente suspensas. Assim, para permitir a observância do princípio da continuidade da prestação jurisdicional (art. 93, XII, da Constituição Federal), o CNJ, através da Resolução nº 329, de 30 de julho de 2020, definiu regras autorizando e regulamentando a realização das audiências judiciais e outros atos processuais,

de modo remoto, por videoconferência³². De qualquer sorte, parece inequívoco que essa possibilidade/autorização para realização de audiências e sessões de julgamento por videoconferência nos tribunais consiste em solução paliativa que não é capaz de substituir de modo pleno o encontro e contato presencial do(s) julgador com as partes, seus patronos e eventuais testemunhas. Daí que é necessário admitir que a suspensão das atividades presenciais devido à pandemia do COVID-19 apresenta vários impactos que são prejudiciais, de algum modo, os serviços de prestação jurisdicional.

No que se refere aos serviços prestados pelas Defensorias Públicas, é preciso ter presente que o estágio de informatização e digitalização de seus serviços ainda é bastante variado pelo país afora. Além disso, especialmente no que diz respeito à realização de atendimentos iniciais, para orientação e assessoramento sobre exercício e fruição de direitos, e para a propositura de novas demandas judiciais quando isto seja indispensável, a suspensão dos atendimentos presenciais ou a limitação ao atendimento apenas de casos graves e urgentes configura situação preocupante, já que muitas vezes implica, na prática, em retardamento ou, até mesmo, em denegação da possibilidade de acesso à justiça. Mesmo para dar conta do efetivo atendimento daqueles casos mais graves e urgentes, nesse período da pandemia do COVID-19, inúmeras tem sido as barreiras e dificuldades enfrentadas, tanto na perspectiva da própria instituição – Defensoria Pública – quanto dos destinatários de seus serviços. Os atendimentos realizados por via remota dependem em grande medida da disponibilização de recursos tecnológicos, e da respectiva capacidade/aptidão para sua utilização, o que muito frequentemente não ocorre.

Não se pode desconsiderar que, nos últimos anos, verificou-se um grande esforço no sentido de melhor aparelhamento da infraestrutura das Defensorias Públicas no que se refere aos equipamentos e redes de informática, ao aprimoramento dos programas e sistemas de comunicação e de processamento de dados e à capacitação dos recursos humanos, inclusive dos defensores públicos, para melhor aproveitamento e utilização das novas tecnologias no desempenho de suas atividades³³; porém, a situação ainda estava muito longe do desejável. Paralelamente, mesmo que essa não fosse a realidade e que o estágio

³² No que se refere especificamente às audiências de custódia, cuja realização – pela própria especificidade desse importante mecanismo de controle da legalidade das prisões pré-processuais – deveria ocorrer sempre presencialmente, o Art. 19 da Resolução nº 329/2020, do CNJ, vedou expressamente sua realização por videoconferência. Mas, em 24/11/2020, o Conselho aprovou um Ato Normativo admitindo eventual realização de audiência de custódia por videoconferência, embora em caráter excepcional, no período de subsistência da pandemia do COVID-19.

³³ Para exemplificar o que aqui se afirma podemos tomar como referência uma iniciativa da Defensoria Pública fluminense, em parceria com a Universidade Federal do Rio de Janeiro (Coppe-UFRJ), ou seja, o, assim denominado, *Sistema Verde* (para mais informações, ver detalhes no “manual do usuário” disponível em: <https://verde.rj.def.br/verde/pages/pauta/pauta.xhtml>), que começou a ser desenvolvido no ano de 2016, sendo que em 2020, diante dos desafios suscitados pela pandemia do COVID-19, foi lançado o aplicativo *Defensoria RJ*, disponibilizado gratuitamente aos cidadãos nas lojas virtuais de aplicativos. Para mais informações sobre os potenciais impactos das novas tecnologias nos serviços da Defensoria Pública recomenda-se a leitura, dentre outros, dos seguintes trabalhos: SOUSA, José Augusto Garcia; PACHECO, Rodrigo Baptista. Os impactos da revolução tecnológica sobre a Defensoria Pública: breve estudo à luz das “ondas” renovatórias da instituição. *In*: MAIA, Maurílio Casas (org). **Defensoria Pública, Democracia e Processo II**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

de desenvolvimento tecnológico das Defensorias estivesse mais avançado, há que se ter presente que o público alvo prioritário da instituição consiste exatamente nas pessoas que enfrentam as maiores dificuldades para ter acesso às tecnologias e aos meios mais sofisticados de comunicação. São aqueles que se costuma designar de “excluídos digitais” ou “vulneráveis digitais” ou, ainda “vulneráveis tecnológicos”³⁴, não apenas por força das limitações sócio-econômico-financeiras, mas também pela insuficiência do nível educativo-instrucional ou pelas barreiras de índole generacional.

Assim, há que se reconhecer que embora meritórios os esforços feitos para assegurar, com a maior agilidade possível, a migração para o regime de atendimento remoto, com utilização de recursos tecnológicos, o que de certo modo evitou a total solução de continuidade na prestação dos serviços de assistência jurídica gratuita, parece inequívoco que a nova sistemática de atendimento não foi capaz de suprir as dificuldades de acesso aos serviços da Defensoria Pública que já eram enfrentadas pelas populações mais vulneráveis no plano sócio-econômico e cultural, e que se agravaram ainda mais, notadamente no que se refere aos “excluídos digitais”. Por esse motivo, muitas foram as vozes que se levantaram criticando as decisões tomadas pela dirigentes da Defensoria Pública no início da pandemia, de suspensão total dos atendimentos presenciais. Dentre tais vozes, pode ser mencionada a fala da pesquisadora Gabriela Lotta, da FGV-SP, que em entrevista concedida à Agência Brasil assim se pronunciou a respeito da decisão de suspensão dos atendimentos presenciais na Defensoria quando da eclosão da Pandemia do COVID-19:

“[A Defensoria Pública] é um serviço que foi decidido que não se mantivesse face a face. Diferentemente de várias áreas de assistência, da própria saúde, em que os profissionais continuaram atuando na face-a-face com os cidadãos. O trabalho da Defensoria Pública é um trabalho que virou, em grande medida, *homeoffice*... **Um trabalho que vira *homeoffice* para uma população vulnerável significa deixar o ônus para essa população. Ao mesmo tempo que os profissionais estão protegidos, não estão colocando a saúde deles em risco, isso gera um conjunto de ônus para a própria população que não consegue ter acesso a um serviço virtualizado, digitalizado.**”³⁵ (grifos nossos)

Essas críticas se basearam exatamente no entendimento de que a assistência jurídica gratuita tem caráter de serviço público de natureza essencial, tal como a saúde e a segurança pública, cuja prestação não pode ocorrer apenas “à distância”, por via remota, como de fato se deu em muitos órgãos da Defensoria Pública, principalmente na fase inicial da pandemia. Com efeito, parece inequívoco que os serviços de acesso à justiça – não só o regular funcionamento dos órgãos jurisdicionais, mas também das funções consideradas essenciais à Justiça, como é o caso da Defensoria Pública – devem ser reconhecidos, como indicado na própria expressão do texto constitucional, como

³⁴ GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Acesso à Justiça é impactado pela vulnerabilidade digital. In: **ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tribuna-defensoria-acesso-justica-impactado-vulnerabilidade-digital>. Acesso em 30/01/2021.

³⁵ Entrevista disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-08/pandemia-afastou-vulneraveis-do-acesso-justica-revela-pesquisa>, publicada em 04/08/2020. Acesso em 10/02/2021.

serviços *essenciais*. Por isso, consideramos corretas essas críticas relativamente a medidas que determinaram a suspensão total das atividades presenciais, tanto nos Fóruns judiciais quanto nas Defensorias Públicas. O argumento de que era necessário proteger a saúde e até a vida dos profissionais das carreiras jurídicas e auxiliares não nos parece suficiente para justificar tais medidas. A exposição ao risco é um ônus inerente à opção por determinadas carreiras e serviços públicos³⁶, como é o caso da atividade dos juízes e dos defensores públicos. Do mesmo modo que um médico ou enfermeiro não pode se recusar trabalhar num hospital sob o argumento de que teme ser contaminado por alguma doença, ou que um policial não pode se recusar a realizar uma atividade de patrulhamento sob o argumento de que teme ser vítima de um ataque de um criminoso, também os defensores públicos não poderiam recusar-se a permanecer “na linha de frente” do atendimento presencial, muitas vezes indispensável aos destinatários de seus serviços, sob a justificativa de que precisavam proteger a sua saúde ou segurança. O que parece plausível seria apenas que se garantisse a disponibilidade de equipamentos básicos de proteção sanitária, conforme protocolos de segurança sanitária cientificamente recomendados e definidos pelas autoridades públicas competentes. E, munidos desses equipamentos, permanecer na “linha de frente”, mantendo abertas as unidades da Defensoria Pública para atendimento dos destinatários que fazem jus ao serviço estatal *essencial* de assistência jurídica integral e gratuita.

Então, como bem destacado pela Prof. Gabriela Lotta, na sua fala acima transcrita, parece-nos que a suspensão total de atendimentos presenciais pelas Defensorias Públicas (e no Judiciário!), na prática, representaria “denegação do acesso à justiça”, na medida em que inviabiliza quase que totalmente a possibilidade – especialmente para os mais vulneráveis econômica e socialmente – de obter medidas indispensáveis para assegurar a efetividade de seus direitos, seja por meio da prestação jurisdicional, quando necessária, ou de outros mecanismos adequados para resguardo e efetividade de seus direitos fundamentais. A “substituição” dos serviços e atividades presenciais por atividades remotas, pode eventualmente até ser adequada e conveniente desde que se mantenha em funcionamento – ainda que em sistema de plantão – o atendimento presencial para situações de excepcionalidade. Destarte, parece-nos indispensável ter especial atenção e adotar providências efetivas destinadas a garantir o atendimento presencial daqueles que não dispõem de acessibilidade a equipamentos e tecnologias suficientemente eficazes de comunicação à distância, assim como à observância de procedimentos necessários ao cumprimento dos parâmetros formais e substanciais inerentes ao devido processo legal, assegurado o contraditório e ampla defesa.

De qualquer sorte, embora no que se refere ao atendimento de casos de natureza individual a adoção do modelo de atendimento remoto e a implantação do regime de teletrabalho tenha suscitado críticas e controvérsias, o fato é que na perspectiva transindividual e na busca de mecanismos de cunho preventivo, não só judicialmente mas

³⁶ Para um estudo mais amplo sobre essa questão do importante papel que deve ser desempenhado por certas carreiras e serviços públicos que atuam na “linha de frente”, diretamente junto aos cidadãos, recomenda-se fortemente a leitura da importante obra “Burocracia em nível de rua: dilemas do indivíduo nos serviços públicos”, do Prof. Michael Lipsky. Para *download* gratuito da versão em português, publicada em 2019: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4158/1/Burocracia%20de%20n%c3%advel%20de%20rua_Michael%20Lipsky.pdf Acesso em 12/02/2021.

também extrajudicialmente, cabe reconhecer que as Defensorias Públicas brasileiras tem realizado um notável trabalho, desde o início da pandemia do COVID-19. Isso é o que se pode constatar, por exemplo, das iniciativas descritas em trabalho elaborado pelos defensores públicos Edilson Santana Gonçalves Filho, Jorge Bheron Rocha e Maurílio Casas Maia, sob o título “Defensoria Pública e Acesso à Justiça na Pandemia do Coronavírus”. Esse trabalho foi publicado como capítulo do livro “Coronavírus – Direitos dos Cidadãos e Acesso à Justiça”, organizado por Fernanda Tartuce e Luciano Souto Dias, no ano de 2020.

Nesse trabalho³⁷, os autores enumeram o ajuizamento de várias ações de *Habeas Corpus* coletivos,³⁸ no Superior Tribunal de Justiça, por defensores públicos além de outras providências administrativas junto ao CNJ, pugnando por medidas de tutela de direitos de pessoas privadas da liberdade, com o objetivo de contribuir para evitar a proliferação da pandemia no ambiente carcerário. Na seara cível, foram elencadas atuações coletivas diversas destinadas à reivindicação de direitos e proteção dos interesses de vários grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade. Segundo dados levantados pelos autores junto à Assessoria de Comunicação da Defensoria Pública da União, foram ajuizadas ações coletivas, dentre outras, relativas a temas como: a necessidade de fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) aos profissionais de saúde atuantes no SUS, incremento das equipes médicas e expansão dos leitos de UTI; a disponibilização de leitos e reforço da estrutura hospitalar para atendimento da população, em especial a que se compõe de etnias indígenas; o acolhimento de pessoas em situação de rua em equipamentos públicos, assim como a adoção de políticas públicas específicas para este público durante a pandemia e seu acesso ao auxílio emergencial, etc. Outrossim, em todo o país, foram ajuizadas ações, enviadas recomendações, expedidos ofícios e adotadas medidas variadas – como por exemplo - com o propósito de que a Caixa Econômica Federal tomasse providências para reduzir as filas e aglomerações em frente às agências em razão do pa-

³⁷ GONÇALVES FILHO, Edilson; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurílio Casas. Defensoria Pública e Acesso à Justiça na Pandemia do Coronavírus. In: TARTUCE, Fernanda; DIAS, Luciano Souto (coord). **Coronavírus – Direitos dos Cidadãos e Acesso à Justiça**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

³⁸ De se notar que, formalmente, não existe previsão na legislação brasileira prevendo a figura do *Habeas Corpus* coletivo, embora na doutrina se sustente a tese pela sua admissibilidade (Ver: ROCHA, Jorge Bheron. Habeas Corpus coletivo: uma proposta de superação do prisma individualista. In: **ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/tribuna-defensoria-hc-coletivo-proposta-superacao-prisma-individualista>). Porém, no contexto da pandemia do COVID-19, várias Defensorias Públicas pelo país afora impetraram ações de *Habeas Corpus* coletivo, buscando obter a liberação do cárcere em favor de pessoas privadas da liberdade, com o propósito de resguardar sua saúde e vida, e evitar a disseminação do coronavírus no ambiente prisional. Dentre o público alvo para o pretendido benefício pode-se mencionar presos por dívida de alimentos, pessoas encarceradas que sejam pais ou responsáveis pelos cuidados de crianças menores de 12 anos ou com deficiência, presos idosos ou integrantes do grupo de risco da Covid-19 no país, que praticaram crimes sem violência e estivessem detidos em estabelecimentos superlotados. Apesar disso, porém, nem sempre essas postulações tiveram boa receptividade no Judiciário, como analisado no trabalho de Carolina Costa Ferreira. (FERREIRA, Carolina Costa. Encarceramento em Massa e Pandemia: limites das respostas processuais coletivas. In: MELO, Ezilda; BORGES, Lize; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Covid-19 e o Direito Brasileiro – mudanças e impactos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. Disponível para *download* gratuito em: https://editorial.tirant.com/free_ebooks/9786586093971.pdf. Acesso em 15/02/2021.)

gamento do benefício do auxílio emergencial, assim como para facilitar o acesso aos que dele necessitam. Foram também relatadas por esses autores medidas destinadas à tutela de direitos de migrantes, com relação aos quais as principais atuações coletivas teriam se dado no sentido de garantir direitos previstos na Constituição Federal, como acesso ao sistema de saúde e a benefícios assistenciais. Houve, ainda, recomendações e – quando necessário – ajuizamento de ação pugnando pela distribuição de alimentos adquiridos para a merenda escolar diretamente para os pais ou responsáveis pelos estudantes durante o período da pandemia do coronavírus. Na maioria das Defensorias Públicas Estaduais também foram ajuizadas ações coletivas sobre assuntos correlatos, cabendo destacar atuações extrajudiciais no âmbito dos Parlamentos Estaduais com sugestão de projetos de leis diversos voltados para proteção dos interesses e direitos do público alvo dos serviços da instituição em razão dos efeitos da pandemia do COVID-19³⁹.

3. REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NO PRESENTE E NO FUTURO DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

Antes mesmo da eclosão da pandemia do COVID-19, já se verificava em muitos países a crescente utilização de recursos tecnológicos para facilitar e agilizar os serviços públicos e privados relacionados ao acesso à justiça e à assistência jurídica. Essa realidade também já se fazia presente no Brasil. No âmbito do Judiciário, na última década verificou-se uma ampla expansão da “informatização judicial”, que foi alavancada pela aprovação da Lei 11.419/2006, conhecida como “Lei do Processo Eletrônico”⁴⁰.

Esse processo de informatização e de incorporação de recursos tecnológicos e comunicacionais, embora não tenha se verificado ainda de forma tão ampla e profunda como ocorrido no Judiciário, já vinha também avançando no âmbito das Defensorias Públicas⁴¹, conforme destacado por Franklyn Roger Alves Silva, em artigo publicado no ano de 2019:

³⁹ A título de exemplo, ver: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-18/alerj-aprova-lei-coibe-corte-servicos-aumento-precos>; <https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/sancionada-a-lei-que-proibe-aumento-de-precos-durante-a-pandemia-proposta-foi-sugerida-pela-defensoria/>; e <https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/coronavirus-proposta-de-projeto-de-lei-que-protege-consumidores-e-apresentada-a-assembly-legislativa-pela-defensoria/> Acesso em 12/02/2021.

⁴⁰ Para um estudo mais sistemático acerca da informatização judicial no Brasil e acerca do processo judicial eletrônico recomenda-se o livro “Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico – a informatização judicial no Brasil” de autoria do saudoso professor petropolitano José Carlos de Araújo Almeida Filho (meu colega de graduação na UCP e colega de magistério na UFF), cuja 3ª edição foi publicada em 2010 pela Editora Forense do Rio de Janeiro.

⁴¹ Conforme já mencionado em nota anterior, para uma visão geral sobre os impactos da revolução tecnológica sobre a Defensoria Pública, e suas potencialidades, recomenda-se a leitura de artigo recém-publicado, de autoria de José Augusto Garcia de Sousa e Rodrigo Baptista Pacheco, cujo título é “Os impactos da revolução tecnológica sobre a Defensoria Pública: breve estudo à luz das “ondas” renovatórias da instituição”. Cabe ainda indicar o livro “Defensoria Pública e o Futuro: *accountability*, Matriz *Swot*, IA e os Robôs”, de autora de José Roberto Oliveira de Paula Machado.

“Várias Defensorias Públicas estaduais e a própria Defensoria Pública da União têm se utilizado da tecnologia da informação como forma de potencializar a prestação da assistência jurídica e facilitar o acesso de seus usuários. Desde uma maior interação em redes sociais com o exercício de um papel de educação em direitos; o uso de plataformas de comunicação digital (*WhatsApp, Facebook e e-mail*) para minorar as dificuldades da comunicação por carta e acelerar a transmissão da informação; o uso de sistemas de gerenciamento de informações para construção de bancos de dados no âmbito da instituição; além do uso de centrais telefônicas e outros canais para dúvidas, tudo feito como forma de ampliar o acesso aos serviços institucionais.”⁴²

Todavia, como bem destacado pelo mesmo autor, devido a inúmeras deficiências de infraestrutura por ele apontadas e, agregamos nós, pela existência de profundas limitações orçamentárias e financeiras das próprias Defensorias além de enormes dificuldades enfrentadas pelos cidadãos destinatários dos seus serviços para acesso a equipamentos e recursos tecnológicos adequados, o cenário não era muito promissor para o futuro próximo: ao invés de facilitar o acesso à justiça a tecnologia da informação poderia configurar um verdadeiro obstáculo. Entretanto, como já visto, com a eclosão da pandemia do COVID-19 e adoção do regime de trabalho remoto imposto pela necessidade de isolamento e distanciamento social, entendeu-se que não havia alternativa capaz de assegurar a continuidade dos serviços de assistência jurídica gratuita a cargo das Defensorias Públicas senão “ativando e intensificando o uso de canais virtuais, como, por exemplo, comunicação por aplicativos de mensagens instantâneas, formulários digitais, *e-mail, chatbot*, ligações telefônicas, videoconferências etc.”⁴³

Parece, então, inequívoco que a pandemia do COVID-19 teve dentre seus efeitos positivos o de acelerar sobremaneira o aprimoramento e inovação no emprego de recursos tecnológicos e comunicacionais na prestação da assistência jurídica gratuita, a cargo da Defensoria Pública. Dentre os exemplos pode ser mencionado o lançamento, em outubro de 2020, do aplicativo *Defensoria RJ*, disponibilizado gratuitamente aos cidadãos nas lojas virtuais de aplicativos. Esse aplicativo – que é parte do “Sistema Facilitador VERDE”, *software* criado por técnicos da COPPE/UFRJ, cuja finalidade é oferecer à Defensoria ferramentas de informática capazes de integrar rotinas e procedimentos facilitadores das atividades e serviços prestados pela instituição, conforme já acima mencionado neste trabalho - tem se revelado uma importante ferramenta tecnológica, na medida em que facilita a interação entre os usuários e a Defensoria permitindo realizar agendamento de atendimentos remotos e presenciais; encaminhamento de documentações; consulta, remarcação e cancelamento de agendamentos; além de acompanha-

⁴² SILVA, Franklyn Roger Alves. Tecnologia da informação como recurso ou obstáculo ao acesso à Justiça. In: **ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mai-07/tribuna-defensoria-tecnologia-informacao-recurso-ou-barreira-acesso-justica>. Acesso em 12/02/2021.

⁴³ GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; LEITÃO, Raíssa Vianna; SOARES, Vitor Valdir Ramalho. Defensoria Pública e o paradoxo criado pelas novas formas de atendimento: adaptação institucional aos novos paradigmas tecnológicos e promoção da inclusão digital. In: **ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-fev-09/tribuna-defensoria-paradoxo-criado-pelas-novas-formas-atendimento>. Acesso em 12/02/2021.

mento e informações sobre processos, intimações e ações ajuizadas. Vislumbra-se para o futuro muitas outras possibilidades⁴⁴ como desdobramento e aprimoramento do Sistema Facilitador *Verde*, agregando-se o uso de mecanismos de inteligência artificial, a implementação de plataformas interativas (na linha dos sistemas de *on line dispute resolution*) que – em questões menos complexas – possam até mesmo permitir ao próprio usuário que gere/obtenha documentos/requerimentos eventualmente necessários para o exercício de seus direitos e que consigam resolver de modo autônomo eventuais problemas mais simples do cotidiano.

De qualquer sorte, como destacado no tópico anterior, também é preciso reconhecer que foram gigantescas as dificuldades encontradas para se viabilizar a migração dos serviços e atendimentos prestados pela Defensoria Pública do modelo presencial para o modelo à distância, por via remota, em decorrência da pandemia do COVID-19. E, conforme tem sido constatado, esse novo formato tem causado impactos tanto de cunho positivo quanto negativo na efetividade dos serviços. Trata-se de um paradoxo que foi objeto de análise em recente artigo publicado na “Tribuna da Defensoria Pública” – coluna semanal da Revista eletrônica *Conjur*, que trata de questões relacionadas à atividade defensorial⁴⁵. Como bem salientado no texto em tela, “um dos maiores desafios da Instituição no contexto do uso de novas tecnologias estará relacionado à exclusão tecnológica/digital, tendo em vista que esta faz emergir mais uma barreira a ser enfrentada tanto pela pessoa assistida quanto pelas defensoras e defensores públicos: a vulnerabilidade digital”. E, prosseguindo nessa análise, os autores do artigo argumentam que “as novas tecnologias apresentam um *paradoxo*: ao tempo em que podem potencializar o acesso à justiça, também são capazes de criar obstáculos, afetando a capacidade pessoal de acessá-la.” Assim, em que pese a necessidade de se atentar para as limitações e barreiras que surgem nesse cenário, não se pode também deixar de reconhecer as virtudes e benefícios⁴⁶ que o uso da tecnologia pode

⁴⁴ As potencialidades e utilidades do Sistema Verde não se restringem à facilitação da atividade “fim” da Defensoria Pública, mas também à sistematização de dados de grande importância no aspecto organizacional e gerencial da instituição. Assim, cabe citar o *Verde em Dados*, uma ferramenta de *business intelligence* que permite a geração de relatórios a partir dos dados disponibilizados na plataforma. Tais relatórios são exibidos em painéis de controle informativos, que podem ser modificados para cruzar informações através de filtros. Essa ferramenta é uma forma de valorizar a transparência da instituição, facilitando o acesso a dados estatísticos atualizados, inclusive com visualização através de gráficos, que permitem maior transparências às atividades realizadas pelos órgãos da Defensoria. Para maior detalhamento, ver: <https://defensoria.rj.def.br/Institucional/verde-em-dados>. Acesso em 13/02/2021.

⁴⁵ *Idem. Ibidem.*

⁴⁶ No mesmo artigo cuja referência completa está na nota 43 *supra*, os autores elencam vários exemplos positivos de situações em que a utilização dos recursos tecnológicos, com a possibilidade de atuação de forma remota, pode potencializar a máxima efetividade do direito à assistência jurídica: permite a prática de atos processuais urgentes a qualquer momento e de qualquer local, sem perda de tempo com deslocamento física, inclusive diminuindo o tempo de resposta. Isso pode representar maior quantidade de “tempo líquido” de dedicação à atividade institucional, suprimindo o tempo desperdiçado – especialmente em razão do tráfego congestionado de veículos nas grandes cidades – com o deslocamento até as sedes operacionais da instituição ou aos locais de realização de audiências e reuniões.

propiciar. Esse será, certamente, um bom legado que poderá ficar, após o fim da pandemia do COVID-19⁴⁷.

Assim, tomando como base ainda os dados apontados no trabalho acima referido, pelo país afora foram registrados números expressivos e, de certo modo, surpreendentes, no que se refere ao quantitativo de atos processuais e de atendimentos realizados à distância, nos períodos em que os serviços presenciais ficaram praticamente suspensos devido às determinações de isolamento social para contenção da COVID-19. Em muitos casos, conforme tem sido relatado por defensores públicos de todo o país, nota-se que muitas pessoas que eram destinatárias dos serviços de assistência jurídica gratuita mas que normalmente por circunstâncias diversas acabavam não tendo acesso à Defensoria Pública passaram a fazê-lo. Com efeito, no modelo “tradicional” de atendimento presencial, que era predominante até então (ou, na maioria das vezes, era o modelo exclusivo adotado), a necessidade de deslocamento por longos percursos (sobretudo para pessoas que residem em locais remotos, da zona rural, em municípios de vasta extensão) entre a residência do usuário e o local de atendimento implicava em dispêndio de tempo (além de gastos com transporte!) que nem sempre era disponível, especialmente porque normalmente o horário de funcionamento das Defensorias coincidia com o horário de trabalho dos usuários. A possibilidade de atendimento por telefone, por correspondência eletrônica (*email*), ou – sobretudo – pelo tão disseminado aplicativo *Whatsapp*⁴⁸ tem facilitado sobremaneira a acessibilidade de um número considerável de pessoas que possuem acesso relativamente fácil às tecnologias da informação e comunicação e que, antes, talvez não conseguissem utilizar os serviços da Defensoria Pública devido a barreiras burocráticas e operacionais do modelo muitas vezes anacrônico então adotado, muitas vezes concebido à luz das perspectivas e conveniências dos prestadores dos serviços e não dos seus destinatários⁴⁹.

⁴⁷ Para uma reflexão acerca dessa correlação entre a pandemia do COVID-19 e seu impacto no que se refere ao uso das tecnologias no campo do acesso à justiça, recomendamos a leitura do artigo de autoria do Prof. Roger Smith, um dos mais qualificados especialistas mundiais nessa temática, que corresponde a transcrição de palestra por ele proferida no II Seminário de Tecnologia e Defensoria, no dia 14 de outubro de 2020, promovido pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro. (SMITH, Roger. COVID-19, Tecnologia e Acesso à Justiça. Tradução: Cleber Francisco Alves e Anna Carolina Mendes da Silva. In: **Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro**. Ano 29, Nº 30, 2020.)

⁴⁸ Dentre várias iniciativas que poderiam ser aqui mencionadas, na dificuldade de completo levantamento das criativas e inovadoras experiências positivas verificadas no contexto da pandemia, citamos um projeto levado a efeito no interior da Bahia, em que o Centro de Mediação e Conciliação da Defensoria Pública da cidade de Vitória da Conquista, naquele Estado, logrou êxito em obter solução extrajudicial consensual, de modo remoto, utilizando-se da ferramenta *Whatsapp Business*, num expressivo número de casos. Ver: <https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/coronavirus-com-trabalho-remoto-defensoria-firmou-75-dos-acordos-de-mediacao-por-aplicativo-de-mensagem-em-vitoria-da-conquista/> Acesso em 12/02/2021.

⁴⁹ Para um aprofundamento sobre essa delicada e complexa questão acerca da priorização dos interesses dos clientes em contraste com os interesses da estrutura burocrática nos modelos organizacionais dos serviços públicos, sugere-se consulta às interessantes reflexões do autor Michael Lipsky, no seu livro “Burocracia em nível de rua: dilemas do indivíduo nos serviços públicos”, já referido em nota de rodapé anterior. Igualmente, para uma visão específica do serviço defensorial, devem ser lembradas as oportunas e pertinentes reflexões e propostas que constam das obras de autoria do defensor público Adolfo Filgueiras Etienne: “Defensoria Pública: excelência no atendimento e nas postulações judiciais”, publicada em 2018 pela Editora CEI, de Belo Horizonte, e “Defensoria Pública e Gestão”, cuja 2ª edição foi publicada em 2019 pela Editora Lumen Juris, do Rio de Janeiro.

Tudo indica que – passada a pandemia – não se retornará ao velho (e, como nos parece agora, em muitas situações, obsoleto) “normal” no funcionamento dos serviços da Defensoria Pública. A probabilidade é que teremos uma versão *híbrida* na prestação dos serviços de assistência jurídica gratuita no pós COVID-19, empregando-se aqui uma expressão usada pelo defensor público José Alberto Oliveira de Paula Machado⁵⁰. De acordo com esse autor,

“a pandemia nos faz rememorar que a Defensoria Pública deve ser sempre a instituição das reinvenções. Urge a criação de um novo ecossistema de acesso à Justiça e prestação de serviço tanto para aqueles que estão em vulnerabilidade tecnológica quanto para a maioria que já usufrui das TICs (tecnologias da informação e comunicação). Um serviço público que reflita a dignidade das individualidades deve ser sempre o “normal”.

De qualquer sorte, é importante ressaltar que a adoção desse modelo híbrido se justifica pelo fato de que muitos dos usuários da Defensoria Pública, sobretudo aqueles que não possuem ou não conseguem utilizar os recursos tecnológicos e comunicacionais, continuarão necessitando do atendimento presencial. Inclusive, parte considerável dos destinatários da Defensoria Pública somente será alcançada se adotada uma postura proativa, utilizando-se procedimentos de “busca ativa” (ou *outreach*, para usar a consagrada expressão em idioma inglês⁵¹), em que o defensor público precisa sair de seu Gabinete para ir ao encontro dos cidadãos hipervulnerabilizados que muitas vezes sequer tem consciência de que tem direitos a serem reivindicados e efetivados, como ocorre por exemplo com a população em situação de rua.

Uma última consideração que deve ser feita quanto a possível efeito nefasto decorrente da pandemia do COVID-19 relativamente ao serviço de assistência jurídica gratuita prestado pela Defensoria Pública decorre da provável situação de crise de índole orçamentário-financeira que deverá ser enfrentada nos próximos anos. A redução das receitas públicas e o aumento das despesas para fazer face ao enfrentamento da pandemia vão agravar a situação do déficit fiscal, tornando muito mais difícil o cumprimento das determinações emanadas da Emenda Constitucional 80/2014, que determinava o prazo de 08 (oito) anos, ou seja, até, 2022, para a implantação de órgãos da Defensoria Pública em todas as unidades territoriais jurisdicionais onde a instituição ainda não está presente. O cumprimento da Emenda Constitucional depende necessariamente da ampliação – não apenas em termos absolutos mas também proporcionais – das verbas orçamentárias atribuídas

⁵⁰ MACHADO, José Alberto Oliveira de Paula. Seja bem-vinda a versão híbrida da Defensoria Pública pós-Covid-19. In: **ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-21/tribuna-defensoria-seja-bem-vinda-versao-hibrida-defensoria-publica-pos-covid-19>. Acesso em 12/02/2021.

⁵¹ Para uma reflexão inicial a respeito da importância de iniciativas de “busca ativa”, tão pouco debatidas e difundidas no meio jurídico brasileiro, especialmente pelas Defensorias Públicas onde isso precisaria ser mais estudado, recomenda-se a leitura do artigo *Outreach legal services to people with complex needs: what works?*, de autoria de Suzie Forell e Abigail Gray. In: **Justice Issues**, (12), October/2009. Disponível para download em: [http://www.lawfoundation.net.au/ljf/site/articleIDs/69EBF819BDD1BB8BCA25766A0082208C/\\$file/JI12_Complex_Needs_web.pdf](http://www.lawfoundation.net.au/ljf/site/articleIDs/69EBF819BDD1BB8BCA25766A0082208C/$file/JI12_Complex_Needs_web.pdf). Acesso em 10/12/2020.

pelos Poderes Legislativos (Federal e Estaduais) às Defensorias Públicas, o que é necessário para viabilização de medidas e projetos destinados à expansão de sua cobertura territorial e do alcance da prestação de serviços para maiores parcelas do público alvo que legalmente e constitucionalmente deveriam ter direito à assistência jurídica integral e gratuita a ser prestada pelo poder público.

Mas isso não é totalmente impossível: depende de vontade política e da consciência de que – no contexto intra e pós-pandemia – deveriam ser reconhecidas como ainda mais prioritárias as ações e políticas públicas estatais voltadas para a proteção dos interesses dos mais frágeis. Com efeito, “não podemos deixar ninguém para trás”⁵², consoante expressamente afirmado pelo segundo “princípio universal” estabelecido na *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável* proposta pela Organização das Nações Unidas... Um exemplo animador nesse sentido, que pode aqui ser mencionado, é o da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, unidade federativa que notoriamente enfrenta um dramático quadro de austeridade orçamentária e financeira, com reiterados déficits fiscais nos últimos anos. Apesar desse cenário desfavorável, de modo contínuo e progressivo, ao longo dos últimos anos, tem se obtido êxito em reverter um quadro lamentável que havia se verificado no passado recente de decréscimo (proporcionalmente às demais funções essenciais e entidades autônomas) do orçamento da Defensoria Pública.

Nos últimos 5 (cinco) anos, o Poder Legislativo Fluminense, em sintonia com o Poder Executivo, por proposta da Administração Superior da Defensoria Pública, vem aprovando uma progressiva “recomposição” orçamentária da DPGE-RJ, assegurando-lhe fatias percentuais sucessivamente crescentes em comparação com o que é destinado aos demais Poderes e entidades estatais autônomas equivalentes⁵³. Isso tem permitido não só a manutenção dos serviços da assistência jurídica mas até mesmo um certo aprimoramento e melhoria nas condições de seu funcionamento e a implementação de novos projetos de atuação, o que resulta em inequívoco benefício para os destinatários do serviço. Esse processo de recuperação orçamentária – mesmo em tempos de austeridade – traduz uma vontade política de índole suprapartidária, em que os Deputados Estaduais e o Governador do Estado tem reconhecido a importância do serviço prestado pela Defensoria Pública. Para o ano de 2021, por exemplo, a Lei Orçamentária Anual do Estado do Rio de Janeiro autorizou um aumento de quase 40% na dotação orçamentária relativa ao “custeio” (em que, deve ser ressaltado, não se incluem as despesas com remuneração de pessoal) dos serviços da Defensoria Pública, o que se traduz num fato notável, de grande importância diante dos desafios a serem enfrentados em decorrência da pandemia da COVID-19. Essas con-

⁵² *“Leave no one behind (LNOB) is the central, transformative promise of the 2030 Agenda for Sustainable Development and its Sustainable Development Goals (SDGs). It represents the unequivocal commitment of all UN Member States to eradicate poverty in all its forms, end discrimination and exclusion, and reduce the inequalities and vulnerabilities that leave people behind and undermine the potential of individuals and of humanity as a whole.”.* Ver: <https://unsdg.un.org/2030-agenda/universal-values/leave-no-one-behind>. Acesso em 08/02/2021.

⁵³ O detalhamento dessa trajetória de fortalecimento e recuperação orçamentária pode ser verificando no “Portal da Transparência”, da DPGE-RJ, onde constam todos os dados institucionais, cabendo destacar que já no primeiro ano da sequência acima mencionada (de 2015 para 2016) o orçamento da Defensoria foi aprovado com um aumento de 16% em comparação com o ano anterior. Ver: <https://transparencia.rj.def.br/execucao-orcamentaria/index>. Acesso em 16/02/2021.

quistas somente estão sendo alcançadas graças à habilidade das lideranças da Defensoria Pública, seja pela credibilidade dos integrantes da sua Administração Superior, e também dos dirigentes da entidade de representação classista, assim como pelo reconhecimento da seriedade e importância dos próprios serviços prestados pelos integrantes da instituição na “linha de frente”, junto aos cidadãos, nos diversos bairros e Municípios do Estado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término destas reflexões sobre o impacto da pandemia de COVID-19 no acesso aos direitos e à justiça, especialmente quanto a seus efeitos no presente e no futuro da Defensoria Pública, não podemos ignorar o quadro mais amplo, na perspectiva nacional e mundial, que se descortina sombrio e preocupante para o futuro próximo, de modo ainda mais grave para os estratos menos favorecidos da sociedade local e global. Mesmo com a esperança da rápida descoberta de imunizantes que inclusive já estão sendo aplicados em diversos países, embora num ritmo ainda preocupantemente lento em nosso país, parece inequívoco que o legado dessa pandemia será bastante penoso para toda a humanidade e em particular para o Brasil. Mas, por outro lado, não podemos deixar de reconhecer que – paradoxalmente – poderemos sim colher alguns legados positivos.

Assim, tão logo superada a fase da crise mais aguda, caberá certamente uma reflexão e avaliação sobre as respostas efetivamente adotadas e as medidas implementadas para proteger e promover o acesso das pessoas aos direitos e à justiça, no contexto da pandemia. É desejável que nesse processo de reflexão se busque identificar e compartilhar boas práticas entre os diversos atores e instituições nessa seara, não apenas quanto aos serviços públicos, mas também as iniciativas do setor privado e da sociedade civil.

Nesse sentido, o uso de tecnologias remotas para atendimentos dos usuários e para a prática de atos judiciais, o desenvolvimento de sistemas informatizados facilitadores dos serviços de assistência jurídica, dentre outros esforços, podem e devem ser continuados no período pós-pandemia e têm potencial para um impacto duradouro e de longo alcance.

Estratégias e práticas inovadoras de sucesso adotadas durante a crise devem ser fomentadas e aprimoradas. Aperfeiçoar as boas práticas experimentadas nesse período particularmente desafiador e assegurar meios para permitir seu uso continuado pode ajudar a superar algumas das barreiras sistêmicas que as pessoas enfrentam no acesso aos direitos e à justiça. O estímulo à inovação tem suscitado oportunidades de reformulações e investimentos em novas maneiras de tornar o serviço de assistência jurídica mais acessível e “responsivo” às necessidades dos usuários.

É bem provável que o regime de teletrabalho seja mantido em significativa proporção nos diversos serviços e atividades em que sua eficácia tenha se revelado como positiva, rompendo-se um certo preconceito que ainda existia, no sentido de que essa modalidade de atuação seria menos produtiva do que a presencial. Isso implicará certamente na adoção de modelos híbridos de funcionamento de órgãos públicos – como por exemplo nos Tribunais e órgãos judiciários em geral, inclusive nas Defensorias Públicas – o que pode facilitar a atuação dos diversos profissionais e servidores, evitando deslocamento e perda

de tempo como ocorre, por exemplo em casos de realização de sustentação oral em sessões de julgamento, quando muitas vezes o profissional tem que permanecer a tarde inteira à disposição, enquanto que se feita remotamente, pode continuar “trabalhando” no escritório e interromper apenas no momento exato em que tenha que falar; essa possibilidade pode ser vantajosa em vários aspectos, com otimização de tempo, superação de barreiras geográficas, redução de custos, etc. Do mesmo modo, semelhantes vantagens e benefícios poderão ser auferidos pelos próprios destinatários dos respectivos serviços.

Para concluir, cabe enfatizar que a pandemia do COVID-19 tem levado também a uma reflexão sobre a importância do papel proativo e intervencionista do Estado, numa linha de ação mais sintonizada com o modelo do keynesianismo, cabendo-lhe promover ações e medidas concretas para proteção dos mais frágeis. Tem sido resgatada a consciência da importância do fomento à solidariedade social em detrimento de visões individualistas e privatistas. Assim, na área propriamente dita da Saúde, resta evidente que a pandemia demonstrou como é importante a existência de um sistema público estatal forte e abrangente - como é o caso do SUS brasileiro que, apesar dos pesares, muitos “pesares” – corrupção, postura errática e equivocada da esfera federal no desempenho de suas funções – evitou um possível de quadro ainda mais caótico e dramático que poderia ter se verificado.

Também na seara do acesso à justiça e, sobretudo da assistência jurídica gratuita, o modelo estatal de Defensoria Pública adotado pelo Brasil, a despeito de possíveis deficiências, tem se revelado capaz de assegurar – não apenas no aspecto da tutela dos interesses individuais mas, sobretudo, de iniciativas e estratégias coletivas, com monitoramento e fiscalização de políticas públicas respectivas – a continuidade dos serviços necessários para promover o acesso aos direitos e à Justiça por parte dos destinatários de seus serviços. Isso certamente seria mais difícil de se alcançar caso o modelo adotado fosse o de advogados particulares atuando de modo avulso e sem uma articulação e infraestrutura organizacional e institucional para lhes dar o necessário suporte para esse desempenho. Assim, a despeito do cenário de restrições orçamentário-financeiras, é de grande importância fortalecimento e aprimoramento de serviços públicos estatais como o prestado pela Defensoria Pública brasileira.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico – a informatização judicial no Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2010.

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos! A assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. **Defensoria Pública no Século XXI – Novos Horizontes e Desafios**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí: UNIVALI, 2014.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajai: UNIVALI, 2012.

ESTEVEVES, Diogo; ALVES, Cleber Francisco; SILVA, Franklyn Roger Alves; Azevedo, Júlio Camargo. Acesso à Justiça em tempos de pandemia: o impacto global do COVID-19 nas instituições político-jurídicas. **Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**. Niterói-RJ, Vol. 22, N. 2, ago/dez 2020.

ETIENNE, Adolfo Filgueiras. **Defensoria Pública e Gestão**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ETIENNE, Adolfo Filgueiras. **Defensoria Pública: excelência no atendimento e nas postulações judiciais**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

FERRARI, Andrés Ferrari; CUNHA, André Moreira. **A pandemia de Covid-19 e o isolamento social: saúde versus economia**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/coronavirus/base/artigo-a-pandemia-de-covid-19-e-o-isolamento-social-saude-versus-economia/> Acesso em 09/02/2021.

FERREIRA, Carolina Costa. Encarceramento em Massa e Pandemia: limites das respostas processuais coletivas. *In*: MELO, Ezilda; BORGES, Lize; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Covid-19 e o Direito Brasileiro – mudanças e impactos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. Disponível para *download* gratuito em: https://editorial.tirant.com/free_ebooks/9786586093971.pdf. Acesso em 15/02/2021.

FORELL, Suzie & GRAY, Abigail. Outreach legal services to people with complex needs: what works? *In*: **Justice Issues**, (12), October/2009. Disponível para *download* em: [http://www.lawfoundation.net.au/ljf/site/articleIDs/69EBF819BDD1BB8BCA25766A0082208C/\\$file/JI12_Complex_Needs_web.pdf](http://www.lawfoundation.net.au/ljf/site/articleIDs/69EBF819BDD1BB8BCA25766A0082208C/$file/JI12_Complex_Needs_web.pdf). Acesso em 10/12/2020.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Acesso à Justiça é impactado pela vulnerabilidade digital. *In*: **ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tribuna-defensoria-acesso-justica-impactado-vulnerabilidade-digital>. Acesso em 30/01/2021.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; LEITÃO, Raíssa Vianna; SOARES, Vitor Valdir Ramalho. Defensoria Pública e o paradoxo criado pelas novas formas de atendimento: adaptação institucional aos novos paradigmas tecnológicos e promoção da inclusão digital. *In*: **ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-fev-09/tribuna-defensoria-paradoxo-criado-pelas-novas-formas-atendimento>. Acesso em 12/02/2021.

GONÇALVES FILHO, Edilson; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurílio Casas. Defensoria Pública e Acesso à Justiça na Pandemia do Coronavírus. *In*: TARTUCE, Fernanda; DIAS, Luciano Souto (coord). **Coronavírus – Direitos dos Cidadãos e Acesso à Justiça**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

GREER, Scott L.; KING, Elizabeth J.; PERALTA-SANTOS, André; FONSCA, Elize Massard (ed.). **Coronavirus Politics - The Comparative Politics and Policy of COVID-19**. Michigan: University of Michigan Press, 2021.

HABERMAS, Jürgen . **Màs allá del Estado Nacional**. Traducción y introducción de Manuel Jiménez Redondo. 4ed. Madrid: Trota, 2008.

KLOH, Fabiana Ferreira Pimentel; ALVES, Cleber Francisco. Conselho Tutelar diz que aulas presenciais violam direitos das crianças: o relativismo na obrigatoriedade da frequência à escola e a opção pela educação domiciliar. *In: VASCONCELOS, Maria Celi Chaves (org). Educação Domiciliar no Brasil: mo(vi)mento em debate*. Curitiba: Editora CRV, 2021.

LIPSKY, Michael. **Burocracia em nível de rua: dilemas do indivíduo nos serviços públicos**. **Brasília**: Escola Nacional de Administração Pública (Enap), 2019. Disponível para *download* em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4158/1/Burocracia%20de%20n%c3%advel%20de%20rua_Michael%20Lipsky.pdf. Acesso em 15/02/2021.

LYRA, Aline; SOARES, Antônio Jorge Gonçalves. Reflexões acerca da Educação Domiciliar e da Desescolarização a partir do cenário de pandemia *In: VASCONCELOS, Maria Celi Chaves (org). Educação Domiciliar no Brasil: mo(vi)mento em debate*. Curitiba: Editora CRV, 2021.

MACHADO, José Alberto Oliveira de Paula. **Defensoria Pública e o Futuro: *accountability*, Matriz *Swot*, IA e os Robôs**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

MACHADO, José Alberto Oliveira de Paula. Seja bem-vinda a versão híbrida da Defensoria Pública pós-Covid-19. *In: ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-21/tribuna-defensoria-seja-bem-vinda-versao-hibrida-defensoria-publica-pos-covid-19>. Acesso em 12/02/2021.

MARRAFON, Marco Aurélio. CF estabelece cooperação federativa para superar crise do coronavírus. *In: ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/constituicao-poder-cf-estabelece-cooperacao-federativa-crise-covid-19>. Acesso em 10/02/2021.

MELO, Ezilda; BORGES, Lize; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Covid-19 e o Direito Brasileiro – mudanças e impactos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. Disponível para *download* gratuito em: https://editorial.tirant.com/free_ebooks/9786586093971.pdf. Acesso em 15/02/2021.

ROCHA, Jorge Bheron. Habeas Corpus coletivo: uma proposta de superação do prisma individualista. *In: ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/tribuna-defensoria-hc-coletivo-proposta-superacao-prisma-individualista>. Acesso em 20/02/2021.

SILVA, Franklyn Roger Alves. Tecnologia da informação como recurso ou obstáculo ao acesso à Justiça. *In: ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mai-07/tribuna-defensoria-tecnologia-informacao-recurso-ou-barreira-acesso-justica>. Acesso em 12/02/2021.

SMITH, Roger. COVID-19, Tecnologia e Acesso à Justiça. Tradução: Cleber Francisco Alves e Anna Carolina Mendes da Silva. *In: Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro*. Ano 29, Nº 30, 2020.

SOUSA, José Augusto Garcia; PACHECO, Rodrigo Baptista. Os impactos da revolução tecnológica sobre a Defensoria Pública: breve estudo à luz das “ondas” renovatórias da instituição.

In: MAIA, Maurílio Casas (org). **Defensoria Pública, Democracia e Processo II**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Respostas à pandemia e a estratégia brasileira. *In*: **Revista Eletrônica do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte, n. 41, mai/ago 2020.

UJVARI, Stefan Cunha. **Pandemias: a humanidade em risco**. São Paulo: Contexto, 2011.

UNODC – United Nations Drugs and Crime; UNDP – United Nations Development Programme. **Guidance Note: Ensuring Access to Justice in the Contexto of COVID-19**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/Advocacy-Section/Ensuring_Access_to_Justice_in_the_Context_of_COVID-191.pdf. Acesso em 31/01/2021.

RELAÇÕES FAMILIARES ENTRE BINACIONAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA

FAMILY RELATIONSHIPS OF BINATIONAL COUPLES IN TIMES OF PANDEMIC

Mirelle Fernandes Soares

*Mestre em Direito - Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
Docente dos cursos de Direito das Instituições de Ensino Superior Promove e
Kennedy de Minas Gerais. Advogada.
soares_mirelle@hotmail.com*

Nina Gabriela Borges Costa

*Mestre em Direito Fiscal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Docente dos cursos de Direito da Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais e da Faculdade Kennedy. Advogada.
ninagabrielabc@gmail.com*

RESUMO

Este artigo objetiva analisar as relações familiares entre os binacionais em tempo de pandemia. Em razão das medidas de fechamento das fronteiras impostas pelos Estados a fim de minimizar a propagação do Covid-19, diversas famílias compostas por pessoas de nacionalidades distintas, sobretudo por não possuírem vínculos formais, ficaram privadas do convívio familiar. Esse estudo adotou a vertente metodológica jurídico-sociológica. Utiliza-se a técnica teórica por meio de análise de conteúdo bibliográfico, estudos às legislações de alguns países que tratam sobre o tema. Traça-se um conceito de aberto de família a partir do eixo afetivo, inclusive de alguns países ocidentais, bem como se confronta com o aspecto mercadológico que as relações humanas são consideradas sob o viés globalizante e do capital. Contudo, considerando o atual momento vivenciado, em que o medo da morte assola parte da população, em decorrência da volatilidade na transmissão dos vírus, o ser humano tem repensado sobre suas relações familiares, não pelo aspecto da consuntibilidade, mas sim pela afetividade. Estar com a família promove estabilidade emocional, pois o ambiente familiar se torna lócus de segurança; porém, as políticas Estatais tolhem o convívio dessas famílias gerando danos existenciais.

Palavras-chave: Casais binacionais. Afeto. Covid-19. Restrições de convívio. Conceito aberto de família.

ABSTRACT

This article aims at analyzing family relationships of binational couples during the pandemic. Due to the border closure measures imposed by the States to minimize the spread of COVID-19, several families composed of people of different nationalities were deprived of

family life, especially couples without formal ties. This study adopted a legal-sociological methodology. The juridical-sociological methodology used consists of an analysis of the bibliography and of a study of the laws relating to the theme in force in some countries. The study traces a broaden concept of family based on affection and confronts the market aspect attributed to human relations, based on the globalizing and capitalist bias. The current fear of death experienced by the population due to the volatile nature of the transmission of coronavirus have been making people rethinking their family relationships not by the perspective of consumptiveness, but by affection. Being with family promotes emotional stability, since the family environment becomes a locus of security. However, State policies impede the coexistence of these families, generating existential damage.

Keywords: Binational couples. Affection. COVID-19. Social restrictions. Broaden concept of family.

Data de submissão: 25/07/2020

Data de aceite: 30/12/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. O AFETO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL E EIXO PARA A FORMAÇÃO DOS ARRANJOS FAMILIARES. 2. O DISTANCIAMENTO SOCIAL ENTRE PESSOAS DE NACIONALIDADES DISTINTAS EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA. 3. VÍNCULOS HUMANOS FAMILIARES E SUA LIQUIDEZ NUMA ERA GLOBAL APÓS A PANDEMIA. 4. A AUSÊNCIA DE VALOR ECONÔMICO DO AFETO NAS POLÍTICAS INTERNACIONAIS VOLVIDAS À MANUTENÇÃO DAS FAMÍLIAS TRANSFROTEIRIÇAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Trata-se de um estudo acerca das relações familiares entre os binacionais, bem como as consequências ocasionadas devido à pandemia do Covid-19, a qual impôs a necessidade da adoção de inúmeras medidas restritivas como forma de minimização da propagação do referido vírus.

Importa destacar que o ano de 2020 foi marcado for essa grande pandemia mundial, que desencadeou diversas crises espalhadas por todo o globo terrestre, sendo elas de ordem: econômica, política, social e, inclusive, familiar, afetiva.

Dentre todas as medidas impostas, a sociedade se deparou com o fechamento das fronteiras aéreas e terrestres entre diversos países, o que resultou na abrupta separação de famílias compostas por pessoas de nacionalidades distintas, as quais ficaram privadas do convívio familiar em decorrência de tais imposições.

Após grande pressão sofrida por diversos países pelas imposições dessas medidas, alguns países passaram a admitir a abertura das fronteiras apenas para àqueles que comprovassem relações familiares jurídico-formais.

Todavia, é justamente nesse sentido, que surge o seguinte questionamento: tendo em vista os atuais modelos e conceitos de família, poderiam aqueles que não possuem vínculos jurídico-formais, serem privados de se reunirem como os membros de suas famílias, em um momento que se busca, no esteio familiar, maior amparo e segurança?

A fim de responder a tal indagação, este trabalho tem como objetivo tratar acerca do atual conceito de família, considerando o afeto como o “motor” das relações humanas.

Para tanto, divide-se o trabalho em quatro capítulos: no primeiro capítulo, estudar-se-á o afeto como garantia fundamental e mola propulsora para formação dos novos arranjos familiares; no segundo capítulo, serão apresentados alguns casos em que o distanciamento social imposto resultou na separação entre pessoas de nacionalidades distintas em decorrência da pandemia; o terceiro capítulo tratará dos vínculos humanos e familiares e sua liquidez na era globalizante; e, por fim, no quarto capítulo, será estudada ausência de valor econômico do afeto nas políticas internacionais volvidas à manutenção das famílias transfronteiriças. Cujo objetivo é demonstrar que as políticas econômicas para manter a hegemonia do capital têm tido maior atenção diante a crise sanitária mundial. Contudo, as relações afetivas e familiares não são os focos das políticas estatais.

Por serem incipientes pesquisas com este mote, e, e por se tratar de um tema tão atual dentro dos direitos relativos às famílias, mostra-se relevante a tratativa sociojurídica, ora proposta, inclusive por meio da técnica de pesquisa teórica com análise de conteúdo bibliográfico, estudo de casos e às legislações de alguns países que tratam sobre o conceito de família.

1. O AFETO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL E EIXO PARA A FORMAÇÃO DOS ARRANJOS FAMILIARES

Com o passar do tempo e com a evolução social, o ser humano vem alterando seu estilo de vida, seus hábitos e suas relações interpessoais, se desprendendo-se cada vez mais das tradições deixadas pelas gerações passadas, principalmente no tocante a forma de constituir os arranjos familiares.

Com isso, o Direito de Família também vem alterando seus paradigmas, com impacto em seus princípios e normas anteriormente existentes para dar lugar a um novo Direito das Famílias, considerando o afeto como o “motor” das relações humanas.

O vocábulo afeto significa sentimento de benevolência ou ternura para alguém, amizade, paixão ou simpatia, portanto é o elemento essencial para a constituição de uma família nos tempos hodiernos, visto que por meio de laços afetivos se mantêm a estabilidade familiar, pois se parte da ideia de independência e igualdade entre os entes familiares,

vez que não se mostra crível a dependência econômica a um só integrante familiar, tampouco, considerar que entre o casal exista hierarquia¹.

As famílias contemporâneas, diferentemente do modelo de sociedade do século passado, que se pautava no patrimonialismo, e numa família matrimonializada como paradigma familiar, fundam-se nos laços de afeto. A felicidade, o amor, o respeito e o apreço são fundantes à proteção e à constituição dos laços familiares que são capazes de modificar os modelos de famílias, os quais somente poderiam ser formados pelo homem e pela mulher ligados pelo vínculo do casamento².

A transformação da sociedade no que tange à compreensão da família ergueu o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana, visto que, para garantir o direito à felicidade e à vida digna, pautam-se no afeto e não por meras formalidades documentais como a do casamento civil ou do próprio reconhecimento de união estável, propriamente dita³.

A afetividade deve ser traduzida pelo respeito que cada ser humano tem por si e pelos outros membros familiares, no intuito de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social. Trata-se de direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, para garantir as condições mínimas necessárias ao bem comum de todos⁴.

O “novo sangue para correr nas veias” dos entes familiares não são apenas os ligados aos vínculos consanguíneos ou formais, mas o reconhecimento ao refúgio do afetivo.

Tendo a afetividade como princípio norteador das famílias contemporâneas, vez que é elemento formador e estruturador dos arranjos familiares, todas as espécies de vínculos ancorados no afeto devem ter a proteção do Estado⁵, pois a finalidade é garantir felicidade a todas as pessoas.

Com o primado de buscar a felicidade dos entes do núcleo familiar, tendo o afeto como base da família brasileira⁶, o Direito Civil foi despatrimonializado e passou a reconhecer o indivíduo como o epicentro das relações humanas, com vistas à “máxima” efetividade de sua dignidade⁷. Nesse sentido, a doutrina galgou à família ao *status* de eudemonista, tendo como mote o afeto e por “considerar ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana”⁸.

¹ PESSANHA, J. F. A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Santo Agostinho, 19 dez. 2011.

² *Ibid.*

³ VECCHIATTI, P. R. I. **Manual da homoafetividade**: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos, 2008. p. 221.

⁴ BARROS, S. R. de. **Direitos humanos da família**: principiais e operacionais.

⁵ PESSANHA, J. F. A *Op. Cit.*

⁶ DIAS, M. B. **União homoafetiva**, 2006. p. 61.

⁷ FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil**: famílias, 2018.

⁸ VECCHIATTI, P. R. I. *Op. Cit.*. p. 223.

Pautando-se na máxima efetividade do macroprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB/88) que se envolve, inclusive, a busca de promoção da felicidade dos indivíduos, e, por conseguinte, de permitir que as pessoas se envolvam com as outras para além de questões patrimoniais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 226, trouxe um modelo aberto de família, protegendo as formas plurais de arranjos.

O constituinte, além de considerar o modelo tradicional de família, a matrimonializada, também tratou de forma igualitária a união estável, bem como respaldou a já existente família monoparental, aquela forma por apenas um dos pais e sua prole.

Para demonstrar a importância do afeto no ordenamento jurídico, em 2016 o STF, na Repercussão Geral 622, entendeu que não há prevalência da paternidade biológica à afetiva, podendo ambas coexistir. Logo, acabou com qualquer dúvida quanto a importância do afeto como valor jurídico.

Deve-se registrar que a mudança no conceito de família, com a existência de famílias plurais, não é fato isolado. Após a possibilidade do divórcio, principalmente após a ruptura do Estado e da Igreja, muitos países em todo o mundo assistiram a recombinação das famílias nas mais variadas formas. A exemplo, tem-se o reconhecimento da união de pessoas do mesmo gênero na Dinamarca desde 1989, da Holanda, em 2001; Bélgica, em 2003; Espanha e Canadá, em 2005; África do Sul, em 2006; Noruega e Suécia, em 2006; Portugal, Islândia e Argentina, em 2011, Uruguai, Nova Zelândia e França, em 2013 nos Estados Unidos, em 12 dos 50 Estados⁹.

Ao se trazer um conceito aberto de família e entendê-la como base da sociedade detendo especial proteção do Estado, nos termos do caput do art. 226 da CRFB/88, em 2011 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN 4277/DF, passou a admitir a união estável entre pessoas do mesmo gênero e após, o casamento também. Sendo atinentes ao casal homoafetivo os efeitos pessoais e patrimoniais que decorrem de uma entidade familiar heteroafetiva, como, herança, alimentos, adoção do sobrenome do cônjuge, sendo ainda possível a adoção por tais casais; mesmo que a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 em seus arts. 1.565 e 1.723 tenham dispostos que o casamento e a união estável seriam formados apenas entre o homem e a mulher.

De igual forma, embora a Constituição Portuguesa também não traga um conceito de família, tampouco se refere a outros possíveis tipos de agrupamentos familiares, “o conceito constitucional de família não abrange apenas a família matrimonializada, havendo, assim, uma abertura constitucional para conferir o devido relevo jurídico às uniões familiares”¹⁰.

Parafraseando Canotilho¹¹, apesar da Constituição Portuguesa se referir ao termo “contrair casamento”, nada impede que existam outros núcleos familiares aos quais não se fundam o casamento, devendo ainda sim ser tutelados constitucionalmente.

⁹ CAVALCANTI, C. de A. **Famílias pós-modernas: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**, 2016. p. 163.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. G. Princípios entre a sabedoria e a aprendizagem. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, p. 1-14, 2006.

¹¹ *Ibid.*

Da mesma forma que a Constituição brasileira, a indefinição da Constituição Portuguesa, quanto ao conceito de família se torna aberto para possível recepção e tutela de quaisquer arranjos familiares, a exemplo das famílias monoparentais, anaparentais, homoafetivas¹². Contudo, a Lei de n° 7 de 11 de maio de 2001, que regula o reconhecimento da união de facto em Portugal, estabelece, além de outros requisitos, um prazo mínimo de convivência de 2 anos para tal reconhecimento, inclusive quando um dos companheiros é estrangeiro.

Também na Constituição Alemã, não há qualquer referência às formas de arranjos familiares, contudo, a guarda da família, por parte do Estado, é concedida pela proteção do matrimônio, o que permite afirmar que pode ser um conceito aberto à recepção de outros arranjos familiares, haja vista a possibilidade da construção de liames socioafetivos entre amigos, tios e sobrinhos, avós e netos, sem contar a união estável da qual resulta a convivência duradoura, ostensiva que segue os requisitos do casamento, embora sem as formalidades do matrimônio¹³.

Ademais, a Constituição espanhola, influenciada pela Constituição de Weimar, também não especifica os tipos de arranjos familiares protegidos. Todavia, muito embora não seja específica nesse sentido, traz alguns requisitos subentendidos, os quais induzem ao reconhecimento da família por meio de elementos como, por exemplo, a existência de ascendentes e descendentes ou a constituição de matrimônio.

Diante disso, a Constituição Espanhola não descarta qualquer outro tipo de reconhecimento no que tange aos novos tipos de arranjos familiares: a) sejam eles compostos pela família matrimonializada sem filhos; b) seja pela família em que tenha ocorrido o falecimento, ausência, incapacidade ou divórcio dos cônjuges; c) seja, ainda, a família formada por um único membro, a qual compõe um núcleo monoparental como forma de uma família incompleta¹⁴.

Em países como Estados Unidos e Canadá também se reconhecem a união estável, ou seja, o denominado *living together, common law marriage*. Contudo, nos EUA desde 2019, a união estável é reconhecida caso as partes formalizem a união e preencham alguns requisitos indispensáveis, como a coabitação, uso do sobrenome comum, assinatura conjunta em contratos, declaração conjunta de imposto de renda, existência de conta conjunta em banco, compartilhamento de obrigações e despesas domésticas e existência de filhos comuns. Inclusive, a Lei de Vistos americana não reconhece uniões estáveis, como forma de solicitar um visto derivado do visto do companheiro ou companheira. No Brasil, a coabitação não é elemento indispensável para a caracterização da união estável, segundo a Súmula 382 do STF.

No Canadá, por exemplo, são celebrados contratos de vida em comum, no qual fazem parte regras atinentes aos direitos e obrigações dos conviventes, como os decorrem do matrimônio¹⁵. Entretanto, diferentemente como ocorre no Brasil, que basta que os companheiros celebrem uma escritura de união estável no cartório sem qualquer comprovação, no Canadá é burocratizado. Um casal de nacionalidade distinta, para se a declaração de união estável tenha validade,

¹² CAVALCANTI, C. de A. *Op. Cit.*, p. 99.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ LOPEZ-MUÑIZ, J. L. M. La familia em La Constitucion española. **Revista Española de Derecho Constitucional**, p. 11-43, 2000.

¹⁵ CAVALCANTI, C. de A. *Op. Cit.*, p. 49.

por exemplo, se exige a declaração tenha sido feita há, pelo menos, 12 meses, caso contrário, não será aceita. Contudo, se forem casados, a certidão de casamento é válida independentemente de prazo. Logo, há uma hierarquia quanto às formas de constituição de família.

Apesar das particularidades de cada Estado, na sociedade contemporânea, a família passou a ser compreendida para além do eixo matrimonial¹⁶, pois se pautando na vida em comum e no afeto. Tal entendimento se pautou para além de critérios jurídicos, pois numa visão sociológica, o fato do homem ser considerado um animal social, a harmonia de uma vivência social, existe também a necessidade das ligações afetivas entre cada membro da sociedade, carecendo de amor para a manutenção e perpetuação de sua espécie. O amor que idealiza a possibilidade de existência da pessoa, ou seja, o amor que constrói a base da sociedade é, sem dúvida, o sentimento maior e mais nobre que a existência humana conhece.

Com isso, o afeto ganhou status de valor jurídico e, conseqüentemente, logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, uma vez que o desejo e amor começam a ser vistos e considerados como o verdadeiro sustentáculo do laço conjugal e da comunhão de vida plena entre duas pessoas que tem o intuito de constituir família, independentemente de gênero, religião e ou etnia¹⁷.

Toda essa mudança conceitual e paradigmática resultou em reconhecer as diversas estruturas familiares, dando origem, também, às várias discussões e alterações no campo jurídico, não apenas no Brasil, como em todo o mundo, alterando, ainda, questões ligadas à filiação, união entre pessoas do mesmo gênero, adoção por pessoas do mesmo gênero, direito sucessório entre outros, os quais se sedimentaram a partir do princípio do afeto como base na dignidade da pessoa humana.

Entretanto, hodiernamente, o mundo se depara com uma nova realidade advinda da crise de sanitária mundial decorrente da Covid-19 a qual alterou todas as relações existentes, inclusive a nível global, mas não apenas sob o político, econômico ou social, mas, também, no âmbito jurídico familiar, relativamente às relações afetivas e não formalizadas existentes entre indivíduos de nacionalidades distintas.

2. O DISTANCIAMENTO SOCIAL ENTRE PESSOAS DE NACIONALIDADES DISTINTAS EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA

No final do ano de 2019 e início de 2020, o mundo se deparou com a pandemia decorrente da Covid-19, o que impôs a todos os países existentes no planeta, a necessidade da adoção de medidas preventivas a fim de combater a disseminação da doença. Como medida de precaução, houve, também, a necessidade do isolamento social, inclusive nas fronteiras aéreas e terrestres dos países.

¹⁶ FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. *Op. cit.*, p. 201.

¹⁷ PEREIRA, R. da C. Princípio da afetividade. In: DIAS, M. B. (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**, 2011, p. 194.

Os fechamentos das fronteiras entre os países e entre os blocos econômicos, os quais se deram de forma gradativa a partir de fevereiro e março de 2020, têm causado significativos problemas econômicos, políticos e sociais. Todavia, têm causado, ainda, abruptas separações entre casais de nacionalidades distintas ou que, embora possuam a mesma nacionalidade, se encontravam residindo em países diversos, estando, dessa forma, impedidos de estarem juntos nesse momento de isolamento social.

No início de junho de 2020, quase três meses após o fechamento das fronteiras, diversos países começaram a abrandar as suas medidas de restrições impostas para a entrada de estrangeiros em seus países.

O Canadá, por exemplo, passou a permitir a entrada de estrangeiros no país, mas desde que estes estrangeiros fossem considerados membros imediatos da família de cidadãos canadenses ou residentes permanentes no Canadá, e desde que a viagem fosse considerada essencial ou não discricionária¹⁸.

De acordo com as regras impostas pelo governo canadense para entrada no país, considera-se membro imediato da família: “os cônjuges ou parceiros de direito comum; os filhos dependentes; filhos dependentes de filhos dependentes; pais e padrastos; zeladores ou guardiões”¹⁹.

Diante de tais restrições, diversos casais de nacionalidades diferentes “espalhados” por todo o mundo, mesmo possuindo laços afetivos, mas por não estarem formalizados pelo casamento civil ou até mesmo, pela união estável, se encontram completamente desamparados pelo Estado.

Com o fechamento das fronteiras do Canadá, segundo veiculado na revista *Jornal CVT News Toronto*, Sarah Campbell, canadense, e seu noivo, Jacob Taylo, britânico, estão obrigados a permanecerem separados por meses, mesmo após o recente diagnóstico de câncer enfrentado por Sarah²⁰.

Sarah Campbell e Jacob Taylor estavam planejando se casar em junho, mas tiveram que adiar o casamento depois que, com o Covid-19, os governos impuseram as restrições de viagem.

We realized we weren't able to have our wedding here in Canada. I'm planning to move to the U.K. after we get married anyways so my first thought after that was, 'Well I'll just get on a plane and go because the U.K.'s borders have stayed open this whole time',” Campbell explained to CTVNews.ca in a phone interview on Thursday²¹.

¹⁸ CANADA. **Coronavirus disease (covid-19):** who can travel to Canada: citizens, permanent residents, foreign nationals and refugees. Toronto: Canada, 2020.

¹⁹ “An immediate family member is defined as a: spouse or common-law partner; dependent child; dependent child of a dependent child; parent or step-parent; guardian or tutor”. *Ibid.*

²⁰ NEUSTAETER, B. Canadian border closure keeping couple apart despite cancer diagnosis. *CTV News*, 10 jul. 2020.

²¹ *Ibid.*

Sarah explicou ainda, como tem sido muito difícil enfrentar a doença sem a presença de seu noivo, gerando-lhe problemas, inclusive psicológicos. Segundo Sarah, apesar de seu diagnóstico, Jacob, ainda não tem autorização para entrar no Canadá pelo fato de não possuírem um vínculo formal.

*You can talk and talk and talk, but at some point, you really just need to hug. You just need them to be there and he can't. It's this sense of complete helplessness and like no one is listening to us, Campbell said
I fully expect the border closures to continue to be extended. So how long is it going to be? Six, seven, eight, nine months, a year? Do I have to go through all this treatment without him? It's so preposterous, Campbell Said²².*

Em situação semelhante, como noticiado pelo Jornal CBS.CA, encontra-se Saralyn Russell, que irá para Dakota do Norte, nos Estados Unidos, apenas para se casar, para que seu parceiro seja elegível para entrar no Canadá, devido às restrições impostas pela Covid-19. Ambos vivem há três horas de distância, e se conheceram em um aplicativo de namoro²³.

Segundo Russel, quando se apaixonaram, não perceberam que eram de países diferentes e jamais imaginaram que estariam impedidos de ficarem juntos devido às fronteiras e às soberanias de cada país²⁴.

*We are only getting married this Monday because the government will not let her in [to Canada] if we don't do this, she said.
We matched on a dating app, because we lived so close together,
Russell said. We didn't realize we were both from different countries²⁵.*

De igual forma, o canadense Stephen Barkey e a americana Cathy Kolsch dizem estar “arrasados” depois de terem sido forçados a se separarem quando tentaram atravessar a fronteira do Canadá com os Estados Unidos, no dia 29 de junho de 2020.

O casal, que vivia juntos, nos EUA, tentou atravessar a fronteira de Dakota do Norte para Saskatchewan depois que o Canadá abrandou suas restrições de viagem para permitir que a família entrasse no país. Contudo, Kolsch foi impedida de entrar no Canadá porque o casal não conseguiu provar que ela é parceira legal de Barkey.²⁶

Posteriormente, quando eles voltaram para entrar novamente nos EUA, Barkey foi impedida de entrar porque a fronteira terrestre dos EUA também se encontra fechada para visitantes canadenses. Consequentemente, o casal teve de retornar aos seus respectivos países.

We were screaming and sobbing and pleading, said Kolsch, a 61-year-old retired paramedic. “It's inhumane what happened to us.

²² *Ibid.*

²³ HARRIS, S. Canadian-American couple forced apart at border after they couldn't prove common-law status. CBC, Toronto, 28 jun. 2020.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

*We are together. We are common-law, Kolsch said.
We were both just holding each other and crying and shaking, he said.
We felt like criminals*²⁷.

Segundo a reportagem apresentada pelo CBC News, Barkey e Kolsch são um dos muitos casais transfronteiriços separados durante a pandemia, no intuito de impedir a propagação da Covid-19.

O governo canadense afrouxou as regras em 8 de junho de 2020 para permitir que estrangeiros se reunissem com seus entes familiares no Canadá, incluindo cônjuges e parceiros da lei²⁸. No entanto, muitos casais transfronteiriços ficaram consternados ao descobrirem que seus relacionamentos não se qualificam como tal²⁹. Conforme se pode perceber em todos os casos aqui apresentados, os casais não solicitam o abrandamento das fronteiras afim de que os governos permitissem viagens discricionárias e não essenciais. Em todos os casos, segundo os entrevistados, as medidas impostas pelos Estados são extremamente necessárias, todavia, o que eles suplicam é o reconhecimento de suas relações afetivas como forma de não terem restrições de viagens impostas pelos governos dos Estados, e estarem juntos de suas famílias.

Em decorrência da crise de saúde pública mundial, as relações afetivas em diversos países não estão sendo priorizadas como política internacional, pois os Estados se concentram apenas em medidas econômicas.

Fato é que o enlace familiar, antes da Covid-19, se dava pelo simples fato de todos os membros de uma família, pai, mãe, filhos e irmãos, coabitarem juntos ou por ficarem juntos em determinados períodos do ano independentemente da existência da formalização pelo casamento ou documento de reconhecimento de uma união estável, já que o movimento globalizante permitiu novas constituições familiares sem a necessária coabitação fixa em apenas um domicílio, bem como sem a presença de critérios formais de constituição familiar.

Contudo, após a Covid-19 tal situação não mais cabe no atual contexto familiar, haja vista que muitos laços que se formavam pelo mero convívio foram, abruptamente, rompidos em decorrência do fechamento das fronteiras.

A se pautar pela afetividade como mola propulsora das relações familiares e fundamento constitucional na dignidade humana com deságue no direito à convivência familiar, o resguardo ao reconhecimento de uma relação ou laço familiar independente de critérios biológicos, jurídicos e documentais que prescindem de coabitação³⁰.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *The definitions in this subsection apply in the Act and in these Regulations. common-law partner means, in relation to a person, an individual who is cohabiting with the person in a conjugal relationship, having so cohabited for a period of at least one year (conjoint de fait).* Companheiro (a) em união de facto significa, em relação a uma pessoa, a pessoa singular que coabita com aquela em relação conjugal, tendo assim coabitado há pelo menos um ano (*conjoint de fait*). Immigration and Refugee Protection Regulations SOR/2002-227.

²⁹ HARRIS, S. *Op.cit.*

³⁰ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros: 2005. p. 299.

Registra-se que a “afetividade se constrói por meio da convivência, porém não se pode dizer que apenas por ela, pois conviver nem sempre significa viver que o casal deva viver sob o mesmo teto”³¹.

3. VÍNCULOS HUMANOS FAMILIARES E SUA LIQUIDEZ NUMA ERA GLOBAL APÓS A PANDEMIA

Na sociedade hodierna, as relações humanas, as relações amorosas, os vínculos familiares e até mesmo os relacionamentos em “redes”, segundo Bauman, estão se tornando cada vez mais flexíveis e volúveis, tendo em vista que os laços humanos do ponto de vista estatal são compreendidos como “de bolso”³².

O que decorre, principalmente, do modelo globalizante de sociedade, conforme mencionado. Cujo desenvolvimento mundial se volve a uma política nacional e internacional em torno da garantia da estabilidade monetária como justificativa para promover abertura comercial, revogar monopólios públicos, privatizar serviços essenciais, institucionalizar a responsabilidade fiscal e implementar projetos de desconstitucionalização de direitos³³, pois seu mote não é efetivar a dignidade humana e sim manter a hegemonia econômica.

Mas o sistema globalizante possui outras, facetas. Do ponto de vista sociológico, a globalização é considerada uma forma de explorar a custo baixo a mão de obra existente para o gradual enriquecimento dos conglomerados empresariais³⁴. Do ponto de vista econômico, a globalização deve ser focalizada em três perspectivas: financeira, produtiva e comercial³⁵. Para tanto,

é necessária uma direção que valorize o mercado como elemento central da regulação da sociedade, reestruturando o Estado para produzir o processo nesses moldes. Dessa forma, a hegemonia do pensamento político e econômico prega a diminuição dos gastos sociais, privatização das empresas públicas, garantia de liberdade de comércio e de capitais como o cerne das recomendações de ajustes, configurando a chamada orientação neoliberal³⁶.

Para consolidar uma dinâmica internacional sob a diretriz neoliberal, em que Estado, mercado e instituições democráticas possam garantir a estabilidade econômica, é neces-

³¹ SILVA, P. G. A.; SOARES, A. C. T. A afetividade no direito de família brasileiro: a falta de afeto como ensejadora do dano moral. **Ciências Humanas e Sociais**, Maceió, v. 2, n. 2, p. 91-104, nov. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/fitshumanas/article/view/733>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

³² BAUMAN, Z. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

³³ FARIA, J. E. Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON LAW AND JUSTICE IN THE 21ST CENTURY, Coimbra, 2003. **Annals....** Coimbra: [s.n.], 2003. p. 1.

³⁴ EL TASSE, A. **A crise no poder judiciário**, 2004, p. 32.

³⁵ GONÇALVES, R. **O nó econômico**, 2003, p. 20.

³⁶ SOUZA FILHO, R. de. **Gestão pública e democracia**: a burocracia em questão, 2013, p. 150.

sária uma estrutura institucional que garante o sucesso das práticas político-econômicas para a manutenção do fundamentalismo do livre mercado e da ortodoxia neoliberal.³⁷

O paradigma atual da globalização, do capital, nos afeta de diversas formas, inclusive, modifica os valores humanos. Afinal, fomos confinados a uma propensa tese de que agora vivemos todos em um único mundo.

Nesse sentido, as relações interpessoais sofrem os influxos do mercado, na medida em que os relacionamentos se tornaram objeto de consumo. Ante a facilidade na aquisição de produtos e serviços na era global, os relacionamentos, pautados na ideia mercantil, estão cada vez mais rápidos, fáceis e descartáveis³⁸.

Isso porque a insatisfação, sensação presente nos indivíduos³⁹, exige a substituição, considerando a “obsolescência” da relação ou do produto e serviço, é cada vez mais constante e necessária.

É a marca da “modernidade líquida” que substituiu o século anterior, caracterizado por uma sociedade sólida, época em que as pessoas procuravam segurança, estabilidade a todo custo, seja nas relações sociais, no trabalho e nos vínculos afetivos⁴⁰.

Por não manter a mesma forma por muito tempo, a sociedade líquida, traço da sociedade globalizante e neoliberal, é transformada a todo tempo e de forma imprevisível.

A imprevisibilidade característica do século XXI vai ao encontro do surgimento de um vírus invisível que vêm colocando em risco a economia mundial, comprometendo o crescimento financeiro e o desenvolvimento do capital. Contudo, de outro lado, o surgimento do vírus lança luzes para a falta de condições da saúde pública mundial, inclusive quanto aos cuidados essenciais e básicos da vida humana como acesso à água, saneamento básico⁴¹.

O vírus, não por acaso, também se mostra globalizado, pois atravessa fronteiras de diversos países, se espalhando por todo o globo terrestre. Sem controle e sem a descoberta de tratamento ou vacina – até a escrita do presente – “o vírus tem afetado a todos e em todas as áreas, sem falar no desenvolvimento social humano”⁴².

O surgimento da pandemia teve um imenso impacto sobre a sociedade capitalista globalizante e neoliberal, e suscita respostas tecnológicas, organizacionais e sociais que são incorporadas na circulação de capital⁴³. Os efeitos na reprodução da vida cotidiana, nas relações familiares estão sendo profundas.

³⁷ *Ibid.*, p. 38.

³⁸ BAUMAN, Z. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos, 2004.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ FERREIRA, L. C.; COSTA, C. de F. L.; PAULA, J. T. S. dos S. e. O enigma da pandemia do Covid-19: solidariedade, formação humana e cidadania em tempos difíceis. **Augustus**, p. 150-164, jul./out. 2020.

⁴² *Ibid.*

⁴³ HARVEY, D. **O enigma do capital**: e as crises do capitalismo, 2011. p. 103.

A formação de crises em termos de tensões e antagonismos que surgem entre as diferentes esferas de atividade, como, por exemplo, uma pandemia, “levam ao desejo de novas configurações nas relações sociais ou perturbam a organização dos processos, inclusive familiares, existentes”⁴⁴.

*La erupción de una pandemia no se compagina con este tipo de cambios. Exige cambios drásticos. Y de repente, estos se vuelven posibles, como si siempre lo hubiesen sido. Vuelve a ser posible quedarse en casa y disponer de tiempo para leer un libro y pasar más tiempo con la familia, consumir menos, prescindir de la adicción de pasar el tiempo en los centros comerciales, mirando lo que está en venta y olvidando todo lo que se quiera, pero solo se puede obtener por medios que no sean la compra. La idea conservadora de que no hay alternativa al modo de vida impuesto por el hipercapitalismo en el que vivimos se desmorona. Se hace evidente que no hay alternativas porque el sistema político democrático se vio obligado a dejar de discutir las alternativas. Como fueron expulsadas del sistema político, las alternativas entrarán en la vida de los ciudadanos cada vez más por la puerta trasera de las crisis pandémicas, de los desastres ambientales y los colapsos financieros. Es decir, las alternativas volverán de la peor manera posible.*⁴⁵

As relações familiares do século hodierno, tidas como líquidas e fluidas considerando a volatilidade da insatisfação humana, ante ao isolamento social e a restrição de circulação das pessoas impostos pelo vírus, têm sofrido abrupta mudança.

O modo como o vírus emerge, se difunde, nos ameaça e condiciona as nossas vidas é bem fruto do mesmo tempo que nos faz ser o que somos. Implica ter presente que, se nós quisermos ver livres do vírus, teremos de abandonar parte do que mais nos seduz no modo como vivemos⁴⁶.

O medo da morte que assola parte da população, em decorrência da volatilidade na transmissão dos vírus, tem feito com que os humanos pensem em suas relações não pelo aspecto da consuntibilidade e sim pela afetividade. Ao se isolar, o indivíduo passa a repensar no que é importante para sua sobrevivência digna. Ao viver tempos difíceis de isolamento social, sem prospecções para o futuro, permite-se repensar em novos cenários não apenas na produção, mas também na formação de valores humanos e familiares⁴⁷.

A partir do atual contexto global, a família, independentemente de sua configuração, passa a ser vista como um lócus de segurança e proteção. Estar em casa, com a família, garante proteção aos indivíduos, sobretudo idosos e grupos de risco ao contágio da Covid-19.

Além disso, ante as incertezas decorrentes da pandemia, sejam elas econômicas, sociais, sobretudo a iminência da morte, permanecer no seio família é medida que promove controle da ansiedade, da tranquilidade e reduz as chances de danos psicológicos e emocionais

⁴⁴ *Ibid.*, p. 104.

⁴⁵ SANTOS, B. de S. **Vírus: todo lo sólido se desvanece en el aire.**

⁴⁶ SANTOS, B. de S. **A cruel pedagogia do vírus**, 2020.

⁴⁷ FERREIRA, L. C.; COSTA, C. de F. L.; PAULA, J. T. S. dos S. e. *Op. Cit.*.

aos isolados, pois o afeto que decorre dessa relação é capaz de minorar os efeitos maléficos que o distanciamento social provoca.

A solidariedade familiar⁴⁸ se potencializa, tendo em vista que os interesses familiares estão em primeiro plano, não mais o consumo de bens e produtos “dispensáveis”. Os integrantes da família, principalmente os pais, têm a oportunidade de repensar nas relações familiares, inclusive na paterna ou maternafamiliar. Os filhos deixam de ser vistos como objetos de consumo emocional⁴⁹, e passam a ser vistos nas suas subjetividades e necessidades. Doar tempo aos filhos, ao cônjuge ou companheiro, torna-se escopo da relação familiar e potencializa o afeto como mola propulsora das relações afetivas.

4. A AUSÊNCIA DE VALOR ECONÔMICO DO AFETO NAS POLÍTICAS INTERNACIONAIS VOLVIDAS À MANUTENÇÃO DAS FAMÍLIAS TRANSFROTEIRIÇAS

Não é “um muro que desta vez separa dois sistemas sociais e políticos, mas dois tempos: o antes e o depois do coronavírus”⁵⁰, isso porque após o surto do coronavírus as políticas internacionais e nacionais de coordenação e de saúde pública estão sendo testadas.

Em tempos de crise, os efeitos são sentidos não apenas no mundo da produção e comércio de mercadorias. As vidas humanas são as mais afetadas, física e psicologicamente. Carreiras inteiras e sucessos de uma vida ficam sob risco, crenças profundas são postas em questão, mentes são feridas e o respeito pela dignidade humana nem sempre é respeitado⁵¹.

Considerando a crise atual de saúde pública, medidas de confinamento e outras restritivas de circulação, como forma de manter a vida humana e reduzir as taxas de contaminação impactam nas relações⁵² de casais e famílias formadas por pessoas de nacionalidades distintas, principalmente de continentes distintos, como América Latina e Europa.

Isso porque, em razão da soberania de cada Estado, as fronteiras para a entrada de estrangeiros nos países estão fechadas, com exceção à circulação de produtos e serviços considerados essenciais à manutenção da vida humana, como combustível, medicamentos e alimentos. A continuidade dos serviços de transporte de carga por via terrestre, marítima e aérea, por serem considerados fundamentais para o funcionamento do mercado interno europeu, não sofreu restrição de circulação, sendo entendida como forma eficaz à atual crise de saúde pública⁵³.

⁴⁸ FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. *Op. Cit.*

⁴⁹ BAUMAN, Z. *Op. Ccit.*

⁵⁰ SANTOS, B. de S. *Op. Citi*, 2020.

⁵¹ HARVEY, D. *Op. Cit.*, p. 175.

⁵² COMISSÃO EUROPEIA. Viagens e transportes durante a pandemia de coronavírus. **Comissão Europeia**, 15 jul. 2020.

⁵³ *Ibid.*

Segundo a Comissão Europeia, bloquear a entrada de pessoas vindas de países onde a pandemia é considerada não controlada é forma de controle da pandemia, no momento⁵⁴.

Países como Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Peru, Paraguai só permitem entrada de nacionais ou domiciliados nos países. Alemanha, Espanha, Portugal permitem a entrada de nacionais da União Europeia e de estrangeiros que comprovarem relação conjugal ou união estável registrada. Itália não menciona a existência de relação conjugal ou união estável registrada como forma de permitir a entrada de estrangeiros⁵⁵.

Estados Unidos da América permitem a entrada de estrangeiro se for cônjuge de um cidadão americano ou residente legal. A França só não restringe a entrada de familiares (comprovados) de residentes que precisaram viajar. Por exemplo: filha menor não residente que viaja com pais residentes⁵⁶.

Por meio dos países citados, é possível perceber que não há entendimento unívoco quanto à entrada de estrangeiros em solo nacional. Por conseguinte, as famílias compostas por indivíduos de nacionalidades distintas, estão separadas pelas fronteiras, isso porque há dissenso quanto ao conceito de família e porque os chefes de Estados não se voltaram quanto à questão familiar.

Inclusive, alguns países europeus, como Bulgária, Letônia, Lituânia, Polônia, Romênia e Eslováquia, diferentemente de outros países latinos, como Brasil e Argentina, não consideram família a união estável, as uniões de fato não formalizadas por documento.

No caso Brasil, a Constituição da República, em seu art. 226, dispõe que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Pelo fato do constituinte originário trazer acerca de um modelo aberto de família, havendo proteção jurídica aos demais arranjos familiares para além do modelo marital, a Portaria Interministerial nº 255, de 22 de maio de 2020 que dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no país de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, estabelece em art. 4º no inc. VI, alínea “a” que a restrição de estrangeiros em território brasileiro não se aplica aos estrangeiros que são cônjuges, companheiros, filhos, pais ou curadores de brasileiro.

Contudo, por ausência de valor econômico que o afeto produz não há interesse dos Estados, de uma forma geral, regulamentarem quanto à entrada de estrangeiros que mantém relação familiar no estrangeiro.

Por mais que tenha se afluído nas populações do mundo o sentido e o sentimento de solidariedade, a preocupação com os cuidados individuais e coletivos nas comunidades, grupos sociais e redes de ajuda mútua, o afeto que move as relações familiares está à margem das políticas internacionais.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE TRANSPORTE AÉREO. Mapa de regulamentos de viagem covid-19. **IATA**, [2020].

⁵⁶ *Ibid.*

Fato é que ao tolher dessas famílias o contato durante o período da pandemia, demonstra a ausência de preocupação dos Estados em manter a dignidade dos entes familiar. Contudo, manter as famílias unidas é uma preocupação de muitos casais que ainda estão separados, filhos que não podem ver seus pais, planos de viver juntos que não se concretizaram são algumas das situações que levaram à criação de uma *hashtag* que começou a circular nas redes sociais para atrair a atenção das autoridades europeias, sobretudo, e que as restrições de viajar para casais estrangeiros.

A *hashtag* #LoveIsNotTourism (“O amor não é turismo”) foi criado por Eva Hoornaert em 28 de junho de 2020 e já tem milhares de pessoas de dezenas de países compartilhando suas histórias e ansiedades, e está reunindo milhares de testemunhos de casais que precisam estar juntos. Para Eva Hoornaert, as restrições de viagens atuais, como as citadas acima, criam frustração entre aqueles que esperaram tanto tempo para se reunir novamente.

Percebe-se que para manter os avanços e os efeitos do capital, sobretudo, das grandes industriais, os Estados “priorizam o crescimento e rentabilidade do lucro em detrimento à vida humana”⁵⁷ e de efetivar a dignidade dos indivíduos integrantes das famílias que separados pelas fronteiras internacionais.

Olhar para a pandemia ajuda a entender a estrutura social de uma sociedade, seus padrões de vida e as prioridades dos Estados⁵⁸.

Contudo, ao volver políticas internacionais à união dos entes familiar separados pelas fronteiras internacionais, dará condições ao aperfeiçoamento e progresso humano, tendo a solidariedade social como fundamento da família, e o afeto que move os indivíduos como mola propulsora⁵⁹, mesmo porque

a família tem o seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço da humanidade e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes.⁶⁰

Além disso, tal momento está dando visibilidade às diferentes formas de família existentes no globo. Quando alguns países que integram a União Europeia, como Bulgária, Letônia, Lituânia, Polônia, Romênia e Eslováquia, não reconhecem, por exemplo, uma união estável para além daquela formalizada, se pauta em um modelo de família matrimonializada, de base patrimonialista e conservadora. Inobserva que há pessoas que têm filhos e não são casadas; que a formação dos arranjos familiares não se ajusta apenas pelo casamento, pela formalização. Principalmente, porque a união homoafetiva é uma realidade mundial e não se pode desprezar que as dignidades desses indivíduos também precisam ser efetivadas.

⁵⁷ HARVEY, D. Política anticapitalista em tempos de COVID-19. **Blog da Boitempo**, 2020.

⁵⁸ SNOWDEN, F. M. **Epidemics and society: from the black death to the present**, 2019.

⁵⁹ FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. *Op. Cit.* p. 35.

⁶⁰ *Ibid.*

Como a intenção dessas pessoas não é fazer turismo, elas estão dispostas a aceitar qualquer tipo de medida sanitária, como confinamento doméstico, para que possam se unir aos seus entes queridos.

CONCLUSÃO

O modelo de sociedade global e capitalizada permitiu, por meio dos diversos meios tecnológicos, facilidade em se estabelecer relações afetivas/ amorosas com pessoas de outras nacionalidades

De acordo com o IBGE, em 2009, no Brasil, existiam mais de 8 mil casais binacionais. Segundo divulgado no site Alemão DW, cresceu, nos últimos três anos, o número de famílias multiculturais (ou binacionais), formadas por entes de nacionalidades distintas e que continuam residindo em seus países de origem, mas com datas certas para se encontrarem, para estarem juntos.

Fato é que o momento atual, do pós Covid-19, mostra que o vírus é fruto de uma sociedade globalizante e tecnológica, ao ultrapassar as fronteiras e demonstrar seu poderio frente às políticas de saúde pública mundial e acabar por desvelar as fragilidades dos chefes de Estados em governar suas nações.

Mas para além, a crise sanitária impactou as relações humanas e familiares. Famílias compostas por entes de nacionalidades distintas estão separadas pelas fronteiras, impedidas de estarem juntas em decorrência das políticas de isolamento dos Estados e pela suspensão de emissão de novos vistos; medidas utilizadas pelos Estados no combate à propagação da Covid-19.

Mesmo que o afeto tenha ganhado valor jurídico, vez que os Estados ocidentais compreendem a família por um conceito aberto a permitir que os diversos arranjos familiares mereçam proteção jurídica, os chefes de Estados fecharam suas fronteiras, sobretudo aéreas e terrestres, desprezando as diversas formas de famílias esparramadas pelo globo.

Mesmo que na atual sociedade contemporânea a família matrimonializada não detenha o monopólio como forma de constituição, ao revés, cresce o número de famílias informais, por meio deste artigo pôde-se verificar que os Estados ainda hierarquizam o matrimônio em detrimento a outros arranjos familiares.

Mas ao olhar para a pandemia ajuda-nos a entender a estrutura de uma sociedade, seus padrões de vida e as prioridades dos Estados, porque ao fechar as fronteiras para essas famílias, pauta-se na ideia globalizante de que as relações humanas são voláteis e substituíveis. Mostra-se que o importante no combate ao Covid-19 é manter a hegemonia econômica.

Mas fato é que, o medo da morte que assola parte da população, em decorrência da volatilidade na transmissão dos vírus, tem feito com que os humanos pensem em suas relações não pelo aspecto da consuntibilidade e sim pela afetividade. A família passa a ser vista como lócus de segurança.

Ao se restringir a união dessas famílias, criam-se frustrações entre aqueles que esperaram tanto tempo para se reunir, provoca danos nos entes das famílias, inclusive psicológicos, bem como existenciais, por terem frustrados seus projetos familiares, de estarem com seus entes em um momento de crise mundial.

Mas fato é que o afeto ganhou valor jurídico, não econômico, e, ante a ausência de valor econômico que este produz, os Estados não se voltam a políticas internacionais com vistas a manter unidas famílias formadas por entes de nacionalidades distintas. Infelizmente, efetivar a dignidade dessas pessoas não é prioridade estatal.

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, C. A. **Valor jurídico do afeto nas relações do direito de família:** construindo o saber jurídico. 2006. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Centro Universitário Eurípides, Marília, 2006. Disponível em: <<https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/698/Valor%20Jur%c3%addico%20do%20Afeto%20nas%20Rela%c3%a7%c3%b5es%20do%20Direito%20de%20Fam%c3%adlia%3a%20Construindo%20o%20Saber%20Jur%c3%addico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE TRANSPORTE AÉREO. Mapa de regulamentos de viagem Covid-19. IATA, Montreal, [2020]. Disponível em: <<https://www.iatatravelcentre.com/international-travel-document-news/1580226297.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BARROS, S. R. de. **Direitos humanos da família: principais e operacionais.** Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principiais-e-operacionais.cont#:~:text=H%C3%A1%20direitos%20que%20lhe%20promovem,o%20direito%20%C3%A0%20paternidade%2C%20%C3%A0>>. Acesso em: 16 fev. 2011

BAUMAN, Z. **Amor líquido:** sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

_____. **Danos colaterais:** desigualdades sociais numa era global. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional.** 16. ed. São Paulo: Malheiros: 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 jul. 2020.

_____. Portaria Interministerial nº 255, de 22 de maio de 2020. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 maio 2020. Seção 1, p. 1 Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-255-de-22-de-maio-de-2020-258114133>>. Acesso em 16 jul. 2020.

CANADA. **Coronavirus disease (covid-19):** who can travel to Canada: citizens, permanent residents, foreign nationals and refugees. Toronto: Canada, 2020. Disponível em: <<https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/coronavirus-covid19/travel-restrictions-exemptions.html#immediate>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

CANOTILHO, J. J. G. Princípios entre a sabedoria e a aprendizagem. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 82, p. 1-14, 2006.

CAVALCANTI, C. de A. **Famílias pós-modernas**: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juriá, 2016.

COMISSÃO EUROPEIA. Viagens e transportes durante a pandemia de coronavírus. **Comissão Europeia**, Lisboa, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/travel-and-transportation-during-coronavirus-pandemic_pt>. Acesso em: 17 jul. 2020.

DIAS, M. B. Adoção e a espera do amor. **LFG**: Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, São Paulo, [2010]. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20071214145743212&mode=print>. Acesso em: 27 fev. 2010.

_____. **União homoafetiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **União homoafetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

EL TASSE, A. **A crise no poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2004.

FARIA, J. E. Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON LAW AND JUSTICE IN THE 21ST CENTURY, Coimbra, 2003. **Annals...** Coimbra: [s.n.], 2003. p. 1.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil**: famílias. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERREIRA, L. C.; COSTA, C. de F. L.; PAULA, J. T. S. dos S. e. O enigma da pandemia do Covid-19: solidariedade, formação humana e cidadania em tempos difíceis. **Augustus**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 51, p. 150-164, jul./out. 2020. Disponível em: <<https://revistas.unisuam.edu.br/index.php/revistaaugustus/article/view/562/296>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

GONÇALVES, R. **O nó econômico**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

HARRIS, S. Canadian-American couple forced apart at border after they couldn't prove common-law status. **CBC**, Toronto, 28 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.cbc.ca/news/canada/canada-u-s-border-couples-government-1.5628647>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

HARVEY, D. **O enigma do capital**: e as crises do capitalismo. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. Política anticapitalista em tempos de COVID-19. **Blog da Boitempo**, São Paulo, 24 mar. 2020. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2020/03/24/david-harvey-politica-anticapitalista-em-tempos-de-coronavirus/>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

LOPEZ-MUÑIZ, J. L. M. La familia em La Constitucion española. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. 20, n. 48, p. 11-43, 2000.

NEUSTAETER, B. Canadian border closure keeping couple apart despite cancer diagnosis. **CTV News**, Toronto, 10 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.ctvnews.ca/health/coronavirus/canadian-border-closure-keeping-couple-apart-despite-cancer-diagnosis-1.5017735>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

PEREIRA, R. da C. Princípio da afetividade. In: DIAS, M. B. (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 194.

PESSANHA, J. F. A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Santo Agostinho, 19 dez. 2011. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org>>.

br/artigos/788/A+afetividade+como+princ%C3%ADpio+fundamental+para+a+estruturação+familiar>. Acesso em: 22 jul. 2020.

SANTOS, B. de S. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina, 2020.

_____. **O coronavírus, o nosso contemporâneo**. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Boaventura_O%20coronav%C3%ADrus%20nosso%20contempo%C3%A2neo_6Maio2020.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

_____. **Virus**: todo lo sólido se desvanece en el aire. [S.l.]: [s.n.], [2020]. Disponível em: <https://fes-sociologia.com/uploads/public/Boaventura_Virus%20Todo%20lo%20que%20es%20solido_17Marzo2020.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

SILVA, P. G. A.; SOARES, A. C. T. A afetividade no direito de família brasileiro: a falta de afeto como ensejadora do dano moral. **Ciências Humanas e Sociais**, Maceió, v. 2, n. 2, p. 91-104, nov. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/fitshumanas/article/view/733>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

SNOWDEN, F. M. **Epidemics and society**: from the black death to the present. New York: Yale University Press, 2019.

SOUZA FILHO, R. de. **Gestão pública e democracia**: a burocracia em questão. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Os casais no contexto europeu. Disponível em: <<http://www.coupleseurope.eu/pt/home>>. **União Europeia**, Geneva, [2020]. Acesso em: 17 jul. 2020.

_____. Parceiros civis e parceiros registrados. **União Europeia**, Geneva, [2020]. Disponível em: <https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_pt.htm>. Acesso em: 17 jul. 2020.

_____. Pessoas que vivem em casal. **União Europeia**, Geneva, [2020]. <https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/index_pt.htm>. Acesso em: 17 jul. 2020.

VECCHIATTI, P. R. I. **Manual da homoafetividade**: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

VIANNA, R. C. O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, v. 18, n. 24, p. 511-536, 2011. Disponível em: <<https://www.revista.esmesc.org.br/re/article/viewFile/41/45>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

VON STACKELBERG, M. Engaged Canadian-American couples kept apart despite new exemption for cross-border families. **CBC**, Toronto, 20 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.cbc.ca/news/canada/manitoba/fiances-separated-canada-us-border-1.5620261>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

II - SEÇÕES DA REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA E
ACESSO À JUSTIÇA

PUBLIC DEFENDER'S OFFICE AND ACCESS TO JUSTICE

QUEM SÃO OS DEFENSORES PÚBLICOS NO BRASIL? PERFIS E TRAJETÓRIAS DE 2004 A 2017

WHO ARE PUBLIC DEFENDERS IN BRAZIL? PROFILES AND TRAJECTORIES FROM 2004 TO 2017

André Gambier Campos

Doutorado em Sociologia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH/USP

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e Escola de Direito e Ciências Sociais da Universidade Positivo (UP)

Pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e Docente da Escola de Direito e Ciências Sociais da Universidade Positivo (UP)
andre.campos@ipea.gov.br

RESUMO

O objetivo deste artigo é estudar um grupo específico de profissionais jurídicos no Brasil: aqueles que integram as Defensorias Públicas Estaduais e da União. Esses indivíduos adquiriram grande relevância após a Constituição Federal de 1988, como promotores de direitos fundamentais de extensas parcelas da população brasileira. Parcelas que sempre tiveram dificuldades para acessar as instituições do sistema de justiça – por razões como, por exemplo, a insuficiência de recursos financeiros. A ideia neste artigo é apresentar os perfis sociais e laborais dos atuais integrantes das Defensorias Públicas, bem como recuperar as suas trajetórias laborais ao longo dos últimos anos – trajetórias que podem ajudar a explicar os seus perfis atuais. O referencial teórico utilizado para a compreensão dos perfis e das trajetórias dos defensores públicos é essencialmente interdisciplinar, estando ancorado na literatura histórica, sociológica e jurídica. Já o referencial metodológico usado para delinear tanto os perfis quanto as trajetórias é de natureza quantitativa, incluindo técnicas de análise de tipo descritivo, bem como medidas de centralidade, dispersão e formato de distribuição. Por fim, os resultados encontrados mostram que, em larga medida, os perfis e as trajetórias dos defensores refletem o importante processo de valorização (ou fortalecimento) institucional das Defensorias Públicas ocorrido nas últimas décadas.

Palavras-chave: Profissionais jurídicos. Defensores públicos.

ABSTRACT

This article seeks to study a specific group of legal professionals in Brazil: the public defenders at the state and federal level. These professionals acquired great relevance after the 1988 Federal Constitution, as promoters of fundamental rights of large groups of the Brazilian population. Groups that have always had difficulties regarding the access to the institutions of justice system – for reasons such as insufficient financial resources. This study presents the social and work profiles of the current public defenders and recovers work trajectories over the past few years – which help to explain their current profiles.

The theoretical framework includes historical, sociological and legal literature. The methodological framework is quantitative, including several descriptive techniques, measures of centrality, dispersion and analysis of distributions. The results show that the defenders' profiles and trajectories reflect the important process of institutional valorization (or strengthening) of Public Defenders' Offices in the last decades in Brazil.

Keywords: Legal professionals. Public defenders.

Data de submissão: 05/03/2020

Data de aceitação: 29/05/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. ASPECTOS METODOLÓGICOS. 2. PERFIS SOCIAIS E
LABORAIS DOS DEFENSORES PÚBLICOS. 3. TRAJETÓRIAS LABORAIS DOS
DEFENSORES PÚBLICOS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é estudar um grupo específico de profissionais jurídicos no Brasil: aqueles que integram as Defensorias Públicas Estaduais e da União. São indivíduos com formação superior, escolhidos por meio de seleção pública, contratados como servidores estatutários, para atuar profissionalmente na promoção de direitos fundamentais.

Em outras palavras, o foco aqui se encontra nos defensores públicos, que adquiriram grande relevância após a Constituição Federal de 1988, como promotores de direitos de extensas parcelas vulneráveis (ou hipossuficientes) da população brasileira.

Parcelas com dificuldades históricas para acessar as instituições do sistema de justiça, que sempre exigiram recursos significativos para a solução de quaisquer demandas, envolvendo direitos relacionados a família, trabalho, previdência, saúde, educação, moradia, saneamento, transporte, segurança, entre outros.

Diante das dificuldades derivadas da ausência de recursos para demandar no sistema de justiça (recursos financeiros, temporais e até mesmo cognitivos)¹, uma possibilidade aberta a essas parcelas da população passou a ser o serviço jurídico prestado pelos defensores públicos.

¹ Em que pese algumas iniciativas históricas de mitigação dos custos de acesso ao sistema de justiça – como, por exemplo, a Lei nº 1.060/1950, que trouxe regras para a concessão de assistência judicial para indivíduos sem capacidade financeira, bem como a Lei nº 7.244/1984, que previu os chamados ‘juizados de pequenas causas’, voltados à simplificação, facilitação e aceleração do processamento de demandas judiciais. A este respeito, cf. MOREIRA, T. A constitucionalização da defensoria pública: disputas por espaço no sistema de justiça. **Opinião Pública**, p. 647-681, dez. 2017.

Do ponto de vista normativo, como se deu a afirmação das Defensorias Públicas, como instituições propulsoras do acesso à justiça no Brasil? Ainda que algumas iniciativas datem da década de 1950 (como a organização da Defensoria Pública do Rio de Janeiro), foi no processo de elaboração da Constituição de 1988 que as Defensorias ganharam força.

Em meio a disputas acirradas, envolvendo outras possibilidades², saiu vencedora do processo constituinte a assistência provida diretamente pelo Estado, por meio de servidores dedicados e permanentes, com qualificações jurídicas comprovadas, selecionados por concursos públicos, dotados de garantias estatutárias, atuando em prol dos direitos de parcelas da população sem recursos para demandar no sistema de justiça.

Em meio aos dispositivos da Constituição de 1988 que versaram sobre as Defensorias Públicas, se destacaram:

i) O artigo 5º, inciso LXXIV, que instituiu o direito à “**assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos**”;

ii) O artigo 134, *caput* e parágrafos, que atribuiu às Defensorias a condição de:

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 necessitados³.

Na esteira desses dispositivos, surgiram outros mais (constitucionais e infraconstitucionais), que delinearão novas condições de estruturação e atuação das Defensorias Públicas no país:

i) Lei Complementar nº 80/1994 – lei orgânica das Defensorias da União e dos Estados, que definiu princípios de organização e funcionamento, inclusive no que se refere aos seus membros (atribuições, garantias, vedações etc.);

ii) Emenda Constitucional nº 45/2004 – emenda de reforma do sistema de justiça brasileiro, que reforçou a autonomia das Defensorias, do ponto de vista funcional, administrativo, orçamentário e financeiro;

iii) Lei Ordinária nº 11.448/2007 – lei que ampliou as possibilidades de defesa de direitos coletivos pelas Defensorias, inclusive por

² Em 1988, outros modelos de assistência judicial já estavam em funcionamento no Brasil, como os serviços jurídicos disponibilizados pelas procuradorias estaduais de justiça, como os serviços de advocacia dativa em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil, entre outros mais. Sobre isso, cf. ALVES, C. F. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça**. 2005. 606 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. p. 274-293; bem como ASSIS, V. H. Defensoria pública: histórico, afirmação e novas perspectivas. **Revista da Defensoria Pública da União**, p. 185-209, dez. 2019. p. 191-198.

³ Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 80 de 2014.

meio da propositura de ações civis públicas (à semelhança do realizado pelos ministérios públicos);

iv) Lei Complementar nº 132/2009 – lei que reformulou a lei orgânica das Defensorias, no sentido de compatibilizá-la com a Emenda Constitucional nº 45/2004, especialmente no que se refere à ampliação dos objetivos da atuação das Defensorias;

v) Emenda Constitucional nº 80/2014 – emenda que reforçou aspectos relevantes da organização e do funcionamento das Defensorias, em sentido similar ao previsto pela Lei Complementar nº 132/2009.

Importante mencionar que, ao final de todo esse percurso normativo, que se estendeu de 1988 a 2014, as Defensorias Públicas sofreram alterações substanciais. Por um lado, a literatura mostra que sua organização se autonomizou e se fortaleceu, com ganhos bastante evidentes em termos administrativos, orçamentários, financeiros, de pessoal e assim por diante⁴.

Por outro, a literatura aponta que sua atuação se modificou. Antes, as Defensorias se dedicavam principalmente à prestação de assistência judiciária, em casos com temáticas predominantemente criminais e familiares, para indivíduos específicos, em uma infinidade de situações *ad hoc* que surgiam de forma não planejada em seu cotidiano.

Após o percurso normativo descrito, as Defensorias passaram a prover assistência jurídica (e não somente judiciária), para grupos sociais inteiros (e não apenas indivíduos), envolvidos em demandas por direitos coletivos (de natureza variada), de maneira previamente planejada (e não *ad hoc*), nas áreas mais diversas, em que se destacam os direitos humanos (como explicitado pela Lei Complementar nº 132/2009 e pela Emenda Constitucional nº 80/2014)⁵.

Para encerrar esta introdução, vale a pena dizer que, apesar de todo o fortalecimento institucional experimentado pelas Defensorias Públicas desde a Constituição de 1988, elas permanecem em posições relativamente vulneráveis no campo jurídico brasileiro⁶. Diante de instituições como a magistratura, o ministério público ou mesmo a procura-

⁴ Acerca da autonomização e do fortalecimento das Defensorias Públicas após 1988, cf. MOURA, T. *et al.* **Mapa da defensoria pública no Brasil**, 2013. p. 23-29; bem como ASSIS, V. H. *Op. Cit.*, p. 198-203.

⁵ Sobre essa mudança na atuação das Defensorias Públicas após 1988, cf. MADEIRA, L. M. **Defensoria pública e defensores no Brasil: um estudo sobre o acesso à justiça em contexto de judicialização da política**, 2011, p. 7-11; assim como VIEIRA, V. A.; RADOMYSLER, C. N. A defensoria pública e o reconhecimento das diferenças: potencialidades e desafios de suas práticas institucionais em São Paulo. **Direito GV**, p. 455-478, dez. 2015. p. 463-475.

⁶ Campo compreendido como um espaço integrado por múltiplas instituições jurídicas, que se encontram em posições distintas em termos de capitais econômicos, sociais, políticos e culturais. Tais instituições mantêm entre si variadas relações de poder, voltadas à preservação ou, por vezes, à transformação do campo em que se encontram. Tal conceito (originalmente formulado pelo filósofo/sociólogo Pierre Bourdieu) é desenvolvido em ALMEIDA, F. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil**. 2010. 329 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 37-48; bem como em ENGELMANN, F. **Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do direito**, 2006, p. 48-72.

doria estatal, as Defensorias continuam com estrutura física mais precária, instalada em número insuficiente de locais, com contingente de pessoal mais reduzido, remunerado com valores quase sempre inferiores e assim por diante.

Parte da literatura afirma que isso é devido apenas à organização mais recente das Defensorias no país (mais recente que a da magistratura e a do ministério público, por exemplo). Contudo, outra parte menciona que isso tem a ver com a própria população que utiliza os serviços das Defensorias – uma população predominantemente situada nas escalas inferiores da hierarquia econômica, social e política brasileira⁷. Seja como for, todos esses pontos serão recuperados mais à frente, na análise dos perfis e das trajetórias dos defensores públicos.

1. ASPECTOS METODOLÓGICOS

Neste artigo, enfocam-se os defensores em atividade nas Defensorias Públicas dos Estados e, também, da União. Por um lado, o intuito é descrever os perfis sociais e laborais desses profissionais no ano de 2017, incluindo análises de sexo, idade, instrução, tempo de emprego e remuneração. Por outro, o objetivo é desenhar as trajetórias laborais percorridas por esses profissionais entre os anos de 2004 e 2017, destacando os variados setores de atividade, tipos de emprego, remunerações auferidas etc.

A fonte de dados principal é a Relação Anual de Informações Sociais da Secretaria de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia do Governo Federal (RAIS/ME)⁸. Esta fonte oferece dados identificados até o nível de indivíduos, o que permite a realização de análises longitudinais de trajetórias laborais, com identificação das posições ocupadas pelos indivíduos a cada momento de sua história no mercado de trabalho.

A RAIS/ME enfoca essencialmente as posições ocupadas no mercado de trabalho assalariado e registrado. Em outras palavras, essa fonte de dados revela os empregos que os atuais defensores públicos tiveram ao longo de sua história laboral. E um aspecto a ser destacado diz respeito aos tipos de empregos que constam da RAIS/ME, que estão referenciados na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO).

A CBO é uma taxonomia voltada à identificação de todos os tipos de empregos existentes no mercado laboral. Ela já possui décadas de uso, tendo sido elaborada originalmente em 1977, por uma parceria técnica entre o governo brasileiro e a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Ela é padronizada, parametrizada e categorizada de forma a permitir uma série de comparações internacionais. Ademais, ela é atualizada com regularidade, para dar conta de todas as modificações que ocorrem nos empregos existentes no mercado de trabalho.

⁷ A este respeito, cf. SANTOS, A. F. Defensoria pública do Rio de Janeiro e sua clientela. **Chapecó**, p. 107-126, jun. 2013. p. 122-123.

⁸ A RAIS/ME conta com descrição disponível no sítio eletrônico disponível em: <<http://pdet.mte.gov.br/rais>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

A CBO é utilizada neste artigo para verificar em que tipos de empregos os atuais defensores públicos trabalharam, antes de começarem a atuar em suas Defensorias. As informações que permitem essa análise estão presentes nas tabelas 2 e 3, apresentadas mais à frente. E, ainda que tais informações por vezes apresentem algumas limitações para a análise dos empregos na área jurídica, elas são as melhores, mais detalhadas e mais atualizadas informações sobre tipos de empregos disponíveis em fontes de dados de natureza quantitativa de âmbito nacional⁹.

Ainda a respeito da RAIS/ME, mencione-se que a base de dados do ano de 2017 é a mais recente disponível, oferecendo informações sobre defensores em atividade em 19 Defensorias Públicas Estaduais espalhadas pelo Brasil, bem como em atividade na Defensoria Pública da União. Em meio às Defensorias Estaduais, a RAIS/ME apenas não oferece informações sobre os defensores dos estados do Acre, Amapá, Tocantins, Alagoas, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará e São Paulo.

Mais além da RAIS/ME, uma fonte de dados acessória, também utilizada neste artigo, é o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Economia (CNPJ/ME)¹⁰. Esta fonte oferece dados individualmente identificados, de modo que também possibilita a construção de análises longitudinais.

Mas, ao contrário da RAIS/ME, que enfoca as posições ocupadas pelos indivíduos no mercado de trabalho assalariado e registrado, o CNPJ/ME abre o foco para o mercado não assalariado, em que estão indivíduos ocupados como microempreendedores, sócios de pequenos empreendimentos etc. Isso é importante, pois, na área jurídica, é comum o trabalho como sócio de escritório de advocacia, em algum momento da trajetória pretérita dos indivíduos.

Por fim, para encerrar esta breve seção de aspectos metodológicos, mencione-se que as técnicas de análise aplicadas à RAIS/ME e ao CNPJ/ME consistem na elaboração e na análise de estatísticas de tipo descritivo. Como será visto mais à frente, neste artigo, utilizam-se diversas estatísticas descritoras de centralidade (como a média e a mediana), de dispersão (como o desvio-padrão) e, adicionalmente, de formato de distribuição.

2. PERFIS SOCIAIS E LABORAIS DOS ATUAIS DEFENSORES PÚBLICOS

Em linhas gerais, quem são os defensores públicos em atividade nas Defensorias Estaduais e da União no momento mais atual? A partir das informações da tabela 1, é possível traçar uma espécie de perfil típico, de natureza social e laboral.

De um ponto de vista social, pode-se dizer que os defensores estão quase igualmente divididos entre o sexo feminino e o masculino, bem como possuem idade média de 42

⁹ Para mais detalhes a respeito da CBO, cf. o sítio eletrônico disponível em: <<http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/home.jsf>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

¹⁰ O CNPJ/ME conta com descrição disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/orientacao/tributaria/cadastros/cadastro-nacional-de-pessoas-juridicas-cnpj/dados-publicos-cnpj>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

anos. Poucos deles têm pós-graduação *stricto sensu* (mestrado ou doutorado), ainda que, obviamente, todos tenham graduação superior (na área jurídica).

Paralelamente, de uma perspectiva laboral, pode-se afirmar que os defensores estão há um prazo elevado em suas Defensorias Públicas (média de 11,6 anos), bem como desempenham atividades bem remuneradas (média de R\$ 28,60 mil brutos por mês – em R\$ atualizados para novembro de 2019)¹¹.

Tabela 1 – Perfis sociais e laborais dos atuais defensores públicos – Brasil – 2017

Sexo		%	
Masculino		49,3	
Feminino		50,7	
Total		100,0	

Instrução		%	
Superior completo		97,4	
Mestrado/Doutorado completo		2,7	
Total		100,0	

Idade	Média	Desvio-padrão	Mediana
Em nº anos	42,0	10,0	39,0

Tempo de emprego	Média	Desvio-padrão	Mediana
Em nº anos	11,6	8,1	9,9

Remuneração no emprego	Média	Desvio-padrão	Mediana
Em R\$ de nov.2019	28.599,45	7.500,80	28.130,59

Fonte: Microdados da RAIS/ME. Elaboração própria do autor.

Enfim, como síntese das informações apresentadas nesta seção, verifica-se que os defensores públicos são tipicamente profissionais de meia-idade, com instrução superior, enraizados há tempos em suas Defensorias, realizando atividades bastante valorizadas. Ademais, chama a atenção a expressiva presença feminina em meio a esses profissionais.

Apenas a título de complemento, vale a pena comparar todas essas informações sociais e laborais com aquelas de integrantes de outras instituições relevantes do campo jurídico brasileiro – como a magistratura, por exemplo. Ainda que não sejam o foco específico

¹¹ Todos os valores monetários apresentados neste artigo estão em R\$ atualizados para novembro de 2019 – atualização por meio do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (modalidade geral) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IPCA-Geral/IBGE).

deste artigo, essas informações de integrantes de outras instituições podem ser encontradas em diversos estudos de natureza sociológica e jurídica, publicados no país nas últimas décadas¹².

3. TRAJETÓRIAS LABORAIS DOS ATUAIS DEFENSORES PÚBLICOS

No período entre 2004 e 2017, quais foram as trajetórias percorridas pelos defensores públicos no âmbito do mercado laboral? Ainda que alguns, logo após a graduação superior, possam já ter iniciado suas atividades profissionais nas Defensorias e como defensores, vários outros têm um histórico de múltiplas inserções em outras instituições e em outras ocupações.

Mesmo que de forma abreviada, a ideia nesta seção é recuperar alguns traços dessas variadas inserções, que podem acrescentar aspectos interessantes para o entendimento de quem são os defensores públicos atualmente em atividade nas Defensorias Estaduais e da União.

No ano de 2004, início da série histórica aqui estudada, menos da metade dos atuais defensores públicos estava empregada (ou seja, trabalhando de maneira assalariada e registrada). No entanto, como é possível observar no gráfico 1, essa proporção aumentou reiteradamente, ano após ano, até chegar aos 100,0% no ano de 2017.

Em todo o período entre 2004 e 2017, o trabalho por meio da constituição de pessoas jurídicas (ou mediante a participação como sócios em pessoas jurídicas), como costuma ocorrer na advocacia privada¹³, sempre se mostrou bastante reduzido. O máximo de defensores trabalhando nessa situação nunca passou de 2,5%, como indica o gráfico 1.

Se houve uma inserção progressiva dos atuais defensores públicos no mercado de trabalho (principalmente no mercado assalariado e registrado), houve também uma prevalência crescente do setor público como setor de inserção. Em 2004, essa prevalência já era clara (89,4% estavam em órgãos e entidades públicos); e, nos anos seguintes, ela só se tornou mais evidente (gráfico 2).

¹² A respeito de tais estudos, cf. SADEK, M.; BENETI, S.; FALCÃO, J. **Magistrados**: uma imagem em movimento, 2006, p. 13-31; bem como VIANNA, L. W.; CARVALHO, M.; BURGOS, M. **Quem somos**: a magistratura que queremos, 2018, p. 236-310.

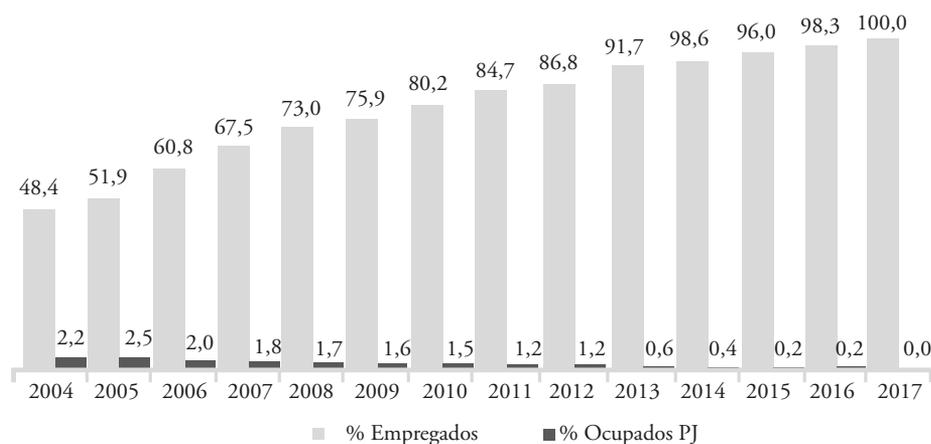
¹³ O tipo de trabalho por meio da constituição de pessoas jurídicas (ou mediante a participação como sócios em pessoas jurídicas), que é bastante comum na advocacia privada, é analisado, em distintos momentos e sob diferentes óticas, por CUNHA, L. G.; BONELLI, M. G.; SILVEIRA, M. N. Sociedades de advogados e tendências profissionais. **Direito GV**, p. 111-137, 2007, p. 114-118; por FALCÃO, J. Mercado de trabalho e ensino jurídico. **Fórum Educacional**, p. 3-18, mar. 1983. p. 8-16; e por FONTAINHA, F. Como se faz um advogado no Brasil e na França: um breve ensaio comparativo e crítico. **Direito UnB**: Revista de Direito da Universidade de Brasília, p. 67-86, jul. 2014. p. 76-81.

Já no que se refere aos tipos de empregos em que os atuais defensores públicos estiveram inseridos ao longo da série histórica (empregos identificados por meio da Classificação Brasileira de Ocupações – CBO), é possível perceber fenômenos variados¹⁴. Em primeiro lugar, destaque-se a proporção daqueles que já eram defensores no ano de 2004 (31,1%), proporção que só aumentou nos anos subsequentes (tabelas 2 e 3).

Em segundo lugar, desde 2004, os atuais defensores estiveram em empregos típicos do setor público, como dirigentes de serviço público, oficiais de justiça, escreventes de justiça, auxiliares judiciários, atendentes judiciários, delegados de polícia, agentes de polícia etc. E, como pode ser examinado nas tabelas 2 e 3, esse destaque da inserção no setor público só cresceu ao longo do tempo.

Em terceiro lugar, desde o ano de 2004, os atuais defensores estiveram em empregos demandantes de conhecimentos jurídicos – ou, mais especificamente, demandantes de graduações superiores na área do direito –, como os de advogados, consultores jurídicos, professores de direito, delegados de polícia, entre outros. Note-se que essa prevalência de empregos com ‘conteúdos’ jurídicos só se ampliou no decorrer dos anos (tabelas 2 e 3).

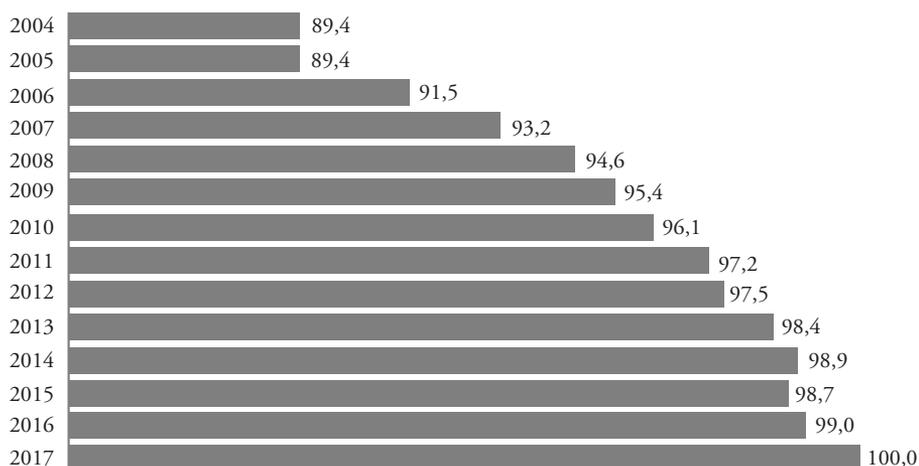
Gráfico 1 – Proporção dos atuais defensores públicos empregados ou ocupados como pessoa jurídica em anos pretéritos – Brasil – 2004 a 2017 (em %)



Fonte: Microdados da RAIS/ME e do CNPJ/ME. Elaboração própria do autor.

¹⁴ A taxonomia da CBO é utilizada para verificar em que tipos de empregos os atuais defensores públicos trabalharam, antes de iniciarem suas atividades profissionais nas Defensorias. Ainda que essa taxonomia por vezes apresente limitações para a análise dos empregos específicos da área jurídica, ela disponibiliza as melhores, mais detalhadas e mais atualizadas informações sobre tipos de empregos nas fontes de dados de natureza quantitativa de âmbito nacional. A este respeito, verificar a seção de aspectos metodológicos, mais acima neste artigo.

Gráfico 2 – Proporção dos atuais defensores públicos empregados no setor público em anos pretéritos – Brasil – 2004 a 2017 (em %)



Fonte: Microdados da RAIS/ME. Elaboração própria do autor.

Tabela 2 – Tipos de empregos (CBO) dos atuais defensores públicos em anos pretéritos – Brasil – 2004 e 2008 (em %)¹⁵

Tipo de emprego em 2004	%	Tipo de emprego em 2008	%
Defensor público	31,1	Defensor público	46,3
Auxiliar de escritório	23,9	Auxiliar de escritório	19,1
Dirigente do serviço público estadual	10,1	Dirigente do serviço público estadual	10,5
Assistente administrativo	6,1	Assistente administrativo	3,6
Advogado	4,0	Dirigente do serviço público federal	2,9
Dirigente do serviço público federal	2,5	Advogado	2,5
Escrevente	2,2	Auxiliar de serviços jurídicos	2,0
Consultor jurídico	2,1	Consultor jurídico	1,6
Oficial de justiça	1,9	Auxiliar de judiciário	1,1
Auxiliar de serviços jurídicos	1,8	Escrevente	0,9
Professor de ens. superior – direito	1,3	Programador de sistemas de informação	0,6
Escriturário de banco	0,9	Procurador da assistência judiciária	0,5

¹⁵ Para a definição extensa e, ao mesmo tempo, precisa de cada um dos tipos de empregos que constam das tabelas 2 e 3, verificar a CBO disponível em: <<http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/pesquisas/BuscaPorTitulo.jsf>>. Acesso em 22 maio 2020.

Tipo de emprego em 2004	%	Tipo de emprego em 2008	%
Programador de sistemas de informação	0,9	Secretária(o) executiva(o)	0,5
Auxiliar de judiciário	0,8	Professor de ens. superior – direito	0,5
Delegado de polícia	0,6	Escriturário de banco	0,4
Atendente de judiciário	0,5	Professor ens. superior – didática	0,3
Dirigente do serviço público municipal	0,4	Advogado de empresa	0,3
Professor ens. superior – didática	0,4	Administrador	0,3
Professor de ens. superior – prát. ensino	0,4	Oficial de justiça	0,3
Vendedor de comércio varejista	0,4	Delegado de polícia	0,3
Secretária(o) executiva(o)	0,3	Atendente de judiciário	0,3
Tabelião de notas	0,3	Dirigente do serviço público municipal	0,2
Supervisor administrativo	0,3	Outros	5,0
Digitador	0,3	Total	100,0
Agente de polícia federal	0,3		
Analista de redes e de comunicação	0,2		
Advogado de empresa	0,2		
Procurador do estado	0,2		
Escrivão judicial	0,2		
Recepcionista, em geral	0,2		
Policia rodoviário federal	0,2		
Professor de nível médio – ensino fundam.	0,2		
Outros	5,0		
Total	100,0		

Fonte: Microdados da RAIS/ME. Elaboração própria do autor.

Tabela 3 – Tipos de empregos (CBO) dos atuais defensores públicos em anos pretéritos – Brasil – 2008 e 2012 (em %)

Tipo de emprego em 2008	%	Tipo de emprego em 2012	%
Defensor público	46,3	Defensor público	74,6
Auxiliar de escritório	19,1	Dirigente do serviço público estadual	11,0
Dirigente do serviço público estadual	10,5	Assistente administrativo	2,5
Assistente administrativo	3,6	Advogado	2,3
Dirigente do serviço público federal	2,9	Auxiliar de serviços jurídicos	1,3
Advogado	2,5	Operador de máquinas-ferramenta	0,9
Auxiliar de serviços jurídicos	2,0	Consultor jurídico	0,7
Consultor jurídico	1,6	Dirigente do serviço público federal	0,7
Auxiliar de judiciário	1,1	Auxiliar de judiciário	0,6
Escrevente	0,9	Procurador da assistência judiciária	0,5
Programador de sistemas de informação	0,6	Procurador federal	0,1
Procurador da assistência judiciária	0,5	Outros	5,0
Secretária(o) executiva(o)	0,5	Total	100,0
Professor de ens. superior – direito	0,5		
Escriturário de banco	0,4		
Professor ens. superior – didática	0,3		
Advogado de empresa	0,3		
Administrador	0,3		
Oficial de justiça	0,3		
Delegado de polícia	0,3		
Atendente de judiciário	0,3		
Dirigente do serviço público municipal	0,2		
Outros	5,0		
Total	100,0		

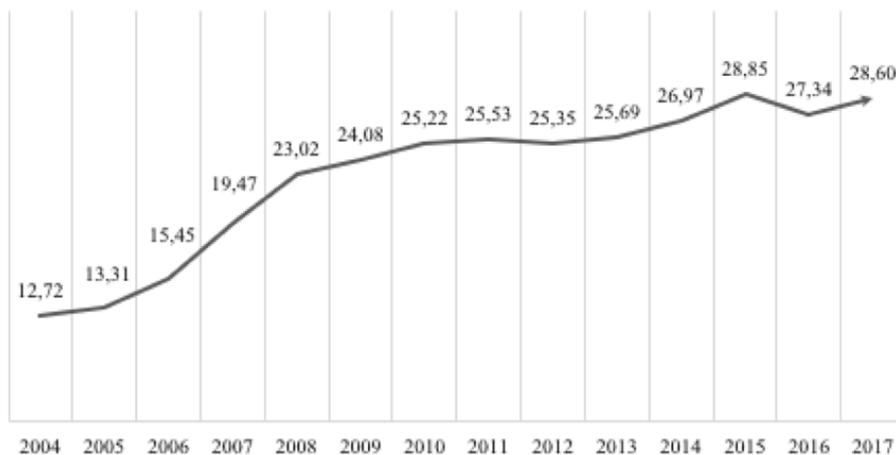
Fonte: Microdados da RAIS/ME. Elaboração própria do autor.

Por fim, para a compreensão das trajetórias percorridas pelos atuais defensores públicos no âmbito do mercado laboral, também é interessante analisar as remunerações por eles recebidas em cada um dos últimos anos – como defensores públicos ou como empregados em outros vínculos, como visto acima.

De modo geral, as remunerações expostas no gráfico 3 e na tabela 4 mostram que os atuais defensores públicos experimentaram uma mobilidade social ascendente e bastante acentuada no período. Se, em 2004, a média de sua remuneração bruta mensal era de R\$ 12,72 mil (em R\$ de novembro de 2019); em 2017, ela foi de R\$ 28,60 mil (*idem*).

Mesmo considerando que o mercado de trabalho brasileiro experimentou um grande dinamismo nas últimas décadas¹⁶, esse incremento remuneratório de 124,9% não deixa de ser muito expressivo, indicando que os defensores públicos vivenciaram um processo de mobilidade social ascendente e marcante¹⁷.

Gráfico 3 – Remuneração bruta mensal dos atuais defensores públicos em anos pretéritos – Brasil – 2004 a 2017 (em R\$ mil de nov. 2019)



Fonte: Microdados da RAIS/ME. Elaboração própria do autor.

Tabela 4 – Remuneração bruta mensal dos atuais defensores públicos em anos pretéritos – Brasil – 2004 a 2017 (em R\$ mil de nov. 2019 e em %)

	Média (em R\$ Nov.2019)	Desvio-padrão (em R\$ Nov.2019)	Varição anual da média (em %)
2004	12.715,00	8.386,33	-
2005	13.313,77	8.254,83	4,7
2006	15.448,53	9.736,65	16,0
2007	19.465,12	15.710,61	26,0
2008	23.017,62	18.484,41	18,3
2009	24.080,98	17.344,20	4,6
2010	25.224,54	16.101,12	4,7
2011	25.531,90	14.871,03	1,2
2012	25.345,71	11.075,07	-0,7

¹⁶ Quanto a isso, cf. ULYSSEA, G.; BARBOSA, A. L. **Um retrato de duas décadas do mercado de trabalho brasileiro utilizando a Pnad**, 2013, p. 7-15.

¹⁷ A respeito dos vários aspectos envolvidos nesse processo de mobilidade dos defensores públicos, cf. CUNHA, A. Public defender's offices in Brazil: access to justice, courts and public defenders. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, p. 30-41, jan. 2020. p. 35-37.

	Média (em R\$ Nov.2019)	Desvio-padrão (em R\$ Nov.2019)	Variação anual da média (em %)
2013	25.687,61	10.519,52	1,3
2014	26.970,61	10.606,34	5,0
2015	28.854,51	11.354,09	7,0
2016	27.335,80	8.934,96	-5,3
2017	28.599,45	7.500,80	4,6
Variação 2017-2004 (em R\$ Nov.2019)	15.884,45	-	-
Variação 2017-2004 (em %)	124,9	-	-

Fonte: Microdados da RAIS/ME. Elaboração própria do autor.

Apenas como um complemento da análise acima, que enfoca a mobilidade social experimentada pelos defensores públicos entre 2004 e 2017, a tabela 5 disponibiliza informações sobre a intensidade dessa mobilidade, de acordo com três atributos dos defensores: o sexo, a idade e a instrução.

No que se refere ao sexo, desde o momento de sua entrada no mercado de trabalho até o momento mais recente (o ano de 2017), as mulheres tiveram um avanço médio de R\$ 15,74 mil em sua remuneração; ao passo que, no caso dos homens, esse avanço foi de R\$ 15,88 mil. Ocorre que a diferença entre ambos os grupos de defensores (R\$ 0,14 mil) não é estatisticamente significativa (probabilidade associada de 0,59)¹⁸.

Quanto à idade, os mais jovens registraram um avanço remuneratório de R\$ 14,97 mil entre o instante de sua entrada no mercado laboral e o instante mais recente; sendo que, no caso dos mais velhos, esse avanço correspondeu a R\$ 16,64 mil. E a diferença entre ambos os grupos de defensores públicos (R\$ 1,67 mil) é significativa, estatisticamente falando (probabilidade de 0,00).

¹⁸ Apenas a título de esclarecimento, de acordo com a teoria estatística, quando se realiza uma análise comparativa de médias (tal como efetuado com as informações da tabela 5), sempre é necessário verificar se eventuais diferenças de médias constatadas entre grupos (como os de sexo, idade ou instrução) não são devidas a mero acaso estatístico (ou mera aleatoriedade estatística). E essa verificação é realizada enfocando-se o valor da probabilidade de a diferença entre grupos ser igual a zero (valor presente na última coluna à direita da tabela 5 – coluna intitulada “*Probabilidade (Diferença = 0)*”). Como regra, quando esse valor de probabilidade é superior a 0,05 (ou seja, 5,0%), afirma-se que as diferenças de médias constatadas entre os grupos não são significativas (são devidas a mero acaso estatístico). Na tabela 5, isso ocorre especificamente com as diferenças entre os grupos feminino e masculino, que têm probabilidade igual a 0,59. Por outro lado, quando esse valor de probabilidade é inferior a 0,05 (ou seja, 5,0%), diz-se que as diferenças de médias constatadas entre os grupos são significativas (não são devidas a mera aleatoriedade estatística). Na tabela 5, isso ocorre com as diferenças entre os grupos de idade (probabilidade igual a 0,00) e de instrução (probabilidade igual a 0,01). Por isso é que, interpretando as informações da tabela 5, afirma-se que a mobilidade social vivenciada pelos defensores públicos no período entre 2004 e 2017 diferiu de acordo com sua idade e instrução, mas não segundo seu sexo. Uma explicação mais detalhada deste ponto específico da teoria estatística pode ser encontrada em TRIOLA, M. **Introdução à estatística**, 2005, p. 334-376.

No que concerne à instrução, do momento de sua entrada no mercado de trabalho até o momento mais recente, aqueles com superior completo tiveram um avanço médio de R\$ 15,75 mil em sua remuneração; ao passo que, no caso daqueles com mestrado ou doutorado, esse avanço foi de R\$ 17,96 mil¹⁹. E a diferença entre ambos os grupos de defensores (R\$ 2,21 mil) é estatisticamente significativa (probabilidade de 0,01).

Ou seja, há diversos indícios de que a mobilidade social vivenciada pelos defensores públicos no período entre 2004 e 2017 diferiu bastante de acordo com sua idade e instrução. Entretanto, não diferiu segundo seu sexo: aparentemente, defensores do sexo masculino e feminino experimentaram mobilidade semelhante no período.

Tabela 5 – Comparação da variação média da remuneração dos atuais defensores públicos entre o momento inicial (ano variável) e final (2017) da trajetória – Brasil (em R\$ mil de nov. 2019)

Sexo	Média (R\$)	Desvio-padrão (R\$)	Probabilidade (Diferença = 0)
Feminino	15.736,51	9.034,44	-
Masculino	15.878,91	9.199,45	-
Grupos combinados	15.806,73	9.115,49	-
Diferença entre grupos	-142,40	-	0,59

Obs: Comparação de médias de grupos independentes com variâncias similares (verificadas mediante teste prévio de variâncias).

Idade	Média (R\$)	Desvio-padrão (R\$)	Probabilidade (Diferença = 0)
Até 39 anos de idade	14.969,94	10.283,39	-
40 anos ou +	16.644,58	7.683,68	-
Grupos combinados	15.806,73	9.115,49	-
Diferença entre grupos	-1.674,64	-	0,00

Obs: Comparação de médias de grupos independentes com variâncias distintas (verificadas mediante teste prévio de variâncias).

Instrução	Média (R\$)	Desvio-padrão (R\$)	Probabilidade (Diferença = 0)
Superior completo	15.748,18	9.091,10	-
Mestrado/Doutorado	17.956,54	9.767,76	-
Grupos combinados	15.806,73	9.115,49	-
Diferença entre grupos	-2.208,35	-	0,01

Obs: Comparação de médias de grupos independentes com variâncias similares (verificadas mediante teste prévio de variâncias).

Fonte: Microdados da RAIS/ME. Elaboração própria do autor.

¹⁹ Ressalte-se que a idade e a instrução aqui consideradas são as mais elevadas alcançadas no ano de 2017.

Como síntese das principais informações expostas nesta seção, pode-se afirmar que, ao longo de todo o período de análise, as trajetórias dos defensores públicos foram construídas essencialmente dentro do âmbito estatal (órgãos e entidades municipais, estaduais e federais). Em paralelo, essas trajetórias podem ser caracterizadas como basicamente jurídicas (ano após ano, há uma participação cada vez mais ampla de ocupações típicas do mundo do direito). Além disso, essas trajetórias apontam para uma mobilidade bastante expressiva dos defensores na estrutura social brasileira (como indicado pelas remunerações, cujos valores reais aumentam bastante entre 2004 e 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo é estudar os defensores públicos, que têm sob sua responsabilidade a promoção de direitos fundamentais de uma população que sofre com insuficiências de recursos de variados tipos. Os defensores viabilizam o acesso dessa população ao sistema de justiça, em que é possível demandar direitos individuais e coletivos, relacionados a diversas temáticas – como família, trabalho, previdência, saúde, educação, moradia, saneamento, transporte, segurança, entre outras mais.

Sabe-se que os defensores são indivíduos com capacitação jurídica, selecionados mediante concurso público, contratados sob regime estatutário, atuando profissionalmente na promoção de direitos fundamentais, a partir do próprio aparelho estatal. Não obstante, de uma perspectiva social e laboral, ainda cabe a pergunta: quem são os defensores públicos em atividade nas Defensorias?

Em linhas gerais, os defensores são indivíduos em sua meia-idade, mulheres e homens em proporções quase iguais, com graduação superior na área jurídica, trabalhando há um tempo considerável em suas Defensorias, desenvolvendo atividades bastante valorizadas (inclusive do ponto de vista remuneratório).

Um pouco mais além, cabe outra pergunta: de um ponto de vista laboral: quais as trajetórias percorridas pelos defensores públicos, até chegarem às Defensorias? Alguns fenômenos chamam a atenção, a começar pelas trajetórias quase inteiramente construídas na esfera estatal, pois desde o início do período de análise se destacam inserções em órgãos e entidades municipais, estaduais e federais. Em alguma medida, isso aponta para um processo de socialização laboral bastante interessante dos defensores, em que se destaca a preocupação com valores que são próprios do âmbito público, valores que dizem respeito ao coletivo da população.

Outro fenômeno que atrai a atenção é que, desde o começo do período em análise, as trajetórias foram construídas principalmente no campo jurídico, como mostra a prevalência sempre crescente de ocupações como advogados, consultores jurídicos, professores de direito, delegados de polícia etc. Isso indica que os defensores não são propriamente neófitos na esfera jurídica: eles passaram por um longo e denso processo de socialização laboral, em que se destacou a preocupação constante com o mundo dos direitos, tanto individuais quanto coletivos, vinculados às mais variadas temáticas.

Por fim, outro fenômeno a mencionar é a experiência de mobilidade social dos defensores ao longo de suas trajetórias laborais. Ano após ano, as remunerações por eles auferidas cresceram em termos reais. E cresceram substancialmente – algo como 124,9% entre 2004 e 2017, em valores reais. Ou seja, as trajetórias dos defensores apontaram para uma mobilidade duradoura, ascendente e acentuada. Por um lado, isso diz muito sobre os atributos individuais desses profissionais (acentuada qualificação acadêmica e profissional, elevada capacidade e qualidade de trabalho etc.). Mas, por outro, também diz muito sobre o processo de valorização (ou fortalecimento) institucional das atividades desenvolvidas pelas Defensorias nas últimas décadas, processo já examinado na introdução deste artigo.

Interessante notar que, apesar de toda essa valorização das atividades desenvolvidas pelas Defensorias Públicas, não há casos de indivíduos que tenham trocado a ocupação de magistrado ou de promotor do ministério público pela ocupação de defensor público. Para obter evidência empírica dessa assertiva, basta verificar as informações que constam das tabelas 2 e 3. Ou seja, mesmo com toda a valorização institucional das Defensorias, elas parecem ter se mantido em uma posição relativamente inferior dentro do campo jurídico brasileiro, que aparentemente continua “dominado” pela magistratura e pelo ministério público²⁰.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil**. 2010. 329 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ALVES, C. F. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça**. 2005. 606 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

ASSIS, V. H. Defensoria pública: histórico, afirmação e novas perspectivas. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, DF, n. 12, p. 185-209, dez. 2019.

CUNHA, A. Public defender’s offices in Brazil: access to justice, courts and public defenders. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Bloomington, v. 27, n. 1, p. 30-41, jan. 2020.

CUNHA, L. G.; BONELLI, M. G.; SILVEIRA, M. N. Sociedades de advogados e tendências profissionais. **Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 111-137, 2007.

ENGELMANN, F. **Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do direito**. Porto Alegre: Safe-Fabris, 2006.

FALCÃO, J. Mercado de trabalho e ensino jurídico. **Fórum Educacional**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 3-18, mar. 1983.

²⁰ Acerca da posição (ainda) inferior das Defensorias Públicas dentro do campo jurídico brasileiro (aparentemente “dominado” pela magistratura e pelo ministério público), cf MADEIRA, L. M. *Op. Cit.*, p. 4-7; assim como SANTOS, A. F. *Op. Cit.*, p. 108-110.

FONTAINHA, F. Como se faz um advogado no Brasil e na França: um breve ensaio comparativo e crítico. **Direito UnB**: Revista de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, DF, v. 1, n. 2, p. 67-86, jul. 2014.

MADEIRA, L. M. **Defensoria pública e defensores no Brasil**: um estudo sobre o acesso à justiça em contexto de judicialização da política. Brasília, DF: Ipea, 2011.

MOREIRA, T. A constitucionalização da defensoria pública: disputas por espaço no sistema de justiça. **Opinião Pública**, Campinas, v. 23, n. 3, p. 647-681, dez. 2017.

MOURA, T. *et al.* **Mapa da defensoria pública no Brasil**. Brasília, DF: Anadep; Ipea, 2013.

SADEK, M.; BENETI, S.; FALCÃO, J. **Magistrados**: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: FGV-RJ, 2006.

SANTOS, A. F. Defensoria pública do Rio de Janeiro e sua clientela. **Chapecó**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 107-126, jun. 2013.

TRIOLA, M. **Introdução à estatística**. Rio de Janeiro: LTC, 2005.

ULYSSEA, G.; BARBOSA, A. L. **Um retrato de duas décadas do mercado de trabalho brasileiro utilizando a Pnad**. Brasília, DF: Ipea, 2013.

VIANNA, L. W.; CARVALHO, M.; BURGOS, M. **Quem somos**: a magistratura que queremos. Brasília, DF: AMB, 2018.

VIEIRA, V. A.; RADOMYSLER, C. N. A defensoria pública e o reconhecimento das diferenças: potencialidades e desafios de suas práticas institucionais em São Paulo. **Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 455-478, dez. 2015.

O PRELÚDIO DO ACESSO À JUSTIÇA AOS VULNERÁVEIS NO BRASIL

THE PRELUDE OF ACCESS TO JUSTICE TO THE VULNERABLE PEOPLE IN BRAZIL

Laryssa Saraiva Queiroz

*Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Piauí
Professora do curso de Direito do Centro Universitário Estácio São Luís e
IDEA Escola de Direito. Advogada.
lsaraivaqueiroz@gmail.com*

RESUMO

No cenário brasileiro, redemocratizado e marcado por desigualdades sociais e econômicas, costuma-se enfatizar como primordiais, basicamente, as políticas de acesso à saúde, à educação e à segurança. Entretanto, insta atentar igualmente, senão precipuamente, para a relevância do acesso à justiça, sobretudo aos setores mais vulneráveis da população. Isso porque este constitui um sustentáculo essencial em um regime que se diz democrático e plural, e ainda se revela, em última instância, uma condição para o exercício dos demais direitos sociais. Desse modo, dada a relevância da temática, esta pesquisa tem como objetivo analisar quais mecanismos o Estado desenvolveu ao longo do tempo para a promoção do acesso à justiça aos vulneráveis. Para tanto, lança mão de uma metodologia qualitativa, aplicando os métodos de análise documental de conteúdo e de discurso, reconstituindo historicamente a percepção deste tema como sendo um problema político no Brasil, até o momento em que houve a adoção de uma política pública específica para este fim. Foram identificados diversos mecanismos desenvolvidos para este fim, tais como: possibilidade de demandar em Juizados Especiais sem advogado; *jus postulandi* na Justiça do Trabalho; arbitragem, conciliação e mediação. Mas, além destes, e por meio do exame de leis, Constituições e outros documentos, percorreu-se o processo de formulação, desde a época de sua consideração na agenda governamental, até a formulação de uma política pública específica para este fim, hoje executada por uma instituição específica: a Defensoria Pública.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Vulneráveis. Política pública. Defensoria Pública.

ABSTRACT

In the Brazilian scenario, redemocratized and marked by social and economic inequalities, policies of access to health, education and security are usually emphasized as fundamental. However, the relevance of access to justice also draws attention, especially for the most vulnerable classes of the population. This is because access to justice is an essential support in a regime that claims to be democratic and plural, and still proves to be a condition for the exercise of other social rights. Therefore, given the relevance of the theme, this study aims at analyzing what mechanisms the State has developed to promote access to justice for the vulnerable. This is a qualitative study, which applies methods of documentary

analysis of content and discourse, reconstituting historically the perception of this theme as a political problem in Brazil, until the moment when a specific public policy was adopted to guarantee the access. Several mechanisms developed for this purpose have been identified, such as the possibility to sue in Special Courts without a lawyer; *jus postulandi* in the Labor Court; arbitration, conciliation and mediation. In addition to these policies, and by the examination of laws, Federal Constitutions and other documents, a process of formulating a specific public policy for this purpose was identified, which is currently conducted by a specific institution: the Public Defender's Office.

Keywords: Access to justice. Vulnerable. Public policies. Public defender.

Data de submissão: 18/02/2020

Data de aceitação: 15/06/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. METODOLOGIA 2. ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: “POR QUÊ”, “PARA QUE” E “PARA QUEM” 3. MECANISMOS VARIADOS DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL 3.1 Juizados Especiais 3.2 O *jus postulandi* na Justiça do Trabalho 3.3 Arbitragem, mediação e conciliação 4. O ACESSO À JUSTIÇA AOS VULNERÁVEIS NA AGENDA BRASILEIRA. 4.1 Modelos de políticas públicas de assistência jurídica aos vulneráveis 4.2 O acesso à justiça aos vulneráveis como um “problema político” no Brasil 4.3 Modelo de política pública brasileira de acesso gratuito à justiça aos vulneráveis adotada no Brasil. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

No cenário brasileiro, redemocratizado e marcado por desigualdades sociais e econômicas, costuma-se enfatizar como primordiais, basicamente, as políticas de acesso à saúde, à educação e à segurança.

Após a alternância entre vários ciclos autoritários e democráticos, vigem princípios ligados à cidadania e à justiça social. Diante disso, faz-se necessária a criação de instrumentos que garantam sua concretização, ou que ao menos demonstrem uma preocupação nesse sentido.

Assim, insta atentar igualmente, senão precipuamente, para a relevância do acesso à justiça, sobretudo aos setores mais vulneráveis da população. Isso porque este constitui um sustentáculo essencial em um regime que se diz democrático e plural, e ainda se revela, não raras vezes, uma condição para o exercício dos demais direitos sociais.

Então surge o questionamento sobre como o Estado tem atuado na promoção deste acesso à justiça aos vulneráveis. Aliás, por que tratar de política pública de acesso à justiça? Qual a relevância disso em um país como o Brasil? De que formas este acesso é promovido no país? Como esta temática tem sido enfrentada no país? Existe alguma política pública específica neste sentido?

Estes são os questionamentos que direcionam o desenvolvimento deste estudo, que está organizado de modo a partir da compreensão da relevância da discussão sobre acesso à justiça no Brasil, reconstituindo historicamente o momento em que tal necessidade foi percebida como um problema político no Brasil, até a listagem de mecanismos desenvolvidos para a promoção deste acesso neste país e investigação sobre políticas públicas específicas nesta área.

Desse modo, após identificar alguns mecanismos de acesso à justiça já desenvolvidos, considerando suas limitações, passa-se a perfazer retrospecto histórico com o objetivo de identificar como o acesso à justiça, especificamente aos vulneráveis, se tornou um problema político no Brasil. Faz-se isto por meio do exame do conteúdo das Constituições passadas, a fim de se promover uma análise que reconstitui a fase de formulação da política pública especificamente.

1. METODOLOGIA

A pesquisa é feita por meio de uma metodologia qualitativa, aplicando os métodos de análise documental de conteúdo e de discurso, técnicas que consistem em uma pesquisa a partir de documentos, que oportunizam observar o processo de maturação ou de evolução de, por exemplo, indivíduos, grupos, conceitos, conhecimentos, mentalidades e práticas¹.

A análise de discurso é feita, especificamente, na elaboração da Constituição Federal de 1988, quando da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, posto que estes documentos foram os grandes marcos da adoção da política em estudo. Este tipo de exame proporciona inclusive o contato com as alternativas levadas em consideração pelos Constituintes na eleição do modelo de política escolhido.

Necessário frisar que na análise documental deve-se atentar para a autenticidade e confiabilidade do material consultado², razão pela qual toda a legislação consultada é acessada a partir dos domínios oficiais do Palácio do Planalto e da Câmara dos Deputados, que são as fontes oficiais de consulta da legislação brasileira³. Tais registros, a exemplo de leis, decretos e Constituições; inclusive redação original e Assembleia Nacional Constituinte transcrita; se encontram disponíveis a qualquer computador com acesso à internet.

2. ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: “POR QUÊ”, “PARA QUE” E “PARA QUEM”

Muito se pode questionar acerca da essencialidade de políticas públicas que promovam o acesso aos mais diversos direitos sociais constitucionalmente assegurados, tais como: saúde, educação, trabalho digno, previdência social etc. Não se costuma, todavia, considerar o acesso à justiça como política pública essencial.

¹ CELLARD, A. A análise documental, 2008, p. 79.

² Cf. *Ibid.*

³ Os domínios oficiais do Palácio do Planalto e da Câmara dos Deputados estão disponíveis, respectivamente, em: <<http://www.planalto.gov.br>> e <<http://www.camara.leg.br>>.

Entretanto, a análise mais atenta deste tema torna perceptível a relevância da promoção do acesso à justiça. Isto porque para assegurar a observância de direitos sociais não raras vezes se faz necessário recorrer ao sistema de justiça.

Desse modo, o acesso à justiça comumente se constitui verdadeiro requisito para o exercício da própria cidadania. “As dificuldades de acesso ao Judiciário são constantemente lembradas como um fator inibidor da realização plena da cidadania”⁴.

E isso ocorre porque não garantir o direito de recorrer à justiça esvazia a previsão formal de direitos individuais e coletivos, que podem restar inviabilizados, caso não haja condições efetivas de acesso à justiça para assegurá-los⁵.

O direito de propriedade, por exemplo, não consiste no direito de possuir propriedade, mas de adquiri-la e protegê-la. De igual modo, o direito à liberdade de expressão de nada vale se não se dispuser de um meio de se fazer ouvir. Assim, às vezes existe o direito, mas o remédio jurídico em caso de desrespeito deste direito está muitas vezes fora do alcance do indivíduo⁶.

Portanto, a titularidade de direitos se torna destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. Assim, o acesso à justiça se constitui pressuposto fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir, e não meramente proclamar, os direitos de todos, revelando-se em última instância o mais básico dos direitos humanos⁷.

Logo, este é o fundamento da relevância da promoção do acesso à justiça: sua intrínseca correlação com a noção de cidadania, que por sua vez engloba o acesso aos mais diversos direitos.

Conforme a clássica definição de T. H. Marshall⁸, o conceito de cidadania é composto por três elementos, a saber: o civil, o político e o social. O elemento civil diz respeito aos direitos necessários à liberdade individual, a exemplo do direito de ir e vir, de pensamento, de expressão, da imprensa, de propriedade, e do próprio direito à justiça.

De outro lado, o elemento político se relaciona com o direito de participação na vida política, a exemplo de votar e ser votado. Por fim, há o elemento social, que consiste no direito a um mínimo bem-estar econômico, consoante um padrão social civilizado. Exemplo é a garantia de acesso ao sistema educacional.

Estes elementos se desenvolveram necessariamente nesta ordem na Inglaterra, e revelam um desdobramento lógico para a cidadania naquele país. Isso porque foi com base no exercício dos direitos civis que os ingleses reivindicaram o direito de votar e esta participação política, por sua vez, viabilizou a introdução dos direitos sociais.

⁴ SADEK, M. T. A. **Judiciário**: mudanças e reformas, 2004, p. 86.

⁵ SADEK, M. T. A. **Acesso à justiça**: porta de entrada para a inclusão social, 2009, p. 170.

⁶ MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e “status”**, 1967, p. 80.

⁷ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**, 1988, p. 12.

⁸ MARSHALL, T. H. *Op. Cit.*, p. 63.

Todavia no Brasil, e assim como em vários outros países, tal como identificado por Carvalho⁹, a evolução da cidadania se sucedeu cronologicamente de modo invertido em relação à sequência lógica ocorrida na Inglaterra.

Ainda conforme o autor, além de ter sido conferida no Brasil maior ênfase aos direitos sociais em detrimento dos demais, a sequência foi exatamente inversa. Primeiro os direitos sociais; depois os direitos políticos e, por último, o que deveria ser a base, os direitos civis, que seguem inacessíveis à maior parte da população.

Assim, o cenário que se descortina no país é um sistema representativo enfraquecido pelo corporativismo, e uma persistente violação de liberdades civis e medidas sociais incapazes de modificar, substancialmente, as profundas desigualdades socioeconômicas existentes.

As camadas da população mais vulnerabilizadas por estas desigualdades ficam ainda mais distantes de uma forma digna de vida, quando não conseguem acessar o sistema de justiça e assegurar os direitos legais e/ou constitucionalmente previstos, pois que muitas vezes há a necessidade de representação judicial por meio de serviços advocatícios e ainda custas judiciais, não dispondo estes setores de recursos para tanto.

Ademais, cabe ainda lembrar a função da jurisdição na sociedade, qual seja a pacificação de conflitos¹⁰. Assim, o acesso à justiça representa ainda um mecanismo para a manutenção da paz social, garantindo um processo legal para a resolução dos conflitos.

Disso se extrai a relevância de uma política pública que promova acesso à justiça, sobretudo, aos mais necessitados, em nome da própria coesão e paz social. Até mesmo em atenção ao pressuposto democrático de tratamento igualitário, isonomicamente falando.

Nesse sentido, se deve ter por base o tratamento igual entre os iguais e tratamento desigual entre os desiguais, sendo que o propósito deste pressuposto não é tão somente estabelecer equivalência entre duas coisas, mas promover a justiça entre os indivíduos. Por essa perspectiva, a desigualdade pode ser justificável e justa¹¹.

Inclusive, daí advém a noção de política pública enquanto “um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade”¹².

E é relevante frisar que os ganhos na democracia correspondem a ganhos em cidadania, pois a conquista e a realização democrática se expressam na concretização e ampliação da cidadania, e ambas se definem pela igualdade, formal e real¹³.

Historicamente, em um primeiro momento, a igualdade se encontrava vinculada à ideia de generalidade da lei, que se aplica a todos por meio de uma **igualdade formal**. No

⁹ CARVALHO, J. M. de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**, 2007.

¹⁰ CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. da P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**, 2015, p. 46.

¹¹ BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade**, 1997, p. 10.

¹² SARAVIA, E. **Introdução à teoria da política pública**, 2006, p. 28.

¹³ Cf. SADEK, M. T. A. **A defensoria pública no Sistema de justiça brasileiro**, 2013.

entanto, também se passou a valorar a igualdade de cunho social, com a necessidade de atuação dos poderes públicos que efetivamente produzissem nas estruturas sociais desiguais uma **igualdade material**¹⁴.

Dessa forma, de modo isonômico, ao se afirmar que “todos são iguais perante a lei”, se quer dizer que a lei não pode diferenciar por critérios que não sejam legítimos. Logo, a fim de que se promova o pressuposto democrático da igualdade, é plenamente legítima a existência de políticas públicas voltadas para setores específicos da sociedade.

E, dada as profundas desigualdades socioeconômicas que assolam o Brasil, são exatamente as parcelas mais vulnerabilizadas pelos efeitos do sistema capitalista as principais destinatárias das políticas públicas aqui desenvolvidas. Estas, por sua vez, contribuem para uma maior aproximação do indivíduo brasileiro da condição de **cidadão brasileiro**.

Assim, se faz útil trazer à baila a discussão a respeito do acesso à justiça no Brasil. Sobre tudo aos setores mais carentes, posto que o exercício pleno de sua cidadania não raras vezes está condicionado ao acionamento das vias judiciais para que seja assegurada. Entretanto, estas vias são inacessíveis a muitos por conta da condição econômico-financeira ou por outras circunstâncias vulnerabilizantes.

Por fim, uma vez percebido o fato de o acesso à justiça representar não raras vezes requisito para o exercício da cidadania, e ainda um instrumento de realização do pressuposto democrático da igualdade; se é direcionado à problemática de barreiras neste acesso para muitos em razão das custas judiciais e serviços advocatícios. Logo se faz útil conhecer alguns dos mecanismos desenvolvidos com o objetivo de superação destas barreiras e garantir o acesso à justiça.

3. MECANISMOS VARIADOS DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

A fim de garantir o acesso à justiça, diversos mecanismos foram desenvolvidos no Brasil, que inclusive podem ser alocados nas “ondas de acesso à justiça” às quais Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁵ fazem referência.

Em estudo, os autores identificam pelo menos três posições básicas do interesse pelo acesso à justiça entre os países do Ocidente. A primeira onda de acesso corresponde à **assistência judiciária para os pobres**, ao passo que a segunda diz respeito às reformas que geraram **representação jurídica para os interesses difusos**. Já a terceira e mais recente é denominada de **novo enfoque de acesso mais amplo**, que cumula os aspectos das ondas anteriores, mas as transcende, sendo mais incisiva no ataque às barreiras do acesso à justiça por considerar meios diversos dos tradicionais.

A seguir serão apresentados os mecanismos desenvolvidos nesse sentido no Brasil, mencionando-se ainda sua identidade com essas ondas de acesso à justiça.

¹⁴ BOBBIO, N. *Op. Cit.*, p. 29.

¹⁵ Cf. CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Op. Cit.*

3.1 Juizados Especiais

Os Juizados Especiais Estaduais estão regulamentados na Lei nº 9.099 de 1995, enquanto os Juizados Especiais Federais na Lei nº 10.259 de 2001. Nessas instituições os processos são regidos pelos princípios da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade. Isto é, a intenção com a criação desta via de acesso à justiça foi basicamente atender e julgar causas de menor complexidade, cada qual dentro de sua competência, de modo desburocratizado e gratuito, sem alijar as garantias processuais asseguradas em um sistema democrático¹⁶.

Há nos Juizados Especiais Estaduais a dispensabilidade de assistência de advogados nas demandas em que o valor da causa não ultrapasse 20 (vinte) salários mínimos. Nas causas acima desse valor, e limitado a 40 (quarenta) vezes o salário mínimo, as partes ainda poderão escolher a via dos Juizados Especiais, desde que assistidas por advogado¹⁷.

De outro modo, nos Juizados Especiais Federais é facultada a constituição de advogado nas causas, cujo valor seja de até o correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos, o que coincide com o teto das causas ajuizáveis no órgão¹⁸.

Logo, resta evidente que a lei destes tipos de Juizados busca consagrar plenamente o princípio do amplo acesso ao Judiciário, viabilizando o acesso de pessoas que não dispõem de condições financeiras para buscar a prestação jurisdicional. Faz isso, não por meio de assistência profissional, mas dispensabilidade desta, mantendo-se a possibilidade de acesso ao Judiciário. Por esta razão, podem ser alocados dentro da **terceira onda de acesso à justiça** de Cappelletti e Garth¹⁹.

Muitos exaltam a contribuição destes órgãos para o aumento do acesso à justiça e para a celeridade processual, permitindo uma aproximação entre a lei e a parcela da sociedade excluída social e juridicamente. Assim, os Juizados representam “a democratização do Poder Judiciário, no sentido de abertura de suas portas para os setores mais carentes da população”²⁰.

Todavia, não obstante a evidente facilitação do acesso ao Judiciário, a gratuidade nos Juizados Especiais também é alvo de críticas. Há quem diga em tom sarcástico que “hoje, tentar a sorte em uma ação infundada nos juizados especiais é melhor do que jogar na Mega Sena, uma vez que nas loterias é preciso pagar para apostar”²¹.

Vale ainda observar que os Juizados foram criados com o claro objetivo de desafogar o Judiciário, traçando-se rito simplificado para ações de pouca monta e sem complexidade.

¹⁶ Cf. BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. 1995; BRASIL. Lei nº 10.259, de 26 de setembro de 2001, 2001.

¹⁷ Cf. BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, 1995.

¹⁸ Cf. BRASIL. Lei nº 10.259, de 26 de setembro de 2001, 2001.

¹⁹ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Op. Cit.*, p. 67.

²⁰ SADEK, M. T. A. *Op. Cit.*, 2004, p. 93.

²¹ Cf. SOUSA, U. C. M. de. **Juizados especiais, um pesadelo da justiça**, 2012.

Nesse ponto, cabe memorar a indicação de Cappelletti e Garth de que as pequenas causas e o tempo seriam obstáculos ao acesso à justiça. Isso porque se esse tipo de litígio tiver de ser decidido, necessariamente, por meio de processos judiciais formais, os custos podem chegar a exceder o montante da controvérsia²².

Já a questão do tempo considera a espera por uma decisão que, quando não desmotiva o ajuizamento de ação, pode aumentar os custos para as partes por conta da inflação e até chegar a pressionar os economicamente mais fracos a abandonar a causa ou aceitar acordos por valores inferiores aos quais teriam direito²³.

Isso considerado se poderia concluir que estes não representam problemas no Brasil já que existem os Juizados Especiais com essas funções de simplificação, que servem para desafogar o Judiciário. Entretanto, o que se sucedeu foi um sistema alternativo que restou igualmente sufocado pela larga demanda. Inclusive, dando-se azo a banalização do dano moral frente à facilidade de ajuizar ações, ainda que descabidas, sem a necessidade de constituir advogados²⁴.

Interessante mencionar a pesquisa batizada de “Consumidor sem advogado, prejuízo dobrado”, que foi realizada pela Comissão de Direito do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de Goiás. Realizada em 12 Juizados Especiais Estaduais, a pesquisa concluiu que, sem advogado constituído, o consumidor que já foi lesado acaba tendo indenizações menores²⁵.

A pesquisa calculou as médias de indenizações em cada juizado e a diferença constatou que a indenização média de todos os juizados é de R\$ 982,05 em processos sem advogado e de R\$ 7.578,44 com advogado constituído. Dessa forma, a conclusão da pesquisa foi a de que, ainda que os Juizados não exijam a constituição de um advogado, o cidadão poderia sair ganhando mais se contratasse um profissional para representá-lo²⁶.

Sobre os Juizados Especiais, convém ainda comentar sobre o Projeto de Lei nº 5.123, proposto no ano de 2013 e atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados. O projeto intenta alterar a Lei dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, tornando facultativa a participação de advogados nas ações dos Juizados, independentemente do valor da causa, inclusive para os recursos, que no sistema atual ainda exige advogado²⁷.

Segundo o próprio projeto, o objetivo, sob o ponto de vista processual, seria a persecução de uma prestação jurisdicional mais efetiva. Em sua justificação se fala na finalidade de desafogar a justiça, dinamizar processualmente os Juizados Especiais, tornando-o democrático e propiciando um acesso mais fácil ao Judiciário²⁸.

²² CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Op. Cit.*, p. 67.

²³ *Ibid.*, p. 20.

²⁴ Cf. SOUSA, U. C. M. de. *Op. Cit.*

²⁵ OLIVEIRA, A. J. G. de. *et al.* (Org.). **Acesso à justiça e defesa do consumidor: a importância do advogado nos juizados especiais**, 2015.

²⁶ *Ibid.*, p. 26.

²⁷ Cf. BRASIL Projeto de Lei nº 5.123, de 2013.

²⁸ Cf. Projeto de Lei nº 5.123, de 2013.

Entretanto, não obstante as nobres finalidades, o projeto tem recebido críticas merecedoras de análise. No esteio das críticas gerais aos Juizados, que já foram destacadas acima, a opinião de alguns especialistas alerta para os riscos da ausência de advogados em processos:

O cidadão leigo não possui o conhecimento técnico necessário para o bom andamento da demanda, estando despreparado para o prosseguimento do processo caso não haja êxito na conciliação. A ausência do advogado faz com que muitas vezes o autor não formule os pedidos da maneira correta, de modo que a prestação jurisdicional por ele buscada não é alcançada de maneira satisfatória²⁹.

Há também quem explique que, muito embora a criação dos Juizados Especiais tenha trazido a simplificação às causas de menor complexidade, as regras processuais ainda são complexas, impedindo o entendimento daqueles que não são operadores do direito³⁰.

Alguns afirmam que a falta de acompanhamento técnico pode gerar novas demandas consequentes das ações mal resolvidas. Outros consideram o projeto inadequado, considerando que o movimento de desburocratização do Poder Judiciário e redução de tempo no trâmite de processos não pode chegar ao ponto de deixar o jurisdicionado juridicamente desamparado³¹.

Têm-se assim críticas tanto positivas quanto negativas em relação aos Juizados Especiais, que garantem o acesso à justiça por meio da gratuidade no processamento e especialmente voltado às “pequenas causas”.

E o que se pode concluir é que, embora de uma perspectiva haja um simplificado acesso ao Judiciário, isso não necessariamente implica em um efetivo acesso à justiça. Isso porque a assistência de um profissional no âmbito judicial garante a devida observância de regras processuais e do deslinde do processo em benefício, quanto maior possível, do litigante.

Ademais, comum é a sensação de desconforto, insegurança e nervosismo em meio ao ambiente formal e hostil de, por exemplo, uma audiência jurídica. Dessa forma, todos estes fatores podem não compensar o facilitado acesso ao Judiciário, não representando em todos os casos a realização, de fato, da justiça.

3.2 O *jus postulandi* na Justiça do Trabalho

Outro instituto que busca promover o acesso à justiça, desta feita, no âmbito específico da Justiça do Trabalho, é o *jus postulandi*. Este instituto está previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que representou um grande avanço para a cidadania no que tange aos direitos sociais. Tal previsão permite que os empregados e os empregado-

²⁹ ROVER, T. **Proposta faculta advogados em juizados especiais cíveis**, 2013.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

res reclamem pessoalmente perante a Justiça do Trabalho, sem a necessidade de estarem acompanhados por advogado para a defesa de seus interesses³².

O principal objetivo de uma garantia deste tipo é a facilitação de acesso, principalmente do empregado, ao Poder Judiciário. Cabe desde logo esclarecer que, muito embora o dispositivo legal da CLT considere que essa garantia se refira à “até o fim do processo”, a jurisprudência se manifesta majoritariamente no sentido da desnecessidade de advogado não se aplicar à fase recursal³³.

Dito isso, é válido que sejam feitas algumas considerações a respeito do instituto. Cedição é que a Justiça do Trabalho é fundada sobretudo na proteção ao empregado, dada sua condição de vulnerabilidade ante ao empregador. Partindo desse entendimento, torna-se razoável a existência de princípios basilares fundados na proteção ao trabalhador.

Entretanto, retomando a ideia abordada no início deste capítulo, de nada valeria a previsão de direitos sem o desenvolvimento de formas assecuratórias de tais direitos. Portanto, haveria que ser facilitado o acesso do empregado que pretenda o reconhecimento e reparação de seus direitos que eventualmente tenham sido ou venham a ser violados.

Esta medida, por suas características, também pode ser alocada ao lado dos Juizados Especiais na **primeira onda de acesso à justiça**. Indubitavelmente o instituto do *jus postulandi* representa uma forma para a facilitação do referido acesso à prestação jurisdicional, pois são poupados gastos com honorários, considerando a insuficiência econômica do trabalhador.

Todavia, não são poupadas críticas ao instituto, que pode ser visto por muitos como uma ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e de paridade de armas entre as partes. Ademais, daria uma falsa impressão de facilitação do acesso à justiça, pois em verdade acentuaria o desequilíbrio entre as partes, relação jurídica que por natureza já é desigual³⁴.

Alguns levam em consideração que o empregado, por ser leigo, se torna uma **personagem sem voz no processo**, pois que para provar e construir a verdade processual aos olhos do magistrado se exigem habilidades para uma boa articulação do discurso jurídico, uma retórica bem elaborada e uma competente compreensão das leis, não sendo suficiente tão somente a verdade real³⁵.

E neste ponto se pode remeter às considerações de Cappelletti e Garth, que *afirmam que* “na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa”³⁶.

³² Cf. BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943, 1943.

³³ Nesse sentido, a Súmula nº 425 do Tribunal Superior do Trabalho expõe: “*JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO*. ALCANCE. *O jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”.

³⁴ Cf. BREVIDELLI, S. R. **A falácia do jus postulandi**: garantia de acesso à injustiça, 2002.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Op. Cit.*, p. 32.

De qualquer modo, constitui uma prerrogativa do empregado a opção de ajuizar suas reclamações sem a necessidade de constituir advogado, mas ficam registrados os questionamentos de ofensas a princípios e o real acesso à justiça, além do que já se concluiu na seção passada. Dito isso, segue-se para outras medidas que podem ser encaradas como tentativa de garantia do acesso à justiça.

3.3 Arbitragem, mediação e conciliação

Arbitragem, mediação e conciliação consistem em métodos alternativos de solução de conflitos. Quando surge um conflito, as pessoas envolvidas poderão resolvê-lo por meio de cinco opções. A primeira delas é a jurisdição estatal, por meio de um processo judicial que será julgado pelo Judiciário. Há ainda a opção da autotutela com uso de força, isto é, “fazer justiça com as próprias mãos”, o que em regra configura crime, salvo situações legalmente excepcionadas, a exemplo da legítima defesa. E as outras opções são arbitragem, mediação e conciliação.

A arbitragem se baseia na outorga, pelas partes litigantes, a tarefa de pacificar um litígio, a uma pessoa ou um grupo de pessoas de sua confiança. Os árbitros são escolhidos pelas partes para proferirem decisões, que terão o mesmo conteúdo e a mesma força das sentenças judiciais³⁷.

A mediação, por sua vez, consiste em um método pelo qual um terceiro imparcial ajuda as partes a encontrar uma solução aceitável para ambas, sendo que o mediador não julga e nem compõe o litígio, tão somente estimula as partes a chegarem a um acordo. Tal medida pode ser judicial (durante o processo), ou extrajudicial (independentemente de processo judicial)³⁸.

Já a conciliação ocorre quando um terceiro, denominado de conciliador, atua como intermediário entre as partes tentando facilitar o diálogo, a fim de que os litigantes cheguem a um acordo, diferenciando-se da mediação na técnica que é empregada³⁹.

O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo sugerir soluções para o litígio. Ao passo que o mediador auxilia as partes a compreender as questões e os interesses em conflito, sendo que as próprias partes que deverão identificar, por si próprias, as soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Esses tipos de resolução de conflitos estão sendo cada vez mais valorizados e estimulados com o objetivo de, ao mesmo tempo em que desafogam o Judiciário, garantirem o acesso à justiça. Tanto que os órgãos e entidades da Administração Pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, conforme a área de atuação⁴⁰.

³⁷ Cf. BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, 2015a.

³⁸ Cf. BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, 1996.

³⁹ Cf. BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. 2015a.

⁴⁰ *Ibid.*

Ademais, admite-se a mediação pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo⁴¹.

Não obstante a proposta de facilitação de acesso à justiça, polêmicas são levantadas acerca destes métodos. Principalmente no sentido de que o poder de dizer o direito pertence ao Estado, logo, a via da jurisdição estatal deveria ser a única para se acessar a justiça. Assim, segundo esse raciocínio, métodos alternativos de resolução de conflitos significariam infringir o monopólio estatal da jurisdição⁴².

De outro lado sustenta-se que, embora não oriundo do Poder Judiciário, a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal. Assim, não seria negativo à luta pelo acesso à justiça as críticas por parte de processualistas ortodoxos que não conseguem ver a atividade processual fora do âmbito da tutela estatal estrita⁴³.

Insta ainda comentar que o novo Código de Processo Civil, que é o único código do ordenamento jurídico brasileiro integralmente produzido em regime democrático, traz dentre as normas fundamentais o princípio da promoção pelo Estado da solução por autocomposição⁴⁴.

Por meio deste se determina que os magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimulem a conciliação, mediação ou métodos outros de solução consensual. O novo código dedica todo um capítulo para a regulamentação de mecanismos consensuais de solução de conflitos, e inclusive vale dizer, dispensando o pagamento de custas processuais nestes casos.

Interessante também comentar a respeito da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Pode-se concluir que tal Resolução foi consagrada pelo novo Código de Processo Civil e passa a gozar agora de respaldo legal na medida em que estimula os métodos de solução consensual⁴⁵.

A referida resolução propôs a organização em âmbito nacional, não somente dos serviços prestados nos processos judiciais, mas em especial de outros mecanismos de solução de conflitos, independentemente de as partes estarem ou não acompanhadas de advogados.

Exemplos de tais mecanismos seriam exatamente a mediação e a conciliação. Nesse sentido, a Resolução determinou ainda a criação dos chamados **Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos**. A estes núcleos cabe a instalação de **Centros Judiciários e Solução de Conflitos e Cidadania** que, vinculados aos Núcleos, concentram a realização das sessões de conciliação e mediação⁴⁶.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² CARMONA, C. A. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96, 200., p. 27.

⁴³ *Ibid.*, p. 45.

⁴⁴ Cf. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, 2015c.

⁴⁵ Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, 2010.

⁴⁶ Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, *Op. Cit.*

Basicamente, atendendo às disposições da Resolução do CNJ, os Centros contam com um juiz coordenador, ao qual caberá sua administração, bem como a supervisão dos serviços prestados. Compete ainda a este a homologação, por sentença, das transações ou acordos extrajudiciais realizados, para fins de constituição de título executivo judicial.

Certo é que a criação e implementação dos referidos métodos alternativos de resolução de conflitos contribuem sobremaneira para atenuar a situação de sobrecarga do Judiciário brasileiro, evitando anos a fio de desgastantes processos judiciais. E ainda não implicaria na já mencionada situação exemplificada por Cappelletti e Garth de que a preocupação com custas e com delongas processuais acabassem por compelir os mais carentes a aceitar valores ínfimos, em sede de acordo⁴⁷.

Por fim, cabe ainda identificar que estes métodos alternativos de resolução de conflitos podem ser alocados na **terceira onda de acesso à justiça** classificada por estes autores. Isto porque transcende os meios tradicionais, incluindo a seara extrajudicial, sendo mais incisiva no ataque às barreiras deste acesso⁴⁸. E, após a apresentação destes instrumentos de promoção do acesso à justiça, restam os seguintes questionamentos: além desses mecanismos, há alguma política pública específica para a promoção deste acesso aos mais carentes? De que formas o Estado pode agir quanto a essa questão? Há alguma política nesse sentido no Brasil?

São exatamente estas indagações que guiam a próxima sessão deste capítulo.

4. O ACESSO À JUSTIÇA AOS VULNERÁVEIS NA AGENDA BRASILEIRA

Antes de perquirir este tema em nível de Brasil, insta conhecer modelos já adotados por outros Estados-nações, na época em que o problema do acesso à justiça aos vulneráveis começou a ser levado em consideração.

Para tanto, se elege como fonte a pesquisa denominada “Projeto Florença”, desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴⁹, que elenca os sistemas desenvolvidos desta época pelos diferentes lugares do mundo para lidar com essa questão; além de comentários específicos no caso da Inglaterra a partir da obra de T. H. Marshall⁵⁰.

Necessário ressaltar, desde logo, que as menções a países feitas no primeiro tópico desta seção podem não corresponder ao modelo de acesso à justiça que estes adotam atualmente. No entanto, isto não implica nos resultados desta pesquisa, posto que o objetivo com a menção ao Projeto Florença é que este sirva de base para responder ao questionamento sobre as formas específicas que os Estados utilizam para lidar com o problema da falta de acesso à justiça.

⁴⁷ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Op. Cit.*, p. 20.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 67.

⁴⁹ Cf. CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Op. Cit.*

⁵⁰ Cf. MARSHALL, T. H. *Op. Cit.*, 1967.

Tendo isso como diretriz passa-se a investigar, por meio de breve retrospecto histórico, a consideração do tema como um problema político no Brasil, e se foi adotada alguma política pública específica neste sentido. Isto a fim de que se possam encontrar meios de se identificar se tem sido adotado algum dos modelos citados por Cappelletti e Garth no Brasil.

4.1 Modelos de políticas públicas de assistência jurídica aos vulneráveis

A preocupação para com o acesso à justiça aos setores menos abastados viabilizou no mundo moderno o desenvolvimento de, basicamente, três modelos de políticas neste sentido: sistema *judicare*, advogados remunerados pelos cofres públicos e os modelos combinados⁵¹.

O sistema *judicare* estabelece a assistência judiciária como um direito para todas as pessoas, que se enquadrem nos termos da lei, sendo os advogados pagos pelo Estado, embora integrem o setor privado. A finalidade deste sistema é ofertar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar pelos serviços de um advogado.

Este sistema apresenta características diversas a depender do país que o adota. Na Inglaterra, por exemplo, os litigantes é quem escolhem o advogado em meio a uma lista extensa, pois a remuneração é considerável, atraindo assim muitos profissionais. Dessa forma, representa uma “possibilidade de combinar em um sistema os dois princípios da justiça social e do preço de mercado”⁵², embora “tenha sido muito criticado porque suas exigências são muito restritivas” sobre quem pode ser beneficiário⁵³.

Já o sistema *judicare* francês fora idealizado não só para alcançar os pobres, mas também algumas pessoas acima do nível de pobreza. Ademais, havia a possibilidade de o pedido de assistência judiciária ser deferido independentemente dos rendimentos do litigante⁵⁴.

O segundo modelo, de advogados remunerados pelos cofres públicos, se distingue do *judicare* por seu caráter mais ativista em relação aos interesses dos pobres enquanto classe. Isto porque os advogados remunerados pelo Estado deste sistema se organizavam em “escritórios de vizinhança” e, além de patrocinar as causas judiciárias dos pobres, ainda conscientizavam estes sobre seus direitos, como também lutavam pela ampliação destes⁵⁵.

Desse modo, este sistema se revela mais amplo e efetivo no enfrentamento das barreiras do acesso à justiça aos vulneráveis em relação ao sistema *judicare*, porque sua atuação não se restringia somente aos tribunais, mas também atuando fora deles.

Ademais, por essas características, este segundo modelo pode apoiar os interesses difusos ou de classe das pessoas pobres, transcendendo assim a cobertura individual do *judicare*.

⁵¹ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Op. Cit.*, p. 35.

⁵² MARSHALL, T. H. *Op. Cit.*, p. 89.

⁵³ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Op. Cit.*, p. 36.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 37.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 39-40.

Todavia, um dos principais problemas deste modelo é a dependência de apoio governamental, sendo que muitas vezes a atuação dos advogados que integram este modelo é contra o próprio governo.

Por este motivo, os advogados remunerados pelos cofres públicos dos Estados Unidos estavam sob constantes ataques políticos. Tal realidade só foi minimamente apaziguada após alteração legislativa, que aumentou a margem de autonomia da atuação profissional destes advogados⁵⁶.

Um entrave deste modelo, que não acomete o *judicare*, é o fato de que o Estado não tem condições de “manter advogados em número suficiente para dar atendimento individual de primeira categoria a todos os pobres com problemas jurídicos”, tampouco “estender a assistência judiciária à classe média” tal como o sistema *judicare*.⁵⁷

Assim, considerando as vantagens e limitações destes dois sistemas, surge o terceiro modelo, que resulta da mescla entre os dois primeiros, de forma que os visualiza como complementares.

Os modelos combinados deixam a critério das pessoas ou grupo de pessoas, usuários do serviço, a escolha entre o atendimento por advogados servidores públicos ou particulares. É em alguns países como, por exemplo, Austrália, Holanda e Grã-Bretanha, que já adotavam o sistema *judicare*, foram promovidas reformas para o modelo misto, aderindo também ao segundo modelo como forma suplementar⁵⁸.

Logo, foram basicamente estas as formas desenvolvidas pelos Estados no trato da questão do acesso à justiça aos vulneráveis. Dito isso, convém a partir de agora perquirir como o Estado brasileiro tem lidado com este problema.

4.2 O acesso à justiça aos vulneráveis como um “problema político” no Brasil

Uma demanda entra na agenda governamental quando desperta o interesse dos atores políticos que se encontram no poder, sendo então reconhecido como um problema político⁵⁹.

Neste esteio, Secchi⁶⁰ explica que uma questão deixa de ser um problema privado e passa a ser um problema público, quando consegue sensibilizar muitas pessoas e ganhar a atenção dos atores políticos, meios de comunicação e da sociedade, pois que passa a afetar uma quantidade ou qualidade notável de pessoas.

Linhas passadas trataram da relevância da promoção do acesso à justiça, sobretudo no Brasil, que possui formação cidadã deficitária e é marcado por profundas desigualdades socioeconômicas. E estas constatações direcionaram para a conclusão de que os mais

⁵⁶ *Ibid.*, p. 42.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 43.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 44.

⁵⁹ KINGDON, J. W. **Como chega a hora de uma ideia?**, 2006a, p. 219-224.

⁶⁰ SECCHI, L. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**, 2013, p. 10.

carentes economicamente (e estes existem em grande número no país) são os que mais necessitam de mecanismos que viabilizem este acesso, isso em nome dos pressupostos democráticos ora vigentes e da própria coesão e paz social.

Assim, necessário retrospecto histórico para identificar a presença e tratamento dispensado a essa questão no Brasil, uma vez que é relevante resgatar quando essa questão entrou na agenda brasileira e de que forma foi tratada por parte das instituições políticas brasileiras.

Esta abordagem institucional histórica se justifica porque questões sociais, tais como a discutida neste estudo, estão diretamente relacionadas com o problema de ação coletiva, pois a superação ou tentativa de se otimizar problemas públicos por vezes esbarra na persistente sobreposição de seus próprios interesses em detrimento do interesse social.

Como explicam Ferejohn e Pasquino⁶¹, o interesse dos agentes sociais está na maximização de riqueza, de votos ou de outras dimensões mensuráveis em termos de quantidade e sujeitas a constrangimentos de recursos materiais. Assim, os indivíduos são concebidos como calculadores de custos e benefícios, agindo sempre de modo a visar maximização destes últimos.

Todavia, neste contexto, felizmente o Estado é identificado como mecanismo que pode impedir os resultados não avaliados como ótimos resultantes da competição individual, tendo suas instituições o papel de conciliar a racionalidade individual e social. Assim, se perseguiria uma otimização do problema da ação coletiva, com os agentes envolvidos visando maximização de utilidades, mas sem causar prejuízos aos demais⁶².

Nesse aspecto, a necessidade de fundamentação deste tópico em uma literatura de cunho institucional, pois o papel das instituições é prescrever como os atores devem agir frente aos problemas públicos, estabelecendo ainda sanções sociais para os casos de descumprimento destas diretrizes⁶³.

Logo, interessante resgatar a consideração da questão do acesso à justiça na agenda política neste país. Isso irá conduzir ao objetivo de descobrir como o Estado brasileiro lida com esse problema e se aqui há uma política pública específica neste sentido.

A formação da chamada *agenda-setting* é o primeiro estágio de uma política pública, e consiste na inclusão de determinada demanda na lista de prioridades do poder público, que induz e justifica uma intervenção pública⁶⁴.

Os atores políticos buscam elevar seus problemas e soluções nas agendas e podem promover a sensibilização social sobre um problema (*problem advocacy*) ou promover uma alternativa ao problema com uma política pública (*policy advocacy*)⁶⁵.

⁶¹ Cf. FERREJOHN, J.; PASQUINO, P. **A teoria da escolha racional na ciência política**: conceitos de racionalidade em teoria política, 2001.

⁶² CARVALHO, J. M. de. *Op. Cit.*, p. 222.

⁶³ SARAVIA, E. *Op. Cit.*, p. 29.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 28.

⁶⁵ SECCHI, L. *Op. Cit.*, p. 83.

Compulsando-se a evolução constitucional do Estado brasileiro e contextualizando-a, histórica e socialmente, é possível detectar que há muito se considera a necessidade de se promover o acesso à justiça de forma gratuita.

A Constituição de 1934 já previa a necessidade de criação de um órgão especial com função de prestar **assistência judiciária**⁶⁶. Portanto, constitucionalmente, começa neste período a consideração do acesso à justiça como um *problem advocacy*, levado à discussão em nível nacional.

E cabe lembrar que, após a crise de 1929, com o fim da Primeira República, enfraquecimento dos acordos oligárquicos e o fortalecimento militar, o Brasil experimentou, entre os anos 1930 e 1945, a grande era dos direitos sociais. “Mas foi uma legislação introduzida em ambiente de baixa ou nula participação política e precária vigência dos direitos civis”⁶⁷.

A Constituição de 1937⁶⁸, por sua vez, foi omissa a respeito da assistência jurídica. O que não representou necessariamente um impedimento de trato da questão, apenas não sendo considerada como um direito social na alçada constitucional, não proibindo União e Estado de editarem leis a esse respeito⁶⁹.

Vale rememorar o cenário brasileiro da época, entre 1937 e 1945, que enfrentava um regime ditatorial civil, em que as manifestações políticas eram proibidas, o governo legislava por decreto e a censura controlava a imprensa⁷⁰.

Já o período entre os anos de 1945 e 1964 foi marcado pela era dos direitos políticos⁷¹, e neste ínterim, em 1950, foi editada a Lei nº 1.060, que estabelece normas para a gratuidade de custas e de taxas aos vulneráveis. Frise-se que esta legislação ainda hoje subsiste, como norma geral sobre a justiça gratuita, tendo sido recepcionada pela então vigente Constituição, mas sofrido significativas mudanças pelo novo regramento processual civil de 2015⁷².

Assim, legalmente, percebe-se que o tema da justiça gratuita já estava na agenda brasileira, antes mesmo de alcançar o nível constitucional.

Após a experiência de breve democracia, a ditadura retorna entre 1964 e 1974. Mas vivencia-se novamente os direitos sociais, em pleno governo militar, ao tempo em que os direitos políticos e civis eram cerceados⁷³.

⁶⁶ Cf. BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934.

⁶⁷ CARVALHO, J. M. de. *Op. Cit.*, p. 110.

⁶⁸ Cf. BRASIL. Constituição (1937). *Op. Cit.*, 1937.

⁶⁹ LIMA, F. R. V. de. **Defensoria pública**, 2015, p. 19.

⁷⁰ CARVALHO, J. M. de. *Op. Cit.*, p. 110-125.

⁷¹ *Ibid.*, p. 126.

⁷² Cf. BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, 1950. Seção 1, p. 1; BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, 2015b.

⁷³ CARVALHO, J. M. de. *Op. Cit.*, p. 158-169.

Carvalho⁷⁴, avaliando os governos militares sob o ponto de vista da cidadania, releva a manutenção do direito do voto, mas lamenta o esvaziamento de seu sentido e expansão dos direitos sociais em um momento de restrição de outros direitos civis e políticos.

A Constituição de 1967 foi um tanto quanto tímida, se limitando a, em poucas palavras, a prever a garantia de assistência judiciária, deixando sua regulamentação a cargo do legislador ordinário⁷⁵. Quanto ao Código de Processo Civil de 1973, este ainda chegou a tratar da gratuidade da justiça, mas não disciplinou o serviço de assistência judiciária, deixando isso a cargo da já existente e anteriormente mencionada Lei nº 1.060/50⁷⁶.

Finalmente, a partir de 1985 o Brasil vivenciou uma retomada da supremacia civil e, em 1988, após uma Constituinte que trabalhou por mais de um ano, finalizou-se a redação da Constituição mais liberal e democrática que o Brasil registrou e que ficou conhecida como Constituição Cidadã⁷⁷.

No atual cenário brasileiro redemocratizado, após alternância entre vários ciclos autoritários e democráticos, vigem princípios ligados à promoção da cidadania. Diante disso, como se frisou no início deste capítulo, faz-se necessária a criação de instrumentos que garantam sua concretização, sobretudo em relação aos setores mais vulneráveis, ou que ao menos demonstrem uma preocupação nesse sentido. A respeito do tema:

Enquanto nas primeiras Constituições os principais objetivos eram a limitação do poder dos monarcas, a afirmação do império da Lei e a proteção das liberdades individuais, as mais recentes guiam-se por valores democráticos, enfatizando os direitos sociais. A meta não é apenas limitar o poder absoluto e assegurar direitos, mas ser um instrumento para a realização da justiça social e para a promoção de direitos, incorporando valores da igualdade social, econômica e cultural⁷⁸.

Vale rememorar ainda as circunstâncias em que o ambiente judicial estava inserido em meados dos anos 1980.

Como reflexo do princípio do intervencionismo econômico e promoção do bem-estar social vivia-se a era de direitos sociais e econômicos, como: educação, saúde, trabalho, segurança social e outros, com serviços públicos cada vez mais abrangentes. E o Judiciário passa a ser acionado para dar efetividade na prática a esta novel legislação⁷⁹.

Atenta a isso e à premência de uma política pública específica ao problema e ao não acesso à justiça pelos setores mais vulneráveis, os Constituintes de 1988 não só determinaram o desenvolvimento de uma política para a promoção do acesso à justiça aos vulneráveis,

⁷⁴ *Ibid.*, p. 122-123.

⁷⁵ Cf. BRASIL. Constituição (1967), *Op. Cit.*, 1967.

⁷⁶ Cf. BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. *Op. Cit.*, 1950.

⁷⁷ CARVALHO, J. M. de. *Op. Cit.*, p. 199.

⁷⁸ SADEK, M. T. A. *Op. Cit.*, 2004.

⁷⁹ ARANTES, R. B. **Ministério público e política no Brasil**, 2002, p. 82.

como institucionalizaram uma burocracia específica para sua execução: a Defensoria Pública (DP). Esta instituição pode atuar tanto no âmbito judicial, quanto extrajudicial, e ainda na seara de interesses coletivos.

Esta instituição pode, assim, ser alocadas em todas as três ondas de acesso à justiça de que falam Cappelletti e Garth, pois tem a função de assistir juridicamente as pessoas que não possuem condições de arcar com os serviços advocatícios (primeira onda), podendo funcionar como representante jurídico para interesses difusos (segunda onda), e inclui em suas funções a atuação no âmbito extrajudicial (terceira onda)⁸⁰.

Insta ressaltar que também o Ministério Público pode vir a prestar assistência judiciária gratuita sempre que ingressa com ação judicial representando ou substituindo processualmente determinada pessoa. Entretanto, essas são hipóteses excepcionais e, em alguns casos, só subsistem em decorrência da falta de estruturação da Defensoria Pública. No entanto, de fato, é esta última a instituição que dispõe de um corpo especializado de agentes, com estrutura própria, remunerados pelo Estado e dedicados exclusivamente a prestar assistência jurídica aos vulneráveis⁸¹.

Do breve retrospecto histórico pôde-se constatar que a preocupação para com as questões de gratuidade e acesso à justiça há muito estavam presentes nas discussões políticas. E, na dinâmica das políticas públicas, é mesmo relevante o processo de amadurecimento das propostas ou temas, pois estas são as oportunidades de serem expostas e discutidas.

É o que Kingdon⁸² chama de *policy windows* ou **janelas de oportunidade** que passam rapidamente e podem se perder, caso as propostas ainda não estejam gestadas o suficiente, antes que a janela se abra. Logo, é muito importante que a proposta esteja pronta para ser apresentada no momento certo.

E, embora o mérito da institucionalização em nível constitucional da política em exame seja dado à Constituição Cidadã, as anteriores à de 1988, bem como leis infraconstitucionais, já traziam a previsão de que essas eram questões que mereciam intervenção estatal.

Com o tempo, houve distinção dessas questões na forma de duas políticas que, não obstante ambas revelarem a preocupação com o acesso à justiça, não se confundem. Uma é mais geral (política de gratuidade da justiça), aplicável em geral a qualquer pessoa com insuficiência de recursos, que justifique a liberação de despesas judiciais, tais como: custas judiciais. Outra é mais específica (política de acesso gratuito à justiça), garantida aos que se adequam ao limite de renda para serem beneficiários dos serviços da Defensoria Pública⁸³.

Na literatura de políticas públicas esta situação é explicada por Kingdon⁸⁴ com a consideração da possibilidade de existência de “agendas dentro de agendas”, que podem variar de agendas extremamente gerais até agendas altamente especializadas.

⁸⁰ Cf. CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Op. Cit.*, 1988.

⁸¹ LIMA, F. R. V. de. *Op. Cit.*, p. 24.

⁸² KINGDON, J. W. *Op. Cit.*, p. 219-224.

⁸³ Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Op. Cit.*, 2016.

⁸⁴ KINGDON, J. W. *Op. Cit.*, p. 237.

A segunda política, de acesso gratuito à justiça, então objeto deste estudo, só veio a ser efetivamente tornada uma política pública nacional pela Constituição de 1988, ocasião em que se determinou uma instituição específica para prestar os serviços de assistência jurídica gratuita.

Entretanto, ressalte-se que, malgrado a Defensoria Pública tal qual existe hoje não tenha sido prevista antes disso, não havia vedação a que os Estados instituíssem órgão específico para prestar a assistência judiciária gratuita ou que a atribuísse a um órgão já existente.

Por isso, pode-se dizer que há muito esta questão do acesso à justiça aos vulneráveis existia no Brasil na forma de um *problem advocacy*. No entanto, também há muito esta questão já se caracterizava como *policy advocacy* em alguns Estados, posto já estar instituída ou ser promovida por outros órgãos mesmo antes de sua institucionalização em nível constitucional.

Isso porque houve casos em que Estados imputaram a Procuradorias dos Estados em convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) funções hoje típicas da Defensoria Pública, como é o caso do Estado de São Paulo⁸⁵.

Já o Estado do Rio de Janeiro, desde 1897 já possuía um Serviço de Assistência Judiciária do Distrito Federal (que, à época, era o Rio de Janeiro). E, ainda, na década de 1950 já contava com uma instituição especificamente voltada para prestar assistência jurídica gratuita, inclusive já designada à época como **Defensoria Pública**⁸⁶.

Interessante o caso do estado do Piauí, que evoluiu de promoção da assistência judiciária por parte de órgão estatal preexistente, ao tempo em que criou e, posteriormente, institucionalizou um órgão destinado exclusivamente a executá-la, também sendo este denominando de **Defensoria Pública**, antes do advento da Constituição de 1988.

Neste Estado, durante a breve experiência democrática entre 1945 a 1964, foi instituída uma Assistência Judiciária estadual por meio dos chamados **advogados de ofício**, que eram cargos isolados, por meio de concurso público, seguindo a forma e condições exigidas para ingresso na carreira do Ministério Público. E, antecipando-se à Constituição Cidadã, o Decreto Estadual nº 5.504 de 1983, instituiu a Defensoria Pública como órgão destinado a promover a assistência judiciária gratuita⁸⁷.

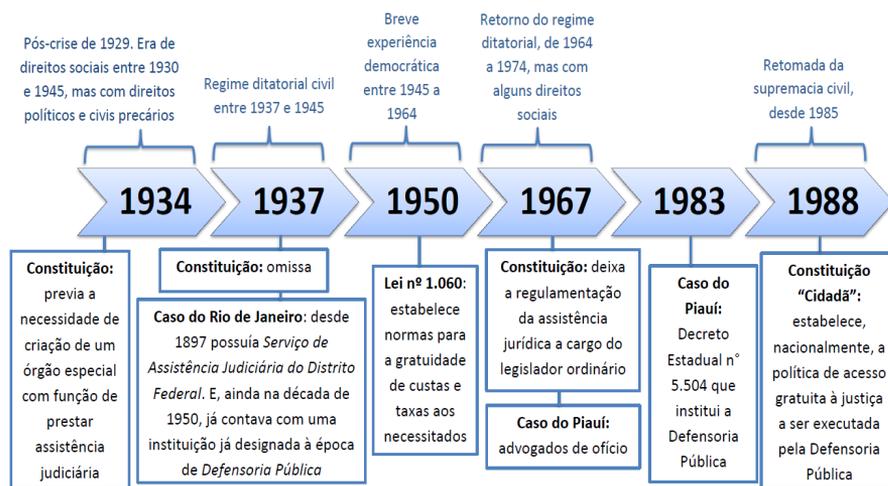
Feito esse breve retrospecto histórico, que pode ser resumido no quadro sinóptico abaixo, já se têm alguns indícios que podem conduzir à resposta ao questionamento sobre qual o modelo de política pública de acesso gratuito à justiça o Brasil adota. Entretanto, faltam elementos para identificar e conhecer melhor a discussão no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, que pode contribuir para a elucidação da questão.

⁸⁵ LIMA, F. R. V. de. *Op. Cit.*, p. 22.

⁸⁶ LIMA, F. R. V. de. *Op. Cit.*, p. 77.

⁸⁷ Cf. PIAUÍ. Constituição (1947). Constituição do estado do Piauí, 1947.

Figura 1 – Retrospecto histórico do acesso à justiça aos vulneráveis como problema político no Brasil



Fonte: Elaboração própria.

4.3 Modelo de política pública brasileira de acesso gratuito à justiça aos vulneráveis adotada no Brasil

Integrar os elementos colhidos neste estudo na principal abordagem que trata da formação de agenda em democracias ocidentais, qual seja, o Modelo dos Múltiplos Fluxos⁸⁸ proposto por Kingdon, pode conduzir à resposta ao problema desta pesquisa.

Isso porque este autor concebe uma rica definição de políticas públicas, que consiste em um conjunto de processos: o estabelecimento de uma agenda; especificação de alternativas que orientam as escolhas; uma escolha final entre essas alternativas específicas e, finalmente, a implementação desta decisão. Todavia, destaque-se que o processo pode ocorrer não necessariamente nesta ordem, pois as soluções podem ser elaboradas para situações que ainda não são um problema⁸⁹.

Até o presente momento, já se percorreu o processo de formação da agenda brasileira no que se refere à preocupação para com o acesso à justiça aos vulneráveis, e já se sabe que foi estabelecida uma política em nível nacional para este problema na Constituição Federal de 1988. Assim, a questão que antes era solucionada em alguns Estados, por meio de cumulação de funções por outros órgãos, ou mesmo um específico para este fim, passa a ter regramento nacional.

Todavia, neste íterim, insta identificar as alternativas que foram levadas em consideração na escolha pela política ora vigente. Daí a relevância de se analisar a discussão do tema na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, ocasião em que se decidiu pela política ora vigente.

⁸⁸ Cf. "Multiple Streams Model", em KINGDON, J. W. *Op. Cit.*

⁸⁹ KINGDON, J. W. *Op. Cit.*, p. 341.

Compulsando-se os Anais desta Assembleia, em busca de menções à Defensoria Pública e assistência judiciária gratuita, vê-se como foi decidida a situação anteriormente mencionada de que eram as Procuradorias dos Estados, que se incumbiam da assistência jurídica gratuita em alguns Estados da federação nos seguintes termos:

O SR. CONSTITUINTE CARLOS CARDINAL: – Estava dizendo que a Defensoria Pública, hoje, se torna assunto de extrema importância, não apenas para as populações necessitadas. Aqui, já foi arguida a questão de dar, por exemplo, às procuradorias a incumbência da assistência judiciária. Mas quando um cidadão precisa reclamar contra o Estado, digamos, vai requerer exatamente aos Procuradores do Estado a sua defesa. Então, está na hora de fazer esta correção, de se restabelecer o prestígio da nossa Justiça e levá-la de forma organizada, através de uma carreira, às populações carentes⁹⁰.

A problemática considerada em relação às Procuradorias do Estado se funda no fato de estas serem órgãos responsáveis pela representação judicial e consultoria jurídica do Estado. E a cumulação desta função com a prestação de assistência jurídica gratuita poderia ser incompatível, uma vez que, muitas vezes, as populações carentes pleiteiam exatamente contra o Estado.

O SR. CONSTITUINTE MICHEL TEMER: – Sr. Presidente, essa emenda trata exatamente do problema da assistência judiciária. Foi elevada a nível institucional, constitucional, a Defensoria Pública, para ser criada e instalada nos Estados com o objetivo de prestar assistência judiciária aos vulneráveis. Ocorre, entretanto, Sr. Presidente – e fui daqueles que, ao lado do nobre Constituinte Sílvio Abreu, pugnou pela instituição das Defensorias Públicas – que, em São Paulo e em vários Estados da Federação, esse serviço ainda é realizado pelas Procuradorias do Estado. Pessoalmente, em São Paulo e em outros Estados, envidaremos todos os esforços para que as Defensorias Públicas sejam imediatamente instaladas. Mas, enquanto isso não ocorre – e esse é o teor da emenda – estamos solicitando que esta função de prestar assistência judiciária aos vulneráveis possa ser atribuída, enquanto não instaladas as Defensorias Públicas, às Procuradorias do Estado⁹¹.

Vencida a discussão anterior de cumulação, na proposta acima se tem uma sugestão de medida de transição. Assim, escolhida especificamente a Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica gratuita, propõe-se que as Procuradorias assumam esta função até que as Defensorias estejam plenamente instaladas. Esta sugestão, entretanto, não exclui o que foi discutido anteriormente sobre incompatibilidade de funções, não tendo sido acolhida.

⁹⁰ Cf. BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988): **Anais**, 1994, p. 77.

⁹¹ *Ibid.*, p. 167.

Em outro ponto, este mesmo constituinte expõe os fundamentos da proposta:

O SR. CONSTITUINTE MICHEL TEMER: – [...] Nos Estados, há um grande litígio entre Ministério Público, Defensores Públicos e Procuradores Públicos. No meu Estado, São Paulo, os Procuradores Públicos é que exercitam a atividade da assistência judiciária e dela não querem abrir mão, até porque tomam essa função como de grande relevância no Poder Executivo estadual. Estou, num ponto, de acordo com o Constituinte Sílvio Abreu, no sentido de que podemos ampliar talvez, a sua área de atuação, para tratar, então, sim, daquilo que é o centro da preocupação de S. Ex.^a, ou seja, do problema da assistência judiciária, que está intimamente conectado com a idéia (sic) do Poder Judiciário e dos direitos individuais, mas – data vênua do colega Sílvio Abreu – com esse acréscimo da Defensoria Pública⁹².

Outra preocupação prenunciada acerca da opção constituinte pela Defensoria Pública foi levantada na discussão da Constituinte no sentido de que o Estado não teria capacidade para levar a todos os necessitados de assistência jurídica gratuitos estes serviços. E isso com base em casos concretos, já existentes à época, senão, veja-se:

O SR. CONSTITUINTE JAIRO CARNEIRO: – [...] A Defensoria Pública, no modelo atual, entendo eu, com todo o respeito, não vai operar o desejo da nacionalidade brasileira. E essa é uma idéia completamente formada, mas me aproximo bastante das posições do ilustre Constituinte Michel Temer. Acredito que devemos ter defensores do cidadão pobre em todos os municípios brasileiros. Mas com a estrutura atual ou expandindo a estrutura e o modelo atual não vamos conseguir isso. No meu Estado não temos vinte defensores públicos e são trezentos e sessenta e sete municípios. Mas há advogados praticamente em todos os municípios do Estado. E poderíamos ter, seja através de mandato eletivo, seja através de indicação do Poder Judiciário ou da Ordem dos Advogados, a designação de um profissional para defender o pobre que precisa de justiça e de defesa. [...] Acredito que dentro de algumas idéias desenvolvidas a assistência jurídica ou judiciária ao pobre poderá ou poderia ser prestada pelo profissional habilitado, seja por designação do Poder Judiciário ou da Ordem dos Advogados ou por eleição com mandato certo, podendo haver recondução, ou renovação com fixação com base em parâmetros e limites de uma remuneração que pode ter o caráter de jeton (sic) pela presença ou pela participação em atos, em tribunais judiciais ou extrajudiciais, mas isso seria matéria de lei ordinária⁹³.

Assim, outra proposta em alternativa à incompatibilidade entre as funções de Procurador do Estado e Defensor Público foi sugerida que a assistência jurídica gratuita fosse prestada por advogados particulares. E esta proposta foi combatida por uma defensora pública, que representou os interesses da classe, basicamente, nos seguintes termos:

⁹² *Ibid.*, p. 8.

⁹³ *Ibid.*, p. 75.

A SR^a SUELY PLETEZ NEDER: – Não creio ser absolutamente inviável a institucionalização da assistência judiciária. E não creio porque Estados pobres da Federação já mostraram que têm capacidade de resolver o problema dessa forma. [...] Não creio também que a obrigação do Estado possa ser transferida para a sociedade civil e o Estado se exima de cumpri-la. [...] Essa é a assistência judiciária primária e originária, aquela que incumbe ao Estado, mas existe a assistência judiciária supletiva, aquela que é prestada pelo profissional liberal que não se obriga a prestá-la, mas que a presta, reconhecendo a função social do advogado; entretanto, sem dúvida alguma, de maneira diferente daquela que se faz institucionalizadamente através do serviço público. [...] O ilustre Constituinte Plínio Barbosa Martins formula uma pergunta que resolve muito claramente a questão, o livro de Humberto Penha de Moraes cita exatamente: “...consta ademais das conclusões do 2º Encontro de Advogados do Estado de São Paulo – 16ª Comissão de Assistência Judiciária – realizado em setembro de 1984. Unidade federativa onde a prestação de assistência judiciária, à falta de estrutura institucional compatibilizada com as reais necessidades da população empobrecida, atingiu a níveis críticos, o seguinte: devemos colaborar com a distribuição da Justiça aos carentes, não aceitando as nomeações de defesas dativas para que o Estado assuma, de uma vez por todas, a sua responsabilidade e sua obrigação...”⁹⁴.

Desse modo, ao serem lidas estas colocações, se percebe um reclame pela formulação de uma política específica para o problema da falta de acesso à justiça, como também se narra o cenário da época no Estado de São Paulo, qual seja a nomeação de **defensores dativos** para a prestação da assistência jurídica gratuita, isto é, convocação de advogados particulares para atuar na causa de pessoas carentes, sendo estes remunerados pelo Estado posteriormente.

Logo, remete-se ao que foi apontado no item 4.1, acerca dos modelos classificados por Cappelletti e Garth. Percebe-se que vigorava situação semelhante ao do sistema *judicare* antes da Constituinte de 1988, em eleger uma instituição específica para executar a política pública de acesso gratuito à justiça no Brasil, e que seus servidores públicos fossem remunerados pelo Estado.

Dessa forma, de tudo que foi exposto até o momento, seria possível concluir que o modelo adotado no Brasil, consoante a referida classificação se assemelha ao de **advogados remunerados pelos cofres públicos**.

Todavia, esta seria uma conclusão prematura, pois até então só foram analisados os dois principais processos pré-decisórios: o estabelecimento da agenda e a especificação de alternativas, bem como já se sabe a escolha final entre essas alternativas específicas.

E estas fases correspondem exatamente aos três fluxos, que compõem o Modelo de Múltiplos Fluxos de Kingdon, que serve para se perceber quando uma questão se torna problema político, entra na agenda do governo e se transforma em política pública.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 76-77.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se aduziu, o direito ao acesso à justiça no Brasil demanda o desafio de enfrentamento de um cenário de marcada exclusão social. E isso, cumulado com o fato de que a cidadania no Brasil tem tido uma construção extremamente deficitária, deixa os “cidadãos” brasileiros pobres duplamente vulnerabilizados.

Por isso, como visto, a concretização do acesso à justiça não raras vezes se revela como pressuposto para a realização dos demais direitos, além de ser instrumento de distribuição de justiça e de efetiva proteção de direitos. Logo, corolário dos pressupostos democráticos de igualdade e de justiça social.

Atento a isso, aos problemas que passaram a acometer o Judiciário em meados nos anos 1980 e, ainda, ao fato de que garantir o acesso à justiça representa a manutenção da coesão e da paz social por institucionalizar meios outros, que não a autotutela para a resolução de conflitos interpessoais, o Estado brasileiro desenvolveu vários mecanismos facilitadores de acesso à justiça para as pessoas mais carentes de recursos.

Assim, em sendo verdadeiro pressuposto para o exercício dos demais direitos, sua função de promoção da cidadania é viabilizada por diversos mecanismos desenvolvidos para este fim, tais como: possibilidade de demandar em Juizados Especiais sem advogado; *jus postulandi* na Justiça do Trabalho; arbitragem, conciliação e mediação.

Entretanto, considerando-se o alcance e limitações de cada um destes mecanismos, subsistia a necessidade de uma política pública específica dada a premência deste acesso à larga parcela vulnerável.

Diante desta demanda, construiu-se uma discussão em torno das circunstâncias socioeconômicas do Brasil; necessidade de prestação desse tipo de assistência aos necessitados; a capacidade do Estado; os interesses de classe de procuradores, defensores e advogados; bem como as diversas experiências de alguns Estados que já dispunham, à época, dos seus próprios modelos de assistência judiciária gratuita aos carentes.

Por meio do exame de leis, constituições e outros documentos percorreu-se a trajetória desta política, desde a época de sua consideração na agenda governamental. Por fim, verificou-se que, com o advento da Constituição Federal de 1988, designou-se uma instituição específica para executar a política pública de acesso gratuito à justiça no Brasil: a Defensoria Pública.

REFERÊNCIAS

ARANTES, R. B. **Ministério público e política no Brasil**. São Paulo: Educ Sumaré, 2002.

BRASIL. **Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988)**: Anais. Brasília, DF: Senado Federal, 1994. v. 1-25. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/>>. Acesso em: 9 dez. 2016.

_____. **Código de ética e disciplina da OAB**, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1995. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/CodEticaDisciplina.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 **Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF, n. 219, p. 1-14, 1º dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/12181:resolucao-no-62-de-10-de-fevereiro-de-2009>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 maio. 1943. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 12 fev. 2014.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2004a. Seção 1, p. 1. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. Lei Complementar nº 828, de 26 de julho de 2010. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 jul. 2010. Seção 1, p. 1. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/8367/LC_828_1_.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos vulneráveis. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 fev. 1950. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 jan. 1973. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 set. 1995. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 1996. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

_____. Lei nº 10.259, de 26 de setembro de 2001. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 set. 2001. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 maio 2015a. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em 29 nov. 2016.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 5 mar. 2016.

_____. Projeto de Lei nº 5.123, de 2013. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1064371&filename=Tramitacao-PL+5123/2013>. Acesso em: 17 fev. 2016.

BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 1997.

BREVIDELLI, S. R. A falácia do jus postulandi: garantia de acesso à injustiça. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 7, n. 54, 1º fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2628>>. Acesso em: 18 fev. 2014.

CARMONA, C. A. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, B. S. de. **A escolha racional como teoria social e política: uma interpretação crítica**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2008.

CARVALHO, J. M. de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CELLARD, A. A análise documental. In: POUPART, J. *et al.* **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, 2008.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. da P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

FEREJOHN, J.; PASQUINO, P. A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 5-24, fev. 2001.

OLIVEIRA, A. J. G. de. *et al.* (Org.). **Acesso à justiça e defesa do consumidor: a importância do advogado nos juizados especiais**. Curitiba: OABPR, 2015. v. 1, p. 16-35. Disponível em: <http://www.oabpr.org.br/downloads/IMPORTANCIA_ADVOGADO_JUIZADOS_ESPECIAIS.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

KINGDON, J. W. Como chega a hora de uma ideia? In: SARAVIA, E.; FERRAREZI, E. (Org.). **Políticas públicas: coletânea**. Brasília, DF: ENAP, 2006a. v. 1, p. 219-224.

_____. Juntando as coisas. In: SARAVIA, E.; FERRAREZI, E. (Org.). **Políticas públicas: coletânea**. Brasília, DF: ENAP, 2006b. v. 1, p. 225-246.

- LIMA, F. R. V. de. **Defensoria pública**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e “status”**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- PIAUÍ. Constituição (1947). **Constituição do estado do Piauí**. Teresina: Assembleia do Estado do Piauí, 1947.
- ROVER, T. Proposta faculta advogados em juizados especiais cíveis. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-30/proposta-torna-facultativa-atuacao-advogado-juizado-especial-civel>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- SADEK, M. T. A. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: LIVIANU, R. (Coord.). **Justiça, cidadania e democracia**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 170-180.
- _____. A defensoria pública no Sistema de justiça brasileiro. In: ASSOCIAÇÃO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Publicações em separata**. Vitória: Apadep, 2013. Disponível em: <http://adepes.com.br/Arquivo/Documents/PUB/4_3_2013_artigo_sadek.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- _____. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101, maio/ago. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- SARAVIA, E. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, E.; FERRAREZI, E. (Org.). **Políticas públicas**. Brasília, DF: Enap, 2006.
- SECCHI, L. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.
- _____. **Análise de políticas públicas: diagnóstico de problemas e recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2016.
- SOUSA, U. C. M. de. Juizados especiais, um pesadelo da justiça. **OAB Nacional**, Brasília, DF, 30 abr. 2012. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/noticia/23814/artigo-juizados-especiais-um-pesadelo-da-justica>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

*THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE AS AN INSTITUCIONAL GUARANTEE OF THE
FUNDAMENTAL RIGHTS OF PEOPLE IN VULNERABLE SITUATIONS*

Livia Martins Nunes Braga

*Especialista em Direito e Processo Constitucionais – Universidade de Fortaleza
Advogada
liviamartinsnunes@gmail.com*

Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato

*Mestre em Direito Constitucional – Universidade de Fortaleza
Professor de Direito Constitucional I, II e Hermenêutica Jurídica na Universidade de Fortaleza
gustavoliberato@unifor.br*

RESUMO

Este artigo analisa a Defensoria Pública enquanto uma garantia institucional, cuja atuação resguarda e preserva os direitos fundamentais dos indivíduos em situação de vulnerabilidade na sociedade brasileira. Inicialmente, estabelece a diferenciação entre as garantias institucionais e as garantias do instituto. Em seguida, averigua o papel institucional da Defensoria Pública, as características inerentes à sua conformação dentro da ordem jurídica voltadas para assegurar a efetividade das normas jusfundamentais, destacando os princípios institucionais, as garantias de seus membros, bem como as atribuições a ela destinadas. Ao final, busca compreender o *status* de garantia institucional da Defensoria Pública vinculado à promoção da justiça social e à relevância deste órgão dentro das estruturas do poder público que se confirmam por meio de ações voltadas para a tutela do direito-garantia de acesso à justiça dos grupos vulneráveis. Conclui-se que a Defensoria Pública é uma “cláusula pétrea” a resguardar a efetividade dos direitos fundamentais das pessoas em situação de vulnerabilidade, garantindo-lhes o acesso à justiça de modo a promover uma maior isonomia e a redução das desigualdades sociais que vitimam majoritariamente esse grupo de indivíduos.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Garantia institucional. Direitos fundamentais. Grupos vulneráveis. Acesso à justiça.

ABSTRACT

This article analyzes the Public Defender's Office as an institutional guarantee for the protection and preservation of the fundamental rights of vulnerable people in Brazilian society. Initially, it is established the differentiation between institutional guarantees and

the guarantees of the institute. Then, it is investigated the institutional role of the Public Defender, the characteristics inherent to its conformity within the legal order aimed at ensuring the efficacy of fundamental rules, highlighting the institutional principles, the guarantees of its members and its attributions. Finally, this study seeks to understand how the institutional guarantee role of the Public Defender's Office is linked to the promotion of social justice and the relevance of this institution within the structures of the public administration, which are confirmed by actions aimed at protecting the right-guarantee of access to justice of vulnerable groups. In conclusion, the Public Defender's Office is a "fundamental clause" to protect the effectiveness of the fundamental rights of people in vulnerable situations, ensuring them access to justice to promote greater equality and the reduction of social inequalities that mostly victimize this group of people.

Keywords: Public Defender's Office. Institucional guarantee. Fundamental rights. Vulnerable people. Access to justice.

Data de submissão: 20/08/2020

Data de aceitação: 29/09/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. GARANTIAS INSTITUCIONAIS *VERSUS* GARANTIAS DO INSTITUTO. 2. PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS, GARANTIAS DOS SEUS MEMBROS E ATRIBUIÇÕES DA INSTITUIÇÃO. 3. A DEFENSORIA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública surge com a promulgação da Constituição Federal de 1988, momento de redemocratização do Brasil, marcado historicamente pelo fim do período ditatorial e da reestruturação político-social no país, sendo ela instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a quem se destina, 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.

Os constituintes originários deram início à construção dessa instituição que, desde então, vem se consolidando na ordem jurídica nacional, ganhando reconhecimento pela relevância de sua atividade e, conseqüentemente, ensejando o fortalecimento de sua estrutura por meio da equiparação de garantias em relação aos demais órgãos jurisdicionais, da legitimação dos princípios institucionais e da independência e autonomia de sua atuação, decorrentes da elaboração da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC nº 80/94), que sistematiza suas normas gerais, e da edição de Emendas Constitucionais.

O ordenamento jurídico pátrio atribui à Defensoria Pública a competência para exercer o múnus de garantir a máxima efetividade na proteção e no resguardo dos direitos fundamentais dos vulneráveis, sob a perspectiva dos comandos constitucionais e infraconstitucionais, voltados para potencializar a voz desses grupos, garantindo-lhes o amplo auxílio estatal e viabilizando o acesso à justiça.

Nessa toada, o órgão defensorial, ao albergar amplamente a custódia e a otimização dos direitos fundamentais, sejam eles de caráter civil, político ou social, assume o papel de garante, prestando assistência jurídica aos necessitados, propiciando a redução das desigualdades e a vedação do retrocesso social, bem como a promoção do exercício da cidadania e da efetivação dos direitos dos grupos vulneráveis, o que revela o alto grau de comprometimento da instituição.

Pretende-se, pois, examinar e compreender a Defensoria Pública como garantia institucional destinada a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e do acesso à justiça àqueles indivíduos inseridos em contextos de vulnerabilidades múltiplas, tendo como cerne a dignidade da pessoa humana.

1. GARANTIAS INSTITUCIONAIS *VERSUS* GARANTIAS DO INSTITUTO

A caracterização inicial das garantias institucionais se deu na Alemanha e acompanhou o surgimento do Estado Social no país a partir da Constituição de Weimar, em 1919, período no qual surgiram estudos que visaram reestruturar a proteção dos direitos fundamentais e, assim, preservar as instituições primordiais à estabilidade social, partindo da premissa de que direitos fundamentais e garantias institucionais são categorias que não se confundem por possuírem peculiaridades, natureza jurídica e funções específicas dentro do ordenamento jurídico.

As garantias institucionais ganharam relevância no contexto do século XX, momento marcado por uma nova visão do indivíduo dentro da sociedade e do papel do Estado em sua conformação, intervindo nas relações econômicas, sociais e culturais e fazendo surgir a necessidade de se consolidar os direitos fundamentais por meio de instituições e de normas, mormente do texto constitucional, enquanto lei material máxima de regulamentação da estrutura e organização estatal.

A diferenciação entre direitos fundamentais e garantias institucionais é fruto da produção doutrinária de Carl Schmitt, o qual desenvolveu a Teoria das Garantias Institucionais¹, na qual afirmava que a finalidade de tais garantias na ordem jurídica é promover a tutela especial das instituições essenciais à estabilidade social e à proteção dos membros da sociedade:

Con terminología inexacta se suele hablar aquí de derechos fundamentales, si bien la estructura de tales garantías es por completo distinta, lógica y jurídicamente, de un derecho de libertad. Ni aun siquiera cuando se aseguran con la garantía institucional derechos subjetivos de individuos

¹ SCHMITT, C. **Teoria de la constitución**, 1996, p. 175.

o de corporaciones – lo que no es obligado –, hay ahí derechos fundamentales ningunos. La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular, y sea admisible una cierta “universalidad del círculo de actuación”².

Ao apontar Schmitt como o maior sistematizador e teórico da teoria constitucional das garantias institucionais, Paulo Bonavides lhe atribui a criação da terminologia garantia institucional e o estabelecimento da diferenciação e separação entre esta e os direitos fundamentais “deixando bem claro que o sentido dela era o de ministrar uma proteção especial (*‘besonderen Schutz’*) a determinadas instituições (*‘bestimmten Einrichtungen’*)”³, visto que a garantia institucional busca preservar a permanência da instituição, obstando qualquer tipo de supressão de suas atividades capazes de macular seu núcleo essencial.

Sob o mesmo enfoque, revela-se comum nas Constituições materiais que direitos e garantias sejam tratados de forma conjunta, o que não raras vezes torna difícil identificar se determinada norma está voltada para direitos fundamentais ou garantias institucionais, pelo que se faz necessário diferenciá-los partindo da premissa de que será norma de direito fundamental “se coloca na respectiva esfera jurídica uma situação ativa que uma pessoa ou um grupo possa exercer por si e invocar diretamente perante outras entidades”, bem como se tratará de garantia institucional quando “se confina a um sentido organizatório objetivo, independentemente de uma atribuição ou de uma atividade pessoal”⁴.

Portanto, a distinção doutrinária estabelecida pelo jusfilósofo weimariano tinha por escopo limitar a atuação do Estado⁵, sobretudo do legislativo, a fim de obstar sua interferência arbitrária no núcleo essencial das instituições voltadas para concretizar interesses sociais e impedir que estas sejam suprimidas, bem como para proteger a Constituição, reconhecendo as garantias institucionais enquanto instrumentos voltados para resguardar bem jurídicos e preservar valores elementares, a repercutir na defesa dos direitos fundamentais.

² Com terminologia inexata, geralmente falamos sobre direitos fundamentais, embora a estrutura de tais garantias seja completamente distinta, lógica e juridicamente, de um direito de liberdade. Nem mesmo quando os direitos subjetivos de indivíduos ou empresas são assegurados com a garantia institucional – o que não é necessário – existem direitos fundamentais. A garantia institucional é, por essência, limitada. Existe só dentro do Estado e não se baseia na ideia de uma esfera de liberdade em princípio ilimitada, antes diz respeito a uma instituição juridicamente reconhecida que, como tal, é sempre uma coisa circunscrita e delimitada ao Serviço de certas tarefas e de certo fim, ainda quando as tarefas não estejam especializadas em particular e seja admissível alguma «universalidade do círculo de atuação. *Ibid.* p. 175, tradução nossa.

³ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**, 2004, p. 540.

⁴ MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional: Direitos Fundamentais**, 2000, p. 74; CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 2003, p. 395.

⁵ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 2012, p. 203; MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**, 2014, p. 199-200.

Ainda sob o mesmo espectro, baseando-se nos estudos de Schmitt e considerando que a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, ampliou o rol das garantias institucionais no ordenamento jurídico do país enquanto Estado Social, Pieroth e Schlink⁶, afirmam que enquanto os direitos fundamentais voltam-se para proteger o indivíduo, adotando uma perspectiva subjetiva de proteção, as garantias institucionais (*institutionelle Garantien*) e as garantias do instituto (*Institutsgarantien*) se direcionam para resguardar, respectivamente, instituições de direito público, como o funcionalismo estatal, e instituições de direito privado, como o casamento, a família e a propriedade.

Para Schmitt as garantias institucionais estabelecidas pelo direito interno de um determinado Estado se destinavam a tutelar as instituições que, por previsão constitucional, eram dotadas de essencialidade e relevância jurídica, repercutindo sobre toda a sociedade, asseverando, ainda, que não podiam ser confundidas com direitos fundamentais, pois estes se voltavam para a proteção dos indivíduos e dos seus direitos de liberdade individual, igualdade e participação política⁷.

A nova ordem constitucional delineou uma perspectiva inaugural de proteção dos direitos do indivíduo, identificada a partir da preocupação dos constituintes originários em destacar tais preceitos fundamentais já no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) de seu texto, dispondo, entre outros, acerca dos direitos civis, políticos e sociais e suas respectivas garantias, os quais, embora não se confundam, se inter-relacionam e se complementam.

Sobre o tema, José Afonso da Silva⁸ critica esse conteúdo na Constituição Federal pois, embora reconheça a relevante e equiparada importância jurídico-constitucional da consolidação dos direitos fundamentais e da necessidade das garantias para assegurar sua plena efetividade, aplicabilidade e execução, preleciona que o texto constitucional não traz uma delimitação precisa que diferencie os direitos das garantias, deixando uma lacuna a ser preenchida pelos estudos doutrinários, pois, o texto constitucional se vale de verbos para declarar direitos que se mostram mais apropriados para enunciar garantias.

No entanto, a Carta Constitucional previu que os direitos fundamentais são disposições que declaram bens e vantagens destinados aos indivíduos, enquanto as garantias constitucionais são os mecanismos jurídicos que efetivam e legitimam sua defesa, bem como os protegem em face dos excessos do poder público e que Ferreira Filho⁹ nomeia de garantias-sistema, dotadas de sentido amplíssimo, por serem instrumentos voltados para manutenção do jogo harmônico entre os poderes e suas respectivas funções e prerrogativas.

Denota-se, pois, que o Estado Liberal buscou proteger as liberdades públicas direcionadas aos indivíduos, enquanto as garantias de tais liberdades eram vinculadas à atuação estatal por meio do estabelecimento de balizas para a não intervenção na esfera pessoal de suas vidas, a exemplo das questões envolvendo a propriedade privada e, posteriormente, com o advento do Estado Social notou-se a necessidade de tutelar outros direitos, não se

⁶ PIEROTH, B.; SCHLINK, B. **Direitos fundamentais**, 2012, p. 54.

⁷ BONAVIDES, P. *Op. Cit.* p. 544.

⁸ SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**, 2005, p. 186.

⁹ FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos humanos fundamentais**, 2016, p. 50.

restringindo apenas aos direitos de liberdade, o que resultou, conseqüentemente, na ampliação do alcance das garantias constitucionais para resguardar o todo o plexo de direitos fundamentais, cabendo ao Estado promover sua máxima efetividade, sendo esse um dos grandes pilares da nova organização dos poderes públicos que se erguia.

Vê-se que os direitos de liberdade e igualdade invocados, respectivamente, pelos modelos liberais e sociais de Estado não conflitam entre si, nem tampouco se contrapõem no constitucionalismo contemporâneo, cabendo às garantias constitucionais efetivarem sua tutela a fim de manter o equilíbrio e a ordem jurídico-constitucional, além de limitar a atuação dos legisladores, impedindo que atuem de forma desproporcional a ponto de ensejar ameaças às liberdades ou tratamentos desiguais entre indivíduos situados em uma mesma posição¹⁰.

À vista disso, em que pese seja papel do Poder Público concretizar as diretrizes e os objetivos estabelecidos pela Constituição Federal a fim de promover a isonomia e a justiça social, o contexto fático reflete um distanciamento do cumprimento efetivo de tais premissas, ensejando a necessidade de se exigir do Estado o cumprimento dos deveres atinentes à estruturação de todo o aparato estatal voltados para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, viabilizando o atendimento às demandas mais urgentes da população¹¹.

Por fim, os estudos em torno do sistema de direitos e garantias desencadearam uma significativa reformulação na seara constitucional, dando destaque para as garantias institucionais precípuas à coletividade, resguardando, sob o viés jurídico, direitos fundamentais a ela inerentes sendo tal sua relevância que, ainda hoje, produzem reflexos no constitucionalismo contemporâneo que exige do Estado planejamentos, metas e ações voltadas para a consecução, no direito interno, da promoção do bem-estar social e da dignidade da pessoa humana.

2. PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS, GARANTIAS DOS MEMBROS E ATRIBUIÇÕES DA INSTITUIÇÃO

Os princípios, normas jurídicas reconhecidamente dotadas de alto grau de abstração, generalidade e amplitude, prescrevem, para Alexy¹², valores básicos destinados a orientar os órgãos estatais responsáveis por atividades de aplicação e criação do direito, conferindo harmonia e unidade a todo o ordenamento jurídico e, como instrumento normativo, promovem, ao lado das regras, o equilíbrio do sistema jurídico nacional que, uma vez inseridos na Constituição Federal, reverberam no âmbito da Defensoria Pública, direcionando a elaboração das normas internas e sua atuação por meio dos valores fundamentais e dos princípios institucionais específicos, voltados ao cumprimento das funções a ela inerentes¹³.

¹⁰ A esse respeito, confira-se a nota introdutória de Leonardo Martins em SCHWABE, J. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, 2005, p. 320.

¹¹ DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 2012.

¹² ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**, 2008, p. 85-106.

¹³ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da defensoria pública**, 2018, p. 350.

Apesar da criação da Defensoria Pública ter advindo do poder constituinte originário, os princípios direcionados a resguardar a atuação defensorial, originalmente introduzidos no ordenamento jurídico pela LC nº 80/94 em seu art. 3º, somente alçaram à categoria de normas constitucionais por força da Emenda Constitucional nº 80/14 que inseriu o §4º ao art. 134, da CF/88, prevendo expressamente a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional como principiologia institucional, reforçando-se a importância destes, sobretudo para sua autonomia e o livre exercício de suas atribuições¹⁴.

O **princípio da unidade** consiste em que a Defensoria Pública é formada por um todo, possuindo coesão organizacional, cujas diretrizes e finalidades são próprias, garantindo sua manutenção e delimitando suas atribuições, sua atuação, seus objetivos e seu funcionamento tanto em âmbito Federal como no âmbito dos Estados e do Distrito Federal. O fato de que **a atuação defensorial no âmbito de cada ente federado enseja um certo desmembramento da instituição não invalida tal princípio, pois existe uma unidade de propósito para a Defensoria Pública em todo o território nacional** e, embora seus núcleos se dividam para alcançar o maior contingente possível de pessoas que pleiteiam assistência jurídica, não há entre eles vinculação administrativo-financeira ou hierárquica¹⁵.

No entanto, apesar das Defensorias Públicas de cada ente federado serem detentoras de sua própria unidade, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu, como desdobramento deste princípio, a possibilidade da Defensoria Pública Estadual atuar na Justiça Federal nos casos em que não houver Defensoria Pública da União instalada na localidade do processo, evidenciando-se o caráter de garantia institucional dos direitos fundamentais de seus assistidos:

RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS. PROCESUAL PENAL. CRIMES PREVISTOS NO ART. 29, § 1º, INCISO III, § 4º, INCISOS I E VI, E § 5º, TODOS DA LEI Nº 9.605/1998, C.C. O ART. 288 DO CODIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEFENSOR PÚBLICO NATURAL E DA AMPLA DEFESA. SUPOSTO CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE A DEFENSORIA PÚBLICA FEDERAL E ESTADUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. PLEITO DE NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não se verifica nulidade no oferecimento de defesa previa por parte da Defensoria Pública estadual perante a Justiça Federal, notadamente porque, como ressaltado pelo Magistrado processante, os próprios Recorrentes buscaram o auxílio de mencionado órgão, e não havia representação da Defensoria Pública da União no Município dos Réus. 2. Ademais, nos termos do art. 3º da Lei Complementar nº 80/94 – que organiza a Defensoria Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e Territórios –, são princípios norteadores da atuação da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional,

¹⁴ FENSTERSEIFER, T. **Defensoria pública na Constituição Federal**, 2017, p. 136.

¹⁵ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da defensoria pública**, 2018, p. 352.

de forma que a atuação da Defensoria estadual, no caso, mobilizando-se para promover defesa dos Acusados, em nada feriu os direitos dos Recorrentes, mas conferiu concretude a ampla defesa e ao contraditório, que é um dos propósitos do Órgão de forma geral. 3. A teor do art. 563, do Código de Processo Penal, que positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullite sans grief* –, tanto o reconhecimento de nulidade absoluta quanto o de nulidade relativa exigem demonstração de concreto prejuízo.⁴ Recurso desprovido. (RHC 45.727/RR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 24/06/2014)¹⁶.

Por fim, para Caio Paiva¹⁷ o princípio da unidade se ramifica em três planos: a) **unidade hierárquico-administrativa**, segundo o qual as Defensorias Públicas da União, do DF e dos Estados refletem o desmembramento de um todo orgânico maior, coexistindo harmonicamente sem vinculação ou interferências entre si; b) **unidade funcional**, relacionado aos objetivos institucionais dispostos na LC nº 80/94, a serem efetivados em âmbito nacional, de forma conjunta e programada, por todas as Defensorias, reafirmando o compromisso da instituição com a garantia do acesso à justiça; e c) **unidade normativa**, que decorre do art. 134, §1º, da CF/88 e preleciona que o conjunto de normas relativas ao órgão defensorial se aplica de forma igualitária pelas Defensorias de todas as esferas federativas.

No que se refere ao **princípio da indivisibilidade**, entende-se ser uma decorrência lógica do princípio da unidade, pela impossibilidade de se fragmentar ou dissociar a Defensoria Pública, pois, o que é uno não comporta estratificações e a indivisibilidade visa resguardar a integralidade institucional. Entretanto, não há que se confundir tais princípios, pois enquanto a unidade se vincula à organização e ao funcionamento da Defensoria em si, sob o viés da estrutura hierárquico-administrativo e sua relação com questões externas, a indivisibilidade está atrelada a um fato interno que é a atuação técnica dos Defensores Públicos, os quais, no exercício de suas funções, formam o todo que é a própria instituição¹⁸.

Tal princípio dilucida, portanto, que aqueles que compõem seu órgão de execução não atuam em nome próprio, senão como uma *longa manus* da instituição, havendo uma fungibilidade entre tais membros, podendo eles ser substituídos uns pelos outros no exercício da função, quando necessário for, sem que tal fato promova qualquer implicação na prestação da assistência jurídica defensorial e sem que haja qualquer vinculação de ideias e opiniões acerca das teses adotadas por cada um, uma vez que a eles é concedida liberdade para conduzir os processos de acordo com suas próprias convicções e estratégias jurídicas, correlacionando-se, conseqüentemente, com o princípio da independência funcional, pois todos atuam em nome da Defensoria Pública¹⁹.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 45727/RR**. Relator: Ministra Laurita Vaz. Data de Julgamento: 10 jun. 2014. Brasília, DF: STF, 24 jun. 2014..

¹⁷ PAIVA, C. C. **Prática penal para defensoria pública**, 2016, p. 27-29.

¹⁸ ROCHA, A. S. da. **Defensoria pública: fundamentos, organização e funcionamento**, 2013, p. 113-114.

¹⁹ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da defensoria pública**, 2018, p. 355.

Por sua vez, o **princípio da independência funcional** se vincula diretamente à execução das funções do defensor público o qual, a partir de seu entendimento técnico-jurídica, pode atuar livremente na condução dos casos sob sua responsabilidade, a fim de proporcionar a melhor assistência jurídica àqueles que buscam o atendimento da Defensoria Pública, devendo tão somente obedecer às normativas legais e ao seu entendimento para melhor conduzir seu labor.

O que se denota é que o órgão de execução defensorial não está submetido a qualquer vinculação, controle ou hierarquia ideológica, não se admitindo que as manifestações de seus membros sejam tolhidas caso se dissociem do entendimento exarado por outras entidades ou ainda por outros membros da própria instituição, estando livres, por conseguinte, de qualquer ingerência externa, bem como de recomendações advindas de patamares superiores dentro do escalão da Defensoria Pública, salvo as que tratem de questões administrativas de âmbito interno²⁰.

Ressalte-se que não há que se confundir **autonomia institucional** com **independência funcional**, pois enquanto esta se refere a um princípio de aplicação *interna corporis*, direcionado ao exercício da função dos Defensores Públicos, sendo possível que tais membros questionem eventuais violações a essa prerrogativa, aquela representa uma garantia da Defensoria Pública enquanto instituição, voltada para seu reconhecimento como um órgão que não possui qualquer dependência ou interferência de ordem administrativa, organizacional e financeira com outro órgão do Poder Estatal ou com instituições privadas²¹.

No que se refere às **garantias institucionais**, elas fortalecem a busca por uma efetiva prestação de assistência jurídica integral e gratuita pela Defensoria Pública, robustecendo os mecanismos que viabilizam o exercício das funções dos seus membros de modo a atingirem satisfatoriamente os objetivos institucionais, sendo expressamente dispostas na LC nº 80/94, como a **independência funcional**, a **inamovibilidade**, a **irredutibilidade de vencimentos** e a **estabilidade**.

Em atenção ao princípio da unidade, tais garantias se destinam a proteger os membros das Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal de forma equânime, voltadas para assegurar uma atuação livre e independente a fim de alcançar o interesse público, isentos de quaisquer interferências externas capazes de macular o pleno exercício das suas atividades e funções institucionais, tratando-se de uma prerrogativa do cargo de defensor público exercido²².

Segundo Amélia Rocha²³, as garantias podem ser divididas em **garantias de exercício** e **garantias de carreira**, as quais, apesar de apresentarem certa correspondência entre si, possuem enfoques distintos quando analisadas sob o viés institucional. As **garantias de exercício** são a **inamovibilidade** e a **independência funcional**, ambas atinentes ao labor

²⁰ *Ibid.*

²¹ FENSTERSEIFER, T. *Op. Cit.*, p. 137.

²² LIMA, F. R. V. **Defensoria pública**, 2015, p. 392.

²³ ROCHA, A. S. da. **Defensoria pública: fundamentos, organização e funcionamento**, 2013, p. 220.

regular e diário da instituição voltadas para a efetivação das suas funções, já as **garantias de carreira** são compostas pela **irredutibilidade de vencimentos** e pela **estabilidade**, pois voltadas para garantir segurança ao defensor público durante sua carreira profissional.

A **independência funcional** se vincula à liberdade de atuação do defensor público ao exercer suas funções institucionais de forma livre e autônoma, sem qualquer interferência hierárquico-funcional entre membros e órgãos internos ou externos em sua atuação, aplicando os seus conhecimentos técnicos a fim de efetivar a prestação da assistência jurídica integral e gratuita que lhe incumbe²⁴.

Apesar de estar o defensor público isento de qualquer ingerência interna acerca de sua atuação jurídica, seja ela fruto de um sistema hierárquico ou de outros órgãos estatais, essa garantia não é aplicada de forma absoluta, haja vista que não se estende ao âmbito administrativo da instituição, ocasião em que poderá ser objeto de controle, inclusive disciplinar, por parte de seus superiores²⁵.

Quanto à **inamovibilidade**, esta pode ser entendida como a proteção conferida ao exercício da atividade de defensor público, uma vez que tem como premissa impedir que motivações políticas ensejem remoções arbitrárias daqueles membros que exercem suas funções com titularidade em determinado órgão, combatendo condutas que descumprem os procedimentos legalmente previstos para tanto e que violam direitos e prerrogativas institucionais básicas.

Tal garantia, também prevista no texto constitucional, visa coibir deslocamentos forçados, tanto no âmbito territorial quanto funcional, dos membros da Defensoria Pública, porventura praticados como forma de represália ou obstrução dos serviços prestados por seus órgãos, obstando que os membros sejam realocados para outra comarca, secretaria, ofício, área ou órgão funcional dentro da mesma localidade sem sua devida comunicação e consentimento²⁶.

Nessa toada, tem-se uma ampla compreensão da inamovibilidade que não se limita apenas à perspectiva geográfica ou funcional, pois também se associa às atribuições destinadas aos defensores públicos, afinal, para que haja diminuição, exclusão, aumento das tarefas regularmente praticadas por seus membros ou promoções na carreira, faz-se igualmente necessário seu devido consentimento, sob pena de macula à tal garantia e de se esvaziar as atividades desempenhadas²⁷.

No que se refere à **irredutibilidade de vencimentos**, tal garantia financeira possui previsão constitucional e legal, constando expressamente na LC nº 80/94 enquanto direito adquirido do defensor público de receber o subsídio a que faz jus, correspondente ao serviço por ele prestado, não podendo sofrer qualquer forma de ameaça ou cerceamento de sua liberda-

²⁴ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. *Op. Cit.*, p. 630; CORGOSINHO, G. **Defensoria pública: princípios institucionais e regime jurídico**, 2014, p. 200.

²⁵ LIMA, F. R. V. **Defensoria pública**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 393.

²⁶ PAIVA, C. C. **Prática penal para defensoria pública**, 2016, p. 39.

²⁷ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. *Op. Cit.*, p. 633.

de profissional advindos de restrições econômico-financeiras ou de redução do montante remuneratório total – à exceção de descontos tributários ou previdenciários e daqueles advindos de decisões judiciais – em razão de eventuais interferências externas à instituição²⁸.

Igualmente, a **estabilidade** é garantia institucional dos Defensores Públicos, assim como de todos os servidores que ingressam em seus cargos por meio de concurso público, reconhecida em âmbito constitucional e na LC nº 80/94, salvo os membros da Magistratura, do Ministério Público e dos Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas, estes detentores da garantia da vitaliciedade.

Conforme previsão expressa do art. 41, *caput* da CF/88, “são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”, marcando assim uma exigência temporal para que tais membros adquiram referida garantia, sendo necessário para seu reconhecimento a realização de uma avaliação especial por comissão que analisará seu desempenho e, uma vez atingida, o defensor público somente perderá seu cargo em três situações excepcionais: sentença judicial transitada em julgado, processo administrativo disciplinar ou avaliação periódica de desempenho, sendo-lhe assegurada a ampla defesa durante todo o trâmite de tais procedimentos.

Por fim, ressalte-se que há legitimidade tanto da Defensoria Pública quanto dos seus membros para promover a defesa judicial em caso de violações das garantias institucionais que ensejem o desrespeito à instituição como um todo ou a perpetração de ato que atente à um determinado membro, pois tendo em vista as máximas da unidade e da indivisibilidade, qualquer conduta que ameace o órgão defensorial, independentemente da dimensão da mácula sofrida, deve ser combatida na mesma proporção, preservando-se tais garantias²⁹.

Desse modo, as garantias institucionais compõem o arcabouço jurídico protetivo direcionado aos Defensores Públicos que necessitam de tais mecanismos para exercer de forma plena e independente as funções que lhes são incumbidas a fim de promover a máxima e efetiva assistência jurídica integral e gratuita àqueles que apresentam situação de hipossuficiência, necessitando da tutela estatal para a manutenção dos seus direitos e a cessação de eventuais ofensas sofridas.

O surgimento da Defensoria Pública, decorrente da nova ordem constitucional, marca o início do processo de garantia isonômica do acesso à justiça de forma integral e gratuita a todos os indivíduos que necessitem do auxílio estatal para solucionar litígios afetos a questões individuais ou coletivas que se manifestam em razão das relações em sociedade, configurando verdadeiro direito fundamental social ou direito de segunda dimensão.

Sendo **o acesso à justiça salvaguarda da própria dignidade da pessoa humana**, Mauro Cappelletti e Bryan Garth³⁰, estudando o tema, estabeleceram **três ondas renovatórias de**

²⁸ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. *Op. Cit.*. p. 651.

²⁹ *Ibid.*, p. 657.

³⁰ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**, 1988, p. 31-73.

acesso à justiça, sendo elas, respectivamente: a) a **assistência judiciária para os pobres**; b) a **representação dos direitos difusos**; e c) a **representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça, voltada para os métodos alternativos de solução de conflitos**.

Em suas lições, Cappelletti e Garth³¹ **reconhecem o acesso à justiça como um direito humano basilar** e, portanto, um elemento fundamental para a construção de um moderno e igualitário sistema jurídico garantidor dos direitos fundamentais de todos e, no cenário jurídico nacional, a efetivação desse direito advém da atuação delegada à Defensoria Pública que, atuando em todas as ondas renovatórias, exerce papel fundamental em sua concretização.

No Brasil, a garantia do acesso à justiça consta do texto originário da Constituição Federal ao prescrever que a atuação da Defensoria Pública se destina àqueles indivíduos dotados de carência econômica, cuja situação de insuficiência financeira inviabiliza o acionamento do Poder Judiciário para tutelar direitos e garantias violados ou ameaçados de sofrer qualquer tipo de interferência, entretanto, ao longo dos anos, a busca pela efetivação da igualdade material desse direito social ensejou significativa ampliação das funções inerentes à atividade defensorial, visando amparar aqueles que, a despeito de terem boa situação financeira, encontram-se diante de outras situações de vulnerabilidade.

Diante disso, a depender da vulnerabilidade que acomete o sujeito que pleiteia a assistência jurídica perante a instituição, **sua atuação decorreria tanto da situação de carência econômica**, enquadrando-se estritamente ao texto constitucional, **quanto das circunstâncias provenientes de contextos que se afastam da questão financeira e se aproximam de questões sociais, organizacionais ou culturais**, apresentando-se uma ampla e abrangente competência funcional **para albergar o maior número possível de indivíduos em contextos de vulnerabilidades sociais**.

3. A DEFENSORIA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL

A importância conferida à Defensoria Pública pela Constituição Federal ao reconhecer seu status de garantia fundamental decorre da essencialidade que lhe é atribuída ante a função jurisdicional do Estado, bem como do que dispõe seu art. 5º, XXXV que traz o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e reflete o comprometimento do Estado brasileiro na realização da justiça social ao criar aparelhos institucionais que viabilizem a consecução dessa máxima.

Sendo a Defensoria Pública uma instituição direta e expressamente vinculada à promoção da justiça social, haja vista ser o princípio da justiça social um dos fundamentos base para a compreensão de sua importância dentro do sistema jurídico³², ela é também o meio pelo qual se estabelece a mediação jurídica entre o Poder Público e os indivíduos vulneráveis em busca da proteção de seus direitos e consequente integração e inclusão social destas pessoas.

³¹ *Ibid.*, p. 12-13.

³² JUNKES, S. L. O Princípio da justiça social como fundamento da defensoria pública. *Novos Estudos Jurídicos*, p. 527-552, 2004.

O órgão defensorial é o instrumento essencial de acesso à justiça aos hipossuficientes de toda ordem de recursos (financeiros, informacionais, educacionais etc.), nos termos do art. 5º, LXXIV, da CF/88, confirmando-se sua posição jusfundamental e, somado a isso, os postulados hermenêutico-constitucionais de busca pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, de consolidação dos objetivos fundamentais da República, bem como de resguardo dos princípios que norteiam a vida em sociedade, são axiomas que guiam a atividade da instituição e reforçam sua missão pela prestação de seus serviços em prol da primazia da dignidade da pessoa humana.

Pelo prisma do acesso à justiça, há que se destacar que a garantia do direito à assistência jurídica aos grupos vulneráveis não deve ser analisada sob uma perspectiva restritiva, pois não se limita apenas a promover o acesso a órgãos do sistema de justiça em si, mas também se ocupa em alcançar uma igualdade jurisdicional na qual os indivíduos possam contar com as ferramentas para proteger, em todos os níveis, seus direitos de forma adequada, contribuindo para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e que atenda ao postulado hermenêutico da máxima efetividade dos direitos fundamentais³³.

Assim, faz-se indispensável a atuação concertada entre a sociedade, os órgãos estatais e aqueles que compõem o sistema de justiça promovendo a máxima efetividade dos direitos fundamentais pela mais ampla garantia destes³⁴, sendo certo que o desenho constitucional sobre o acesso à justiça evidencia sua condição de cláusula pétrea que decorre de sua natureza assecuratória, pois garante a proteção de todos os direitos inseridos na ordem jurídica, conferindo oponibilidade ampla, inclusive, frente aos legisladores e ao poder constituinte derivado³⁵.

Sendo a Defensoria Pública uma instituição prestadora de assistência jurídica integral e gratuita, seu status de garantia fundamental institucional dentro do sistema jurídico se coaduna com o direito à tutela jurisdicional que, ao lado do princípio da proteção judiciária, busca garantir os direitos de ação e de defesa plena aos seus assistidos – a despeito de sua atuação abranger contextos que extrapolam o acesso formal ao Judiciário, englobando também questões extrajudiciais, orientações jurídicas e contenciosos administrativos e, nessa senda, o princípio da proteção judiciária ou da inafastabilidade do controle jurisdicional representa a maior garantia dos direitos subjetivos desses indivíduos.

Logo, o sistema judicial deve se configurar como um instrumento para a defesa efetiva dos direitos das pessoas em condição de vulnerabilidade e hipossuficiência, em todos os seus espectros, devendo o poder estatal, atendendo à Constituição, viabilizar meios reais e efetivos para acessá-lo, viabilizando materialmente a busca pela obtenção e resguardo dos direitos pleiteados.

Assim, reconhecer que compete à Defensoria Pública a atribuição precípua de prestar assistência jurídica integral e gratuita enquanto instituição essencial à atividade jurisdicional do Estado **revela-se verdadeira cláusula pétrea** do ordenamento pátrio, pois a

³³ WATANABE, K. **Novas atribuições do judiciário**: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade, 2009, p. 128.

³⁴ SARLET, I. W. *Op. Cit.*, p. 447.

³⁵ RAMOS, A. de C. **Curso de direitos humanos**, 2019, p. 766.

atuação defensorial, sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana, garante exatamente o direito de acesso à justiça que integra a estrutura basilar do mínimo existencial, sendo portanto impossível de ser suprimida ou restringida do texto constitucional.

No mesmo enquadramento, Sarlet sustenta que as cláusulas pétreas têm como função impedir a supressão ou restrição dos valores constitucionais, bem como assevera que “as ‘cláusulas pétreas’ de uma Constituição não objetivam a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios neles plasmados, não podendo estes ser esvaziados por uma reforma constitucional”³⁶.

Portanto, a Defensoria Pública enquanto garantia institucional está inserida no núcleo essencial imutável do Estado, admitindo mudanças nos comandos constitucionais a ela atinentes apenas a fim de ampliar sua atuação e seu alcance para fortalecer o papel de promover a cidadania e reduzir as desigualdades socioeconômicas, atendendo as demandas do tecido social mais vulnerável, e assim obedecendo os comandos constitucionais, notadamente o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, basilar ao Estado democrático de direito³⁷.

Não se pode perder de vista que os Defensores Públicos são agentes de transformação da sociedade, dando voz àqueles indivíduos que são silenciados e que historicamente permaneceram excluídos e marginalizados, vítimas de uma construção social amplamente desigual e violadora de direitos, em que poucos controlam os mecanismos de poder, concentram as maiores rendas e detêm alto padrão de vida enquanto a maior parcela populacional se encontra na base da pirâmide social e, diante dessa realidade, se busca a tutela do direito ao mínimo existencial que garanta a subsistência por meio de bens e utilidades básicas e a fruição dos direitos essenciais à dignidade humana³⁸.

Segundo Fensterseifer, “o acesso à justiça ou mesmo o direito fundamental à assistência jurídica titularizado pelas pessoas necessitadas, por sua vez, configura-se como ‘elemento instrumental’ do direito ao mínimo existencial”³⁹, e isso se dá exatamente porque de nada serve a elaboração de um rol de direitos básicos que compõem o mínimo existencial a ser garantido a todos de forma isonômica se não há mecanismos para sua real efetivação.

Por outro lado, para Amaral⁴⁰ é necessário se atentar ao fato de que a noção de mínimo existencial não pode ser analisada como algo pré-determinado, que está posto de forma padronizada e uniforme em todos os lugares e realidades sociais do país, de modo que é preciso considerar as peculiaridades de cada contexto regional para que sejam priorizados direitos básicos garantidores de uma existência minimamente digna dentro da realidade fática de uma determinada região.

³⁶ SARLET, I. W. *Op. Cit.*, p. 565.

³⁷ CÓRDOVA, H. T. de M. e. Defensoria pública é cláusula pétrea da Constituição. **Consultor Jurídico**, 2012.

³⁸ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. *Op. Cit.*, p. 379.

³⁹ FENSTERSEIFER, T. Assistência jurídica aos necessitados integra direito ao mínimo existencial. **Consultor Jurídico**, 2017.

⁴⁰ AMARAL, G. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas, 2001, p. 184-185.

Destarte, **sendo função da Defensoria Pública a irrenunciável promoção dos direitos fundamentais sociais aos mais vulneráveis, ela se insere no rol dos instrumentos político-sociais que propiciam a concretização do mínimo existencial e a promoção da igualdade de oportunidades**, ao lado, entre outros, de boas escolas e hospitais, eficiente administração financeira e monetária e políticas públicas destinadas à erradicação da miséria e doenças etc.⁴¹

O dever estatal de implementar medidas voltadas para a consolidação do mínimo existencial, consistente no conjunto de bens e direitos indispensáveis à uma existência digna para o indivíduo deve ser pensado e estruturado também dentro da seara financeira e orçamentária, a fim de se ter a eficiente alocação de recursos viabilizadores dos meios de sua proteção, afinal, caso contrário, ter-se-ia o esvaziamento de um projeto de promoção dos direitos fundamentais.

Quanto ao controle da eficiência mínima na aplicação de verbas públicas, é certo que a questão financeira é um aspecto fundamental, posto que indispensável para a correta e devida alocação às políticas que têm como foco os direitos fundamentais, obstando desvios para fins ineficientes ou em que haja a má aplicação, inclusive criminosa, desses recursos⁴².

Nesse sentido, o limite da reserva do possível reflete a relevância do fator econômico na efetivação dos direitos sociais na medida que sua definição se funda “em argumentos de ordem econômica, tais quais escassez e insuficiência de recursos, bem como na impossibilidade econômica de adimplemento das obrigações concernentes à realização dos direitos sociais”⁴³. Sarlet, ao tratar sobre a máxima efetividade dos direitos sociais por meio de políticas públicas, aponta que:

Importante é que se tenha presente que a busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais, em especial quando na esfera da ponderação e no caso do controle jurisdicional das políticas públicas e da efetivação dos direitos sociais [...] por mais que deva levar em conta aspectos ligados ao princípio e dever de eficiência, não pode, em hipótese alguma, ser reduzida a uma análise de custo-benefício pautada por uma lógica utilitarista, refém de determinados modelos de análise econômica. Para além da preservação de uma sempre relativa, mas necessária autonomia da esfera jurídica, as limitações de tais modelos (a despeito de importantes contribuições para um melhor desempenho na realização dos fins estatais, em especial na esfera da proteção e promoção dos direitos fundamentais) não podem ser pura e simplesmente escamoteadas⁴⁴.

⁴¹ TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**, 2009, p. 283-284.

⁴² BARCELLOS, A. P. de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**, 2008, p. 137.

⁴³ SGARBOSSA, L. F. **Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserva do possível**, 2010, p. 133.

⁴⁴ SARLET, I. W. *Op. Cit.*, p. 446.

Considerando o mínimo existencial, Alexy⁴⁵ defende que deve haver uma ponderação entre direitos fundamentais sociais *versus* questões político-financeiras e orçamentárias a fim de manter um equilíbrio entre a satisfatória concretização de tais direitos dentro de um Estado democrático e o controle dos gastos públicos para viabilizá-los, não sendo coerente falar em limitações à efetivação dos direitos sociais básicos como moradia e educação, sob o puro argumento de restrições estatais decorrentes da reserva do possível.

Nesse cenário de efetivação das políticas públicas, o Poder Judiciário e demais órgãos de atuação a ele ligados, com destaque para a Defensoria Pública e o Ministério Público, detêm legitimidade para atuar e intervir na proteção de tais políticas, haja vista que, em que pese devam ser priorizadas dentro do projeto de governo, cabendo à Administração Pública sua concretização compulsória, não raro são medidas tidas como secundárias e discricionárias na gestão governamental e, desse modo, a omissão estatal acaba por ensejar a judicialização de tais questões pelo que, a partir dessa transferência de responsabilidade entre os Poderes, surgem comandos, decisões e fiscalizações da atividade administrativa provenientes do Judiciário, visando o reestabelecimento da ordem social e da garantia de direitos⁴⁶.

Assim, levando-se em consideração que não há discricionariedade administrativa quando se trata de direitos fundamentais, é preciso adotar como prioridade os comandos constitucionais acerca das gestões de governo voltadas para a proteção de tais direitos, afinal tratam-se de normas cogentes, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, sob pena de haver grave retrocesso social.

Desta forma, o acesso à justiça enquanto elemento central ao fortalecimento e à consolidação da rede de amparo social a ser concretizada por meio da assistência jurídica, deve ser estruturado de forma permanente, sendo insuficiente para suprir a demanda social o mero assistencialismo advindo da advocacia *pro bono* ou dativa e a Defensoria Pública, atenta às suas funções e atribuições institucionais, atua para efetivar as previsões constitucionais de proteção dos direitos fundamentais – correlatas às políticas públicas de ampla repercussão social, evitando a judicialização de expedientes protelatórios ou manifestamente inadequados – o que requer seu fortalecimento enquanto instituição capaz de implementar planejamentos estratégicos para atingir os seus fins.

Para tanto faz-se necessário todo um plexo de ações e programas articulados pelo Estado que sejam direcionados ao fortalecimento do órgão defensorial e à realização de sua missão social por meio de uma atuação organizada, bem estruturada e eficiente, sendo as emendas constitucionais, as leis e todo o conjunto normativo que trata da instituição, ainda que por via reflexa, essenciais para tal fim, na medida em que formam um verdadeiro microsistema jurídico defensorial.

Isto posto, enquanto instituição dotada do status de garantia constitucional institucional, a Defensoria Pública deve ocupar o papel de protagonista que lhe cabe dentro da ordem jurídica pátria, enquanto cláusula pétrea da ordem constitucional e equipamen-

⁴⁵ ALEXY, R. *Op. Cit.*, p. 512-513.

⁴⁶ ARRUDA, Í. A. de. Defensoria pública na concretização de políticas públicas: um controle da aparente discricionariedade administrativa governamental. *Âmbito Jurídico*, 2012.

to de consolidação das bases do Estado Democrático de Direito, haja vista ser elemento norteador da formação da República Federativa brasileira e expressão garantidora da primazia da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O planejamento do poder público no sentido de direcionar e conduzir suas ações se voltando para o respeito e a tutela dos direitos fundamentais marcam a configuração de um Estado Constitucional Contemporâneo, sendo necessário, para tanto a presença de instituições públicas que estimulem e promovam uma aproximação entre o Estado e os indivíduos que o integram.

Outrossim, considerando-se que todos aqueles insertos em um mesmo contexto social são sujeitos de direitos, em realidade o que se constata é que os que integram os múltiplos grupos vulneráveis são frequentemente vítimas da violação dos seus direitos e do conseqüente enfrentamento de barreiras que dificultam sua defesa e preservação, devendo, por isso mesmo, receber maior atenção e proteção do Estado e da sociedade a partir da estruturação efetiva da rede de amparo social que atenda, com a maior amplitude possível, as suas demandas, inclusive, pela viabilização do acesso à justiça em todas as suas formas.

Como reflexo de seu status de garantia institucional, a prestação de assistência jurídica ampla e sem ônus aos vulneráveis engloba uma série de posições processuais dinâmicas que a Defensoria Pública é capaz de assumir tanto em juízo quanto fora dele, afinal, sua atividade não pode ser atrelada a uma disponibilização pontual e casuística do acesso à justiça, sendo imperioso o desenvolvimento de políticas públicas capazes de proporcionar efetivas mudanças na tutela dos direitos fundamentais destes indivíduos e no enfrentamento às opressões, estigmas e marginalizações a que são submetidos.

A Defensoria Pública, como órgão primordial para a consolidação dos alicerces democráticos nacionais, possui objetivos, funções e prerrogativas alinhados com os fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil viabilizando a concretização do ordenamento jurídico e proporcionando a garantia da ampla e completa promoção do acesso à justiça dos seus assistidos a fim de que estes possam alcançar uma igualdade não meramente formal, mas também material no resguardo de seus direitos fundamentais.

Assim, o processo de abertura do acesso dos grupos vulneráveis aos instrumentos de defesa e garantia dos seus direitos precípuos representa um marco civilizatório na construção de uma soberania popular no Brasil e, indubitavelmente, a Defensoria Pública, enquanto instituição, ao assumir o papel de garante dentro do sistema jurídico, protagoniza e se manifesta como síntese de um movimento revolucionário e de significativas renovações nos moldes da organização política, jurídica e social, revelando sua imprescindibilidade dentro das estruturas do poder público e a importância de seu fortalecimento na ordem jurídica nacional, ensejando reflexos positivos e necessários nos múltiplos contextos das relações em sociedade, fazendo-se verdadeira garantia institucional asseguradora de acesso à ordem jurídica justa para milhões de brasileiros.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, G. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARRUDA, Í. A. de. Defensoria pública na concretização de políticas públicas: um controle da aparente discricionariedade administrativa governamental. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 1º jun. 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/defensoria-publica-na-concretizacao-de-politicas-publicas-um-controle-da-aparente-discricionariedade-administrativa-governamental/>>. Acesso em: 23 nov. 2019.
- BARCELLOS, A. P. de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 137.
- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019.
- _____. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jan. 1994. Seção 1, p. 633. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 45727/RR**. Relator: Ministra Laurita Vaz. Data de Julgamento: 10 jun. 2014. Brasília, DF: STF, 24 jun. 2014. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22LAURITA+VAZ%22%29.MIN.&processo=45727&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 30 set. 2019.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CÓRDOVA, H. T. de M. e. Defensoria pública é cláusula pétrea da Constituição. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 mai. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mai-21/haman-tabosa-defensoria-publica-clausula-petrea-constituicao>>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- CORGOSINHO, G. **Defensoria pública**: princípios institucionais e regime jurídico. Belo Horizonte: Arraes, 2014.
- DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da defensoria pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982010/cfi/6/10/4/4@0:21.3>>. Acesso em: 26 ago. 2019.
- FENSTERSEIFER, T. Assistência jurídica aos necessitados integra direito ao mínimo existencial. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017->

abr-25/tribuna-defensoria-assistencia-juridica-integra-direito-minimo-existencial#_ftn13>. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. **Defensoria pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530975937/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208537/cfi/4!/4/4@0:00:10.7>>. Acesso em: 6 nov. 2019.

JUNKES, S. L. O princípio da justiça social como fundamento da defensoria pública. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 9, n. 3, p. 527-552, 2004. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/378/321>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

LIMA, F. R. V. **Defensoria pública**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional: Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 4.

PAIVA, C. C. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972233/cfi/6/10!/4/8/20@0:0>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

PIEROTH, B.; SCHLINK, B. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, A. de C. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609802/cfi/4!/4/4@0:00:0.00>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

ROCHA, A. S. da. **Defensoria pública: fundamentos, organização e funcionamento**. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522479894/cfi/4!/4/4@0:00:0.00>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHMITT, C. **Teoria de la constitución**. Madrid: Alianza, 1996.

SCHWABE, J. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

SGARBOSSA, L. F. **Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserva do possível**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010. v. 1.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WATANABE, K. **Novas atribuições do judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade**. Porto Alegre: TRF4, 2009. v. 6. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_KazuoWatanabe1.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

O TEMPO ENTRE O DEFERIMENTO E A EFETIVAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA, CONCEDIDAS NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS PROPOSTAS PELA DPU/CARUARU ENTRE 2018 A 2020, COMO INDICATIVO DE EFETIVIDADE

THE TIME BETWEEN DEFERENCE AND EFFECTIVENESS OF EMERGENCY GUARDS GRANTED IN DRUG ACTIONS PROPOSED BY DPU / CARUARU BETWEEN 2018-2020 AS AN EFFECTIVENESS INDICATIVE

Maria Izabel Rodrigues de Melo

*Especialista em Direito e Processo Penal, pós-graduanda em Direito Processual Civil e Recursos pela Faculdade Educacional da Lapa - FAEL. Estagiária de Pós-graduação na Defensoria Pública da União. Advogada.
mariaizabelradv@gmail.com*

RESUMO

A saúde é um direito de todos e um dever do Estado, sua efetivação pode ser demandada pela via judicial, inclusive no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos para tratamento médico não ofertado pelo Estado por meio do SUS, seja por não haver protocolo para tanto ou por falta em estoque. Logo, este trabalho tem por finalidade verificar se é possível se falar em efetividade das tutelas de urgência concedidas em ações judiciais que pleiteiam medicamentos na subseção judiciária de Caruaru, em Pernambuco, pela análise de algumas ações propostas pela Defensoria Pública da União em Caruaru entre 2018 e 2020. Para tanto, o artigo, pelo método dedutivo, partiu da premissa de que há inefetividade das tutelas de urgência na citada Subseção, considerando o tempo de concretização dessas, e analisou, por pesquisa mista (quali-quantitativa), 10 (dez) ações que pleiteia(ra)m o fornecimento de medicamento com pedido de tutela de urgência deferido. Observou-se nas ações o tempo entre o deferimento do pedido e a efetiva disponibilização dos medicamentos, bem como as intercorrências no procedimento que repercutiram no cumprimento da medida. Após a análise dos dados, a dedução inicial não se confirmou e o trabalho chegou à conclusão de que o tempo médio entre a concessão liminar e o efetivo gozo do medicamento é inerente às etapas internas “burocráticas”, não podendo estabelecer um prazo médio ideal, sendo possível, contudo, minimizar esse tempo.

Palavras-chave: Tutela jurisdicional. Urgência. Medicamentos. Saúde. Efetividade.

ABSTRACT

Since health is the right of all and the duty of the State, which can be enforced by the courts, including the provision of medicines for medical treatment not offered by the State through the SUS, either due to the lack of a protocol for the distribution or due

to the lack of the medicine in the stock, this study aims to verify if it is possible to talk about the effectiveness of emergency tutelage granted in lawsuits pleading for drugs in the judicial subsection of Caruaru, state of Pernambuco, Brazil, by analyzing some actions proposed by the Public Defender of the Union in Caruaru between the years from 2018 to 2020. For this purpose, the study was conducted using the deductive method, based on the premise that there is ineffectiveness of emergency tutelage in the aforementioned Subsection, considering the time to materialize, and analyzed, by quali-quantitative research, ten actions that plead for the supply of medicine with a request for urgent guardianship, in which the time was observed between the granting of the request and the effective availability of medicines, and the complications in the procedure that influenced the fulfillment of the measure. After analyzing the data, the initial premise was not confirmed, and the study concluded that the average time between the preliminary injunction and the effective use of the medication is inherent to internal “bureaucratic” steps, and cannot establish an ideal average term, being possible, however, to minimize that time

Keywords: Jurisdicional protection. Injunction. Pharmaceutical preparations. Health. Effectiveness.

Data de submissão: 01/07/2020

Data de aceitação: 19/02/2021

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. DIREITO À SAÚDE NO PLANO INTERNACIONAL E INTERNO E JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE 2. A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM CARUARU/PE E A SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO EM CARUARU 3. TUTELAS DE URGÊNCIA NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS: UMA ANÁLISE DA SUA (IN)EFETIVIDADE NA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO EM CARUARU A PARTIR DO TEMPO MÉDIO ENTRE A CONCESSÃO DA URGÊNCIA E SUA IMPLEMENTAÇÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A saúde é direito de todos e dever do Estado. Goza de previsão internacional, constitucional e legal, sendo alçada ao *status* de direito subjetivo coletivo, posto que demanda uma atuação estatal positiva no sentido de efetivá-lo. Por isso mesmo, no estudo dos direitos humanos, é catalogada como “direito de segunda dimensão”, que exige uma postura ativa do Estado para sua concretização. No plano internacional é um direito previsto desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 até o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Na Constituição Federal de 1988, a saúde está prevista como direito social no artigo 6º e, sendo parte do sistema de seguridade social brasileiro, tem sua regulamentação constitucional específica a partir do artigo 196 da Lei Maior. Na seara infraconstitucional, a Lei 8.080/1990 regula o Sistema Único de Saúde – SUS. Em todas as legislações é uníssona e inequívoca a previsão do Estado como agente garantidor dos direitos relativos à saúde, portanto deverá prestá-los de maneira descentralizada por meio de todos os entes federativos.

Em razão da inafastabilidade da jurisdição, preceito constitucional previsto no artigo 5º, inciso XXXV, não sendo possível o acesso ao necessário para garantia do direito à saúde pelas vias ordinárias e extrajudiciais, é possível requerer essa salvaguarda perante o judiciário, ocorrendo o que se chama de “judicialização do acesso à saúde”. No caso das demandas judiciais em que se requer o fornecimento de medicamentos, normalmente a urgência no trâmite é inerente à situação clínica da pessoa requerente, de modo que, sem a intervenção do judiciário, o seu direito à saúde e à própria vida podem ser violados.

É nesse contexto que o trabalho segue se desenvolvendo, seus contornos perpassam pela análise da realidade das ações em que se pleiteiam medicamentos, nas quais a urgência do provimento é contemporânea ao ajuizamento da ação, sendo necessária a tutela de urgência provisória para garantir a efetividade da demanda. Dentro dessas tutelas de urgência é verificada a sua efetividade, considerando o tempo entre o deferimento da medida liminar e o efetivo cumprimento que, no caso, refere-se à disponibilização do medicamento pleiteado.

Partindo do pressuposto de inefetividade, a pesquisa verificou 10 (dez) ações em que se pleitea(ra)m medicamentos na Subseção Judiciária de Pernambuco em Caruaru, ajuizadas por meio da Defensoria Pública da União em Caruaru entre 2018 e 2020, em que a tutela de urgência foi deferida no curso do processo. Em termos de tempo médio (94 dias), quando analisados individualmente os processos, a pesquisa chegou à conclusão de que, ao contrário do pressuposto, as tutelas de urgência na Subseção Judiciária de Pernambuco em Caruaru são efetivas.

1. DIREITO À SAÚDE NO PLANO INTERNACIONAL E INTERNO E JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE

O direito à saúde é um direito humano previsto na ordem interna e internacional. No âmbito internacional consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo 25, o qual dispõe que “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar a à sua família a saúde o bem-estar [...]”¹.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), dando juridicidade aos preceitos da declaração de 1948², foi aprovado pelo Brasil, juntamente com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), em 12 de dezembro de 1991 pelo Decreto Legislativo nº 226. Foi promulgado internamente em 1992 mediante

¹ ONU. Organização Das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. p. 4.

² MAZZUOLI, V. O. **Curso de Direito Internacional Público**, 2011. p. 875.

o Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992, cujo artigo 12 prevê que os Estados Partes do citado Pacto reconhecem “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”³.

O Protocolo Adicional ao PIDESC, o Protocolo de San Salvador, promulgado pelo Brasil mediante o Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999, também prevê a saúde como direito de toda pessoa, compreendendo-a como “o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social”⁴. Ademais, o protocolo dispõe que, para efetivar o direito à saúde, os Estados participantes “comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público” e a adotar algumas medidas para garanti-lo, como a assistência primária à saúde, a extensão dos benefícios dos serviços de saúde às pessoas sujeitas à jurisdição do Estado, a prevenção de doenças endêmicas, dentre outras garantias.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz diversas previsões do direito à saúde. Inicialmente, esse é previsto no artigo 6º dentre os vários direitos sociais, catalogados, nos estudos de direitos humanos, como direitos de segunda dimensão, e por isso mesmo têm por característica básica serem direitos positivos, de natureza prestacional. Nesse sentido, exigem uma atuação positiva do Estado, que deve operar no sentido de implementá-los⁵. O direito à saúde é, pois, direito subjetivo, cuja “manifestação do Estado-juiz, muitas vezes, é meramente declaratória de um direito subjetivo preexistente”⁶.

A saúde está inserida dentro do sistema de seguridade social do Brasil, compondo-a junto à previdência e assistência social. De acordo com Frederico Amado:

[...] a seguridade social é um sistema instituído pela Constituição Federal para proteção do povo brasileiro (e estrangeiros, em determinadas hipóteses) contra riscos sociais que podem gerar miséria e a intranquilidade social, sendo uma conquista do Estado Social de Direito, que deverá intervir para realizar direitos fundamentais de 2ª dimensão⁷.

A partir do artigo 196 regula-se constitucionalmente a saúde. De acordo com o artigo citado, “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, devendo ela ser garantida “mediante políticas sociais e econômicas” com o intento de reduzir o risco de doença e outros agravos, além do “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, incumbindo ao poder público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle por meio de lei, a execução desta deve ser feita diretamente ou por meio de terceiros, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Ainda, a Constituição prevê que “as ações e serviços de saúde integram uma rede

³ BRASIL. Decreto nº. 592, de 6 de julho de 1992. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 de julho de 1992.

⁴ BRASIL. Decreto nº. 3.321, de 30 de dezembro de 1999. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 dez. 1999.

⁵ BARRETO, R. **Direitos Humanos**, 2017. p. 54.

⁶ ANDRADE, A.; ANDRADE, L; MASSON, C. **Interesses Difusos e Coletivos Esquemático**, 2015, p. 42.

⁷ AMADO, F. **Direito Previdenciário**, 2020. p. 19.

regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”. Esse sistema possui diretrizes organizacionais que preveem a descentralização, com direção única em cada esfera do governo, e atendimento integral, sendo prioritárias as atividades preventivas, mas sem prejuízo dos serviços assistenciais e com a participação da comunidade.

No plano infraconstitucional, atendendo ao comando constitucional, a saúde e seu sistema único são regulados pela lei 8.080/1990 que decreta “em todo território nacional, as ações e serviços de saúde”, conforme seu artigo 1º. Essa lei também dispõe, em seu artigo 2º, que a saúde “é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Esse dever do Estado, nos termos do artigo 3º da legislação:

[...] consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Além disso, a lei 8.080/1990 prevê para o Sistema Único de Saúde (SUS) “o conjunto de ações e serviços de saúde” prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, seja da administração direta ou da indireta, e também por fundações mantidas pelo poder público.

É bem verdade que, em termos de legislação, a previsão e proteção ao direito à saúde podem ser considerados amplos. Delduque e Oliveira⁸ afirmam que “[...] os tijolos assentados até agora na sua construção, embora tenham representado um enorme avanço, não foram suficientes para levantar a morada desse direito para todos”. Tanto é assim que apesar da regulamentação no plano internacional e interno – constitucional e infraconstitucional – não são raras as vezes em que os brasileiros e as brasileiras precisam valer-se do poder judiciário, uma vez que sua atuação é inafastável, para ver garantido e efetivado o seu direito à saúde.

A judicialização do acesso à saúde, para Miriam Ventura, traz à tona reivindicações expressas e modos de atuação legítimos de indivíduos e instituições, sendo um fenômeno que envolve aspectos políticos, sociais, éticos e sanitários, indo além do fator jurídico e de gestão de serviços públicos⁹. Em outras palavras, o ingresso ao judiciário para pleitear um direito subjetivo que é legítimo, como o direito à saúde, traz impactos não apenas no mundo do direito, mas também no que diz respeito à gestão dos serviços públicos e diversas outras implicações.

Ainda de acordo com Miriam Ventura¹⁰, a demanda mais recorrente em âmbito judicial corresponde ao pedido individual ou coletivo pelo fornecimento de medicamentos, já a escolha pela via judicial tanto decorre da necessidade de incorporação do medicamento ou procedimento pleiteado pelo SUS ou pela ausência ou inefetividade estatal na sua

⁸ DELDUQUE, M. C.; OLIVEIRA, M. S. C. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à saúde. *In*: COSTA, A. B. *et al.* (Org.) **O Direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde, 2009, p. 103-111.

⁹ VENTURA, M. *et. al.* **Judicialização da Saúde, acesso à justiça e efetividade do direito à saúde**, 2010.

¹⁰ *Ibid.*

oferta na rede pública. Nesse último caso, de acordo com Travassos e Martins, a judicialização expõe a mais genérica face de deficiências quanto ao acesso à saúde no Brasil, sendo uma demonstração da perspectiva do desempenho do sistema em relação à sua oferta¹¹. Em conclusão, a judicialização é um instrumento legítimo para que o brasileiro e a brasileira acessem seu direito à saúde, direito humano e social que reclama, em sua essência, atuação positiva no Estado para sua efetivação.

É nesse contexto que as ações de saúde que pleiteiam o fornecimento de medicamentos são legítimas e possíveis, passíveis de serem ajuizadas em face de todos os entes estatais, por se tratar o direito à saúde como matéria de competência comum da União, Estados Distrito Federal e Municípios, conforme artigo 23, II, da Constituição. Ademais, a lei 8.080/1990, como visto, traz todos os entes como componentes do SUS. É possível, portanto, pleitear em face de qualquer dos entes ou, dependendo da situação, de alguns deles especificamente (sobretudo, a União).

2.A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM CARUARU/PE E A SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO EM CARUARU

A Defensoria Pública da União (DPU), órgão constitucional previsto no artigo 134 da Constituição Federal, é **instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado**, responsável por litigar em face de instituições federais, **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**, nos termos constitucionalmente previstos. Possui diversas unidades no Brasil, sendo a unidade de Caruaru uma das três que compõem o estado de Pernambuco¹².

A subseção Judiciária de Pernambuco em Caruaru se compõe de um Fórum Federal, localizado na cidade de Caruaru, composto por quatro varas federais, a saber: 16ª Vara Federal, 24ª Vara Federal, 31ª Vara Federal (Juizado Especial) e 37ª Vara Federal. Conforme extraído do site da Justiça Federal em Pernambuco:

Visando melhorar o acesso da população à Justiça e ampliando sua atuação no interior do Estado, a Justiça Federal em Pernambuco inaugurou, em 21 de maio de 2004, a 16ª Vara na Cidade de Caruaru. O Fórum recebeu a denominação de Professor Lourival Vila Nova. No ano seguinte foi inaugurada a 24ª Vara, no dia 10 de novembro de 2005, dentro do projeto de interiorização da Justiça Federal. Ambas as Varas foram criadas através da Lei nº 10.772, de 21 de novembro de 2003. Com a edição da Lei nº 12.011, de 04 de agosto de 2009, deu-se continuidade a criação de novas varas no interior do Estado.

¹¹ TRAVASSOS, C.; MARTINS, M. **Uma revisão sobre os conceitos de acesso e utilização de serviços de saúde**, 2004.

¹² DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM PERNAMBUCO. **Abrangência da DPU em Pernambuco**, 2021.

Assim mais duas varas foram inauguradas na cidade. Em 10 de maio de 2011, foi instalada a 31ª Vara, privativa do Juizado Especial Federal (JEF). E no dia 29 de abril de 2014, foi inaugurada a 37ª Vara, com competência plena, porém com especialização nas Execuções Penais¹³.

Estando a atribuição de atuação do órgão de execução das unidades da Defensoria Pública da União atrelada à jurisdição da Seção ou Subseção perante a qual atua, por força do artigo 5º, §1º, da Resolução nº 63, do Conselho Superior da Defensoria Pública (CSDPU), a DPU em Caruaru, diante dos seus órgãos de execução, tem exercício constitucional e legal perante os 36 (trinta e seis) municípios que compõe a Subseção de Caruaru¹⁴. Hoje, a unidade da DPU em Caruaru tem 2 (duas) Defensorias Públicas Federais para atuar judicialmente e extrajudicialmente no âmbito da Subseção de Caruaru.

Por fim, atualmente, todas as demandas em que se pleiteiam medicamentos tramitam por sistema virtual, por meio do Processo Judicial Eletrônico (PJe), regulado pela lei nº 11.419/2006.

3. TUTELAS DE URGÊNCIA NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS: UMA ANÁLISE DA SUA (IN)EFETIVIDADE NA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO EM CARUARU A PARTIR DO TEMPO MÉDIO ENTRE A CONCESSÃO DA URGÊNCIA E SUA IMPLEMENTAÇÃO

A tutela de urgência é gênero da espécie tutela provisória e terá lugar sempre que, no caso concreto, sejam preenchidos os requisitos legais. De acordo com Alexandre Freitas Câmara:

Tutelas provisórias são tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em cognição sumária (isto é, fundadas em um exame menos profundo da causa, capaz de levar à prolação de decisões baseadas em juízo de probabilidade e não de certeza). Podem fundar-se em urgência ou em evidência (daí por que se falar em tutela de urgência e em tutela da evidência)¹⁵.

Regulamentada a partir do artigo 294 do Código de Processo Civil (CPC), a tutela provisória de urgência pode ser cautelar ou incidental e será concedida em situações em que há elementos que possam evidenciar a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Em outras palavras, sendo o direito provável e havendo risco de seu perecimento, há lugar para a tutela provisória de urgência. E isso porque não há razão para exercer o direito de ação por meio da provocação ao judiciário, senão é possível que ao fim e ao cabo do processo possa resultar alguma utilidade para a parte.

Essa tutela de urgência pode ser cautelar ou satisfativa. Será cautelar quando se prestar a assegurar o resultado útil do processo, quando determinada situação ser capaz de colocar em risco sua efetividade. Por outro lado, a tutela satisfativa é uma verdadeira antecipação do pedido final, que será cabível quando for iminente ao direito substancial que se visa resguardar/realizar com a ação judicial. Em síntese, Alexandre Freitas Câmara dispõe:

¹³ JUSTIÇA FEDERAL EM PERNAMBUCO. **Histórico do Município**, 2014a.

¹⁴ JUSTIÇA FEDERAL EM PERNAMBUCO. **Jurisdição**, 2014b.

¹⁵ CÂMARA, A. F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 2019. p. 205.

Ambas as modalidades de tutela de urgência, portanto, têm como requisito essencial de concessão a existência de uma situação de perigo de dano iminente, resultante da demora do processo (*periculum in mora*). Este perigo pode ter por alvo a própria existência do direito material (caso em que será adequada a tutela de urgência satisfativa) ou a efetividade do processo (hipótese na qual adequada será a tutela cautelar)¹⁶.

No caso das demandas de saúde em que se pleiteiam medicamentos, é comum a utilização da tutela de urgência antecipada ou satisfativa, uma vez que normalmente o direito que se visa resguardar – a saúde, a qual encerra em si a vida e a própria existência com dignidade – muitas vezes não pode suportar o tempo que um processo leva. Isso pode acarretar na perda do objeto no curso da ação, pela própria morte do demandante ou perda da eficácia do medicamento pleiteado, por exemplo.

Nesse contexto, este trabalho, por intermédio de pesquisa quanti-qualitativa, analisou 10 (dez) ações judiciais ajuizadas pela Defensoria Pública da União em Caruaru entre os anos de 2018 e 2020, que tiveram a tutela de urgência antecipada deferida – seja na origem ou após recurso de agravo de instrumento. Verificou-se fatores como: o tempo médio entre o deferimento do pedido, considerada a data da decisão que determina o fornecimento em sede de tutela antecipada e a data da efetiva disponibilização à parte autora, isto é, a data em que o medicamento estava disponível para uso – e não necessariamente a data em que foi ministrado, e as possíveis intercorrências entre a decisão e a disponibilização.

Das 4 (quatro) varas federais, sendo uma delas o Juizado Especial Federal, as 3 (três) varas comuns exigem, para eventual aquisição de remédio, que nos autos de um processo de medicamento – seja em cumprimento de tutela de urgência ou de sentença – seja apresentado o valor do produto com a aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços (CAP) ou “desconto CAP”. Esse é ajustado às compras realizadas por entes públicos, regulamentado pela Secretaria-Executiva da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, mediante a Resolução nº 3 de 2 de março de 2011.

De acordo com tal resolução, conforme seu artigo 1º, **as distribuidoras, as empresas produtoras de medicamentos, os representantes, os postos de medicamentos**, dentre outros, deverão **aplicar o Coeficiente de Adequação de Preço – CAP** toda vez em que a venda se destinar aos entes federativos e aos da administração pública direta e indireta dos três poderes. Também prevê a obrigatoriedade de aplicação do coeficiente, que resultará em um desconto mínimo sempre que as vendas de medicamentos forem feitas a esses entes.

De acordo com o §2º do artigo 1º da resolução, a aplicação do CAP sobre o preço de fábrica (PF) do medicamento resulta no Preço Máximo de Vendas ao Governo (PMVG). A exigibilidade de aplicação desse coeficiente decorre de decisão judicial que determina o fornecimento de medicamentos a ser custeado por algum ente federativo, da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal, conforme artigo 6º da mesma resolução e, havendo descumprimento, sujeitam-se os infratores às penas da lei, conforme 7º.

Na prática, isso demanda que a DPU instrua ação judicial utilizando, como valor da causa, os valores que constam na tabela da Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA)

¹⁶ *Ibid.*

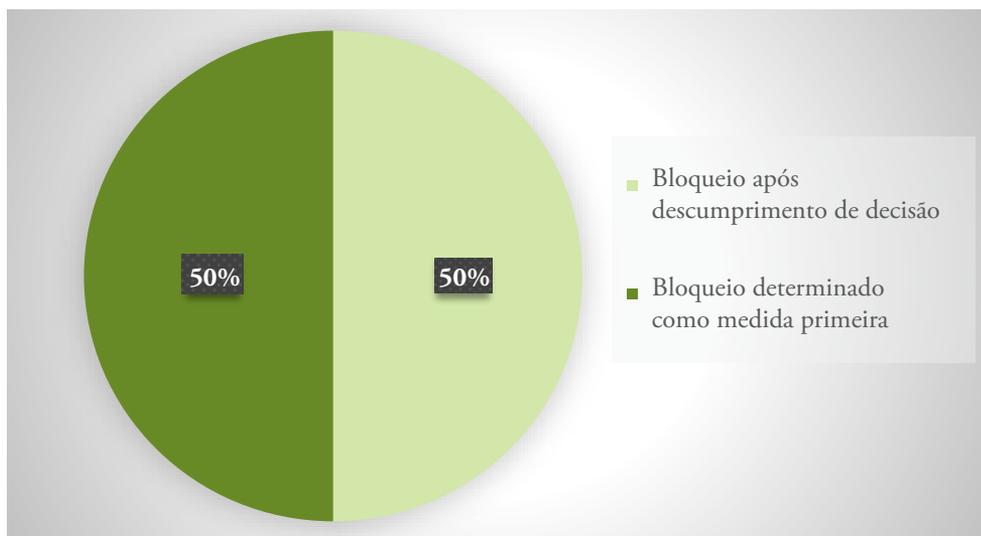
para o medicamento que se pleiteia, com observância do PMVG respectivo e também do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), aplicável a cada estado da federação. *In casu*, em Pernambuco, o imposto é de 18% (dezoito por cento), chegando-se, assim, ao valor do medicamento pleiteado para o tratamento da parte demandante assistida.

Na situação em que é deferida a tutela de urgência, a praxe na subseção judiciária de Pernambuco em Caruaru é intimar a parte autora a adotar as medidas necessárias para juntar aos autos a cotação de compra em empresas distribuidoras ou laboratórios aplicando o coeficiente referido, abrindo-se prazo para tanto. A partir disso, a DPU lança mão das diligências necessárias para fazer juntar aos autos a cotação requerida, para então o juízo prosseguir com os trâmites relativos à compra. Essas cotações muitas vezes levam dias para serem obtidas, por dificuldades impostas pelas próprias empresas, as vezes sendo necessário pedir ao juízo mais prazo para apresentação.

Normalmente, defere-se um prazo para que o ente estatal cumpra voluntariamente a obrigação, seja para fornecer o medicamento, seja para disponibilizar o valor para compra. Os processos analisados demonstram que os entes estatais, na condição de réis, ao arrepio da decisão liminar proferida, não a cumprem voluntariamente, de modo que foi necessário, nos processos em que foi constatado o descumprimento, que o juízo determinasse o bloqueio do valor necessário para a aquisição do medicamento.

Isso ocorreu em 5 (cinco) dos 10 (dez) processos analisados. Nos outros 5 (cinco) o bloqueio das contas dos entes estatais foi determinado de forma imediata. Isto é, na totalidade dos processos analisados, foi necessário bloqueio judicial para cumprimento da tutela de urgência.

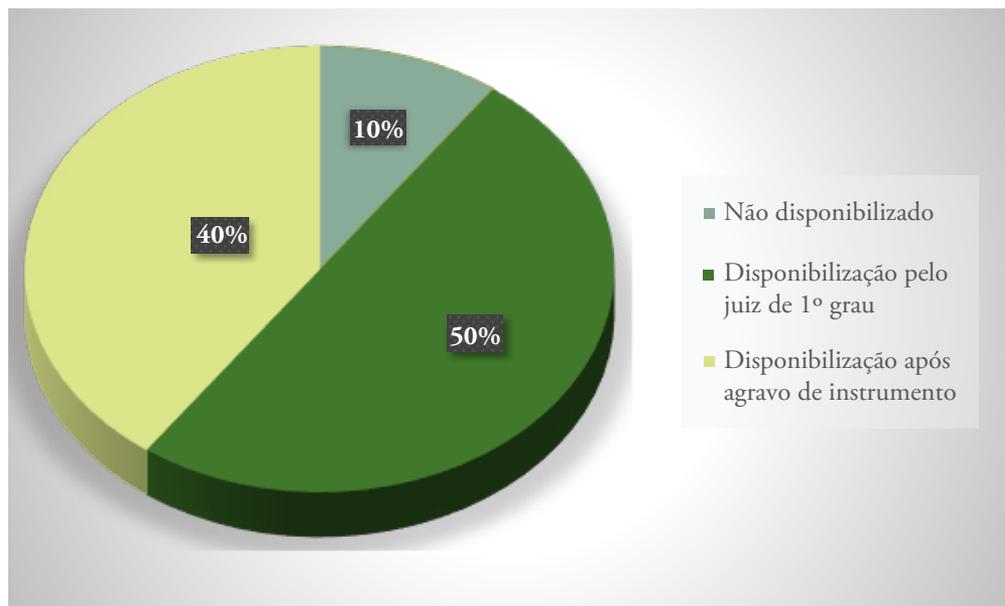
Gráfico 1 – Processos em Que Houve Bloqueio das Contas das Rés



Fonte: Gráfico produzido pela autora.

Com efeito, desses 10 (dez) processos, em 9 (nove) houve efetiva disponibilização do medicamento aos autores. O único processo em que não houve disponibilização efetiva decorreu do fato de que a parte autora faleceu antes, sendo possível cancelar a compra – já realizada – do medicamento. Desses 9 (nove), em 4 (quatro) o direito foi reconhecido apenas após o manejo de agravo de instrumento.

Gráfico 2 – Disponibilização do Medicamento

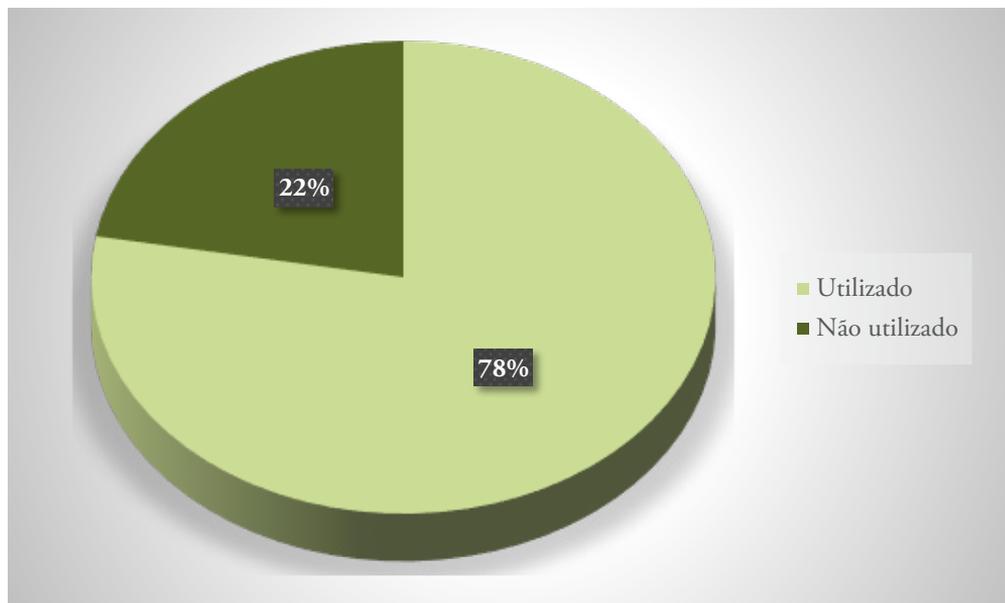


Fonte: Gráfico produzido pela autora.

Dos 9 (nove) processos em que houve efetiva disponibilização do medicamento, em 2 (dois) deles a medicação não foi utilizada, pois, em um, para o estágio em que se encontrava a patologia da parte autora, lhe cabiam apenas cuidados paliativos, sendo sugerido ao juiz o aproveitamento do medicamento em outra ação judicial em que se pleiteava o mesmo fármaco para a mesma patologia e na mesma instituição médica. No outro processo, a parte autora veio a óbito 14 (quatorze) dias antes da disponibilização do medicamento, durante os trâmites para disponibilizá-lo.

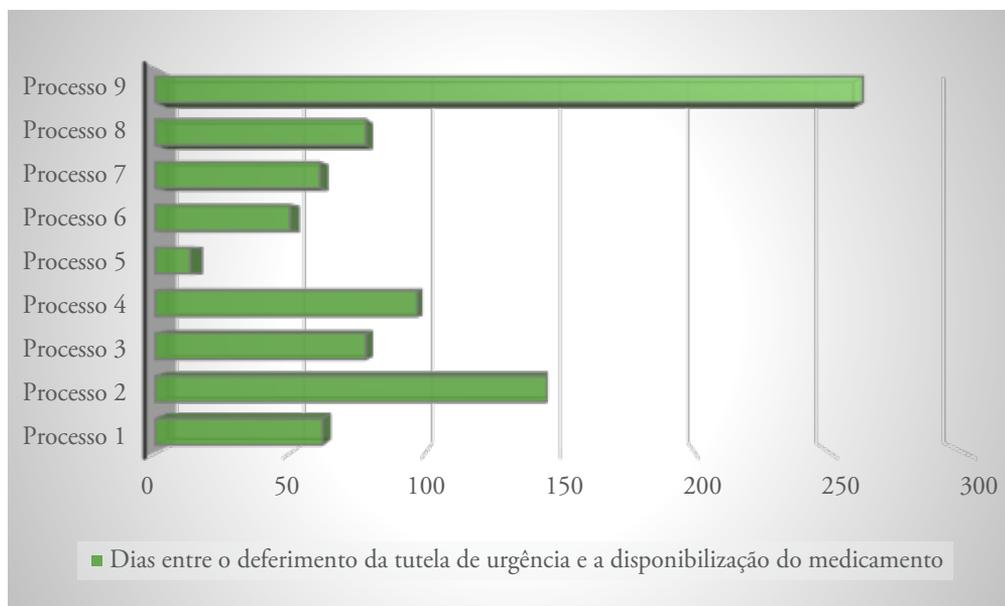
Em termos de dias, houve um caso em que entre a tutela de urgência deferida e a efetiva disponibilização decorreram 13 (treze) dias. Em outro, a efetivação da tutela se deu somente após 262 (duzentos e sessenta e dois) dias, estando os demais processos dentro desses dois espaços. A média alcançada foi de 94 (noventa e quatro) dias, ou seja, pouco mais de 3 (três) meses, considerando todos os processos em que houve efetiva disponibilização, independentemente das intercorrências supervenientes.

Gráfico 3 – Utilização Efetiva do Medicamento Disponibilizado



Fonte: Gráfico produzido pela autora.

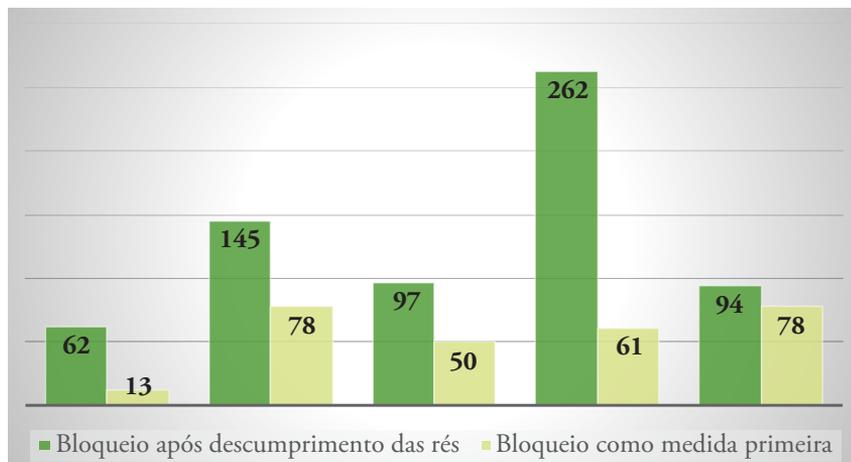
Gráfico 4 – Dias Entre o Deferimento da Tutela de Urgência e Disponibilização do Medicamento



Fonte: Gráfico produzido pela autora.

A pesquisa constatou, entre os processos analisados, que aqueles em que o bloqueio judicial das contas das rés foi a primeira medida adotada, há uma menor média de tempo de efetivação da medida de urgência, caindo para 56 (cinquenta e seis) dias entre o deferimento da tutela até a disponibilização do fármaco.

Gráfico 5 – Tempo em Dias de Efetivação com Bloqueio Judicial como Primeira Medida



Fonte: Gráfico produzido pela autora.

Das análises feitas a partir dos dados obtidos, foi possível verificar que o tempo entre o deferimento da medida e a sua efetivação, que se implementa com a disponibilização do fármaco para uso pela parte autora, decorrem trâmites inerentes aos negócios. Esse processo envolve entidades públicas, o que termina por acrescentar dias ao andamento do feito, que, em certos casos, acaba por tornar ineficaz a tutela de urgência que se persegue, ocorrendo o perecimento do direito da parte autora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do deferimento da tutela de urgência e desde a determinação judicial de aplicação do “desconto CAP”, sempre mais vantajoso para a aquisição dos medicamentos, até a necessidade de bloqueio das contas das rés, são possíveis diversas intercorrências. Algumas medidas sugeridas a seguir talvez pudessem ser adotadas a fim de diminuir o tempo em dias até a disponibilização do medicamento e, na mesma proporção, maximizar a tutela pretendida.

Verifica-se, inicialmente, que a recalcitrância dos entes públicos no polo passivo da demanda em cumprir as determinações exaradas em tutela de urgência lhes é muito positiva, ao passo que, em sentido contrário, para a parte autora, cujo direito foi reconhecido – ainda que de forma provisória – é, algumas vezes, fatal. Soma-se a isso o fato de que os prazos são contados em dias úteis, de acordo com a regra processual prevista no artigo 219 do CPC.

Com efeito, conforme o artigo 5º, §3º, da lei nº 11.419/2006, que regulamenta o Processo Judicial Eletrônico (PJe), é de 10 (dez) dias corridos o prazo para que as partes façam a consulta necessária às intimações lançadas nos sistemas virtuais. Assim, se o juízo conceder prazo legal ou impróprio de 15 (quinze) dias úteis, por exemplo, esse só terá início após confirmação de leitura da intimação, o que pode levar até 10 (dez) dias corridos – normalmente os entes na qualidade de réus fazem isso em demandas de tal natureza –fazendo com que, na prática, um prazo de 15 (quinze) dias chegue a ser alargado por quase 30 (trinta) dias úteis, a depender da situação.

Outro ponto observado é que a DPU precisa realizar as cotações aplicadas ao “desconto CAP” individualmente, isso porque, como visto, tais cotações demandam decisão judicial e determinam o fornecimento da medicação. Ou seja, somente após iniciado o prazo para cumprimento da tutela provisória é que é possível levar aos autos a exigência solicitada, não sendo possível, portanto, que a parte autora adiante-se à exigência a fim de imprimir celeridade no cumprimento.

Também se constatou que, apesar de em algumas das ações haver pedidos de fixação de multa ou a fixação propriamente dita para o caso de descumprimento pelas réus da tutela de urgência, não se localizou, *a posteriori*, a execução dessas. Além disso, os valores das multas, quando comparados aos preços dos medicamentos, são menos custosos, o que acaba por enfraquecer o instituto da astreinte e inutilizar sua finalidade. Ademais, consagrar uma possível “cultura” decorrente de uma (ausência de) prática de não levar à efeito o instituto, por não ter consequências, não é interessante.

De todo o apurado, a dedução inicial que fundamentou a hipótese de pesquisa e a permeou não foi confirmada. É que apesar dos dados quantitativos analisados, os elementos qualitativos expõem nuances que não podem deixar de serem consideradas por influírem diretamente na efetividade das tutelas de urgência. Em outras palavras, é impossível estabelecer um prazo específico, em dias, em que se possa aferir a efetividade ou não da medida liminar. É isso porque, de acordo com a pesquisa, para todos os casos que se encontram no âmbito do tempo médio verificado – 94 (noventa e quatro) dias – é possível afirmar a efetividade da medida, pois nenhum deles estavam dentro das intercorrências verificadas (relativas à perda da eficácia da medicação e ao óbito da parte autora).

Contudo, é possível apontar algumas medidas de curto prazo, exequíveis ao judiciário, a fim de dar mais celeridade ao procedimento indissociável nas tutelas de urgência em ações que pleiteiam medicamentos, a saber: (i) o estabelecimento de prazos “impróprios” ou diferenciados mais curtos para cumprimento da tutela de urgência pelos réus, conforme poder que lhe outorga o artigo 139, II e IV do CPC, por exemplo, com a imediata determinação de bloqueio caso, decorrido o prazo, não seja verificado o cumprimento pelo sujeito passivo da demanda; (ii) a imposição de multas em valores que desestimulem as réus a se manterem inertes; (iii) que fosse proferida decisão judicial imediata ao ajuizamento, mesmo antes da apreciação/concessão da tutela de urgência, determinando a observância e a aplicação do desconto CAP para cotações solicitadas pela Defensoria Pública da União.

No que diz respeito à Defensoria Pública da União enquanto instituição, seria possível também, no sentido de maximizar sua atuação – e na medida de suas possibilidades técnicas,

financeiras e estruturais, sobretudo em decorrência da necessidade de adequação dos gastos decorrente da PEC 98/2016, pensar em um projeto a médio e longo prazo; em que fosse possível a criação de uma plataforma ou setor que pudesse remeter todas as demandas de medicamentos, seja de forma nacional, regionalizada ou por unidades, mediante termo de cooperação, por exemplo. A finalidade seria a de manter contato direto e estreito com as empresas fornecedoras de medicamentos, diminuindo o tempo de espera por uma resposta a pedido de cotação e criando uma base de dados para demandas e requerimentos de medicamentos iguais.

A conclusão a que o trabalho chega é que dentro do tempo médio na subseção judiciária de Pernambuco em Caruaru, entre a concessão e a efetivação da tutela de urgência, consubstanciada esta última na disponibilização do medicamento, não há que se falar em inefetividade. Pelo contrário, em todos os casos os medicamentos efetivamente disponibilizados foram utilizados pelos autores das ações, o que permitiu a real satisfação do pedido de urgência e o andamento regular do processo.

REFERÊNCIAS

AMADO, F. **Direito Previdenciário**. Coleção Sinopses para Concursos. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

ANDRADE, A.; ANDRADE, L.; MASSON, C. **Interesses Difusos e Coletivos Esquemático**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

BARRETO, R. **Direitos Humanos**. Coleção Sinopses para Concursos. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. Decreto nº. 3.321, de 30 de dezembro de 1999. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 15 abril 2021.

BRASIL. Decreto nº. 592, de 6 de julho de 1992. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 15 abril 2021.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. Resolução nº 3, de 2 de março de 2011. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.gov.br/anvisa/pt-br/acesoainformacao/perguntasfrequentes/medicamentos/cmed/precocap/arquivos/5454json-file-1>>. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 maio 2020.

CÂMARA, A. F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM PERNAMBUCO. **Abrangência da DPU em Pernambuco**. Recife: DPU, 2021. Disponível em: <<https://www.dpu.def.br/endereco-pernambuco>>. Acesso em: 22 maio 2020.

DELDUQUE, M. C.; OLIVEIRA, M. S. C. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à saúde. In: COSTA, A. B. *et al.* (Org.) **O Direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: UnB, 2009. p. 103-111.

JUSTIÇA FEDERAL EM PERNAMBUCO. **Histórico do Município**. Recife: Portal JFPE, 2014a. Disponível em: <<http://www.jfpe.jus.br/index.php/historico-do-municipio-caruaru.htm>>. Acesso em: 22 maio 2020.

JUSTIÇA FEDERAL EM PERNAMBUCO. **Jurisdição**. Recife: Portal JFPE, 2014b. Disponível em: <<http://www.jfpe.jus.br/index.php/jurisdicao-caruaru.html>>. Acesso em: 22 maio 2020.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ONU. Organização Das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948.

TRAVASSOS, C.; MARTINS, M. Uma revisão sobre os conceitos de acesso e utilização de serviços de saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 190-198, 2004.

VENTURA, M. *et al.* Judicialização da Saúde, acesso à justiça e efetividade do direito à saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA SUSTENTABILIDADE E AS INCONSTITUCIONAIS ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS A AGROTÓXICOS

*FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF SUSTAINABILITY AND THE UNCONSTITUTIONAL TAX
EXEMPTIONS TO PESTICIDES*

Thaís Aurélio Garcia

Defensora Pública Federal

*Integrante do Grupo de Trabalho de Garantia à Segurança Alimentar e Nutricional da DPU e do
Fórum de Combate aos Impactos dos Agrotóxicos e Transgênicos do Distrito Federal.
Mestre em Direito Processual e Cidadania – Universidade Paranaense
thais.garcia@dpu.def.br*

RESUMO

Este artigo visa a identificar as desonerações tributárias a agrotóxicos no Brasil e a analisar a (in)constitucionalidade dessas renúncias fiscais, tendo em conta os direitos fundamentais à saúde, à alimentação adequada e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Os princípios da precaução, da prevenção, do poluidor-pagador e da seletividade fornecem subsídios para a adoção de outro modelo de tributação e de governança que seja consentâneo com o interesse público. A tributação verde, a qual já é realidade em países que não irrelevam os riscos e os danos decorrentes do uso e consumo de agrotóxicos aos seres humanos e ecossistemas, desponta como um meio de efetivação do princípio fundamental da sustentabilidade. A concepção da Justiça Ecológica e seus três elementos revela parâmetros para a governança, para o processo de tomada de decisões, bem como para o modelo de desenvolvimento verdadeiramente sustentável, em que esse adjetivo não seja tomado isoladamente. O ingresso da Defensoria Pública da União como *custos vulnerabilis* ou na condição de *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5553 assegura a representatividade de milhões de pessoas vulneráveis, direta ou indiretamente afetadas com as isenções fiscais a agrotóxicos e, concomitantemente, conferirá legitimidade democrática à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Inconstitucionalidades. Isenções tributárias. Agrotóxicos. Princípio fundamental da sustentabilidade. Tributação Verde.

ABSTRACT

This article aims at identifying tax exemptions for pesticides in Brazil and analyzing the (un)constitutionality of these tax waivers, considering the fundamental rights to health, to adequate food and to an ecologically balanced environment. The principles of precaution, prevention, polluter-pays and selectivity provide subsidies for the adoption of another

model of taxation and governance aligned with the public interest. Green taxation, which is already a reality in countries that recognize the risks and damages resulting from the use and consumption of pesticides for humans and ecosystems, emerges as a means of implementing the fundamental principle of sustainability. The conception of Ecological Justice and its three elements shows parameters for governance, for the decision-making process and for the truly sustainable development model, in which this adjective is not considered isolately. The admission of Federal Public Defender's Office as *custos vulnerabilis* or *amicus curiae* in the Direct Action of Unconstitutionality nº 5553 ensures the representation of millions of vulnerable people, directly or indirectly affected by tax exemptions to pesticides and, concomitantly, will confer democratic legitimacy to the decision of the Federal Supreme Court.

Keywords: Unconstitutionalities. Tax exemptions. Pesticides. Fundamental principle of sustainability. Green taxation.

Data de submissão: 16/07/2020

Data de aceitação: 05/10/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. EXTRAFISCALIDADE ÀS AVESAS E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SELETIVIDADE. 2. OS IMPACTOS DOS AGROTÓXICOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE. 3. OFENSA A DIREITOS FUNDAMENTAIS. 4. PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA SUSTENTABILIDADE. 5. EXEMPLOS DE TRIBUTAÇÃO VERDE. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A partir da proibição de agrotóxicos nos países desenvolvidos, verificou-se uma corrida das empresas fabricantes dessas substâncias, a exemplo da Bayer/Monsanto, Dow-DuPont, Syngenta e Basf, em expandir seus mercados rumo a países considerados, na expressão de João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, “paraísos a-bioéticos”¹.

Não foi à toa que, no Capítulo 19 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Agenda 21, resultado da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), foi reconhecido o grave contexto em que inseridos os países em desenvolvimento quanto à poluição química em larga escala.

¹ LOUREIRO, J. C. S. G. **Constituição e biomedicina:** contribuição para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana. 2003. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003.

No Brasil, por exemplo, o consumo de agrotóxicos corresponde a 19% do mercado mundial² e, de acordo com o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), na última atualização sobre a comercialização de agrotóxicos em 2016, entre os anos 2000 e 2014, o consumo de agrotóxicos triplicou³.

O consumo pelo brasileiro de uma grande quantidade de agrotóxicos também está atrelado ao número de agrotóxicos registrados anualmente pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa). Conforme o dossiê “Um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde”, lançado em 2015 pela Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco), “enquanto nos últimos dez anos o mercado mundial de agrotóxicos cresceu 93%, o mercado brasileiro cresceu 190%. Em 2008, o Brasil ultrapassou os Estados Unidos e assumiu o posto de maior mercado mundial de agrotóxicos⁴”.

Citando dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística/Sistema IBGE de Recuperação Automática (IBGE/Sidra) e do Sindicato Nacional das Indústrias de Defensivos Agrícolas (Sindag), o citado Dossiê revela que, dos cerca de 853 milhões de litros de agrotóxicos pulverizados em lavouras de soja, milho, cana, algodão, café, cítricos, frutas, eucaliptos, em 2011, a média de uso foi de 12 litros/hectare, representando uma exposição média ambiental/ocupacional/alimentar de 4,5 litros de agrotóxicos por habitante, sendo comercializadas 823.226 toneladas de produtos químicos nas lavouras brasileiras no ano de 2012, movimentando US\$ 9,710 bilhões⁵.

Outro fator que contribui para induzir o uso e consumo de agrotóxicos são as isenções fiscais conferidas pelo Estado Brasileiro à comercialização e importação dessas substâncias. Sobre essa questão se debruça este artigo, ante a relevância do questionamento suscitado pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5553, bem como do debate jurídico-constitucional para toda a sociedade brasileira e, porquê não dizer, a sociedade global, também interessada.

A discussão na ADI 5553, em tramitação, consiste em avaliar se, à luz dos direitos fundamentais ao meio ambiente equilibrado (artigo 225 da CRFB/88), à saúde (artigo 196 da CRFB/88) e do princípio constitucional da seletividade tributária (artigos 153, § 3º, I, e 155, § 2º, III, da CRFB/88), devem subsistir a redução da base de cálculo do ICMS e a concessão de isenção de IPI incidentes sobre os agrotóxicos.

Nos termos do inciso I da Cláusula Primeira do Convênio nº 100/97 do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, atualmente há uma redução de 60% da base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), nas saídas interestaduais de agrotóxicos.

² BRASIL. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional da Presidência da República. **E.M. nº 003-2013, de 1º de julho de 2013**, 2013.

³ BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. **Relatórios de comercialização de agrotóxicos**, 2015.

⁴ AUGUSTO, L. G. S. *et al.* (Org.). **Dossiê Abrasco: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde**, 2015, p. 49.

⁵ *Ibid.*, p. 50; p. 451.

Além disso, a mesma redução se aplica, nas operações internas com os agrotóxicos, consoante a Cláusula Terceira do Convênio nº 100/97 do Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz.

Por sua vez, o Decreto 7.660, de 23 de dezembro de 2011 (substituído integralmente pelo Decreto 8.950/2016) concede isenção total do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para os agrotóxicos listados em tabela do próprio decreto.

Assinale-se que a Procuradoria-Geral da República já manifestou pela inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados, em parecer favorável ao fim das isenções de tributos aos agrotóxicos. Importante destacar, ainda, que a 4ª Câmara do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural do MPF promoveu uma Audiência Pública, em 27/06/2019, merecendo destaque a atuação do Procurador da República Marco Antônio Delfino de Almeida.

Também se manifestaram pela procedência da ação a Abrasco, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), a Terra de Direitos, a Fian Brasil (Organização pelo Direito Humano à Alimentação e à Nutrição Adequadas), a Campanha Nacional em Defesa da Vida e Contra os Agrotóxicos, a Associação Brasileira de Agroecologia (ABA) e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Diante das isenções tributárias incidentes sobre os agrotóxicos e dos bilhões de reais que não são arrecadados anualmente aos cofres públicos, este artigo se propõe a: identificar a deturpação do princípio tributário da seletividade; a enumerar as violações a direitos fundamentais decorrentes; a avaliar os impactos desses produtos químicos, mediante constatações científicas e condenações judiciais de empresas fabricantes/comerciantes de agrotóxicos; a investigar a existência de alternativas viáveis a esse modelo como derivação do princípio fundamental da sustentabilidade, concebido por Klaus Bosselmann como um dos pilares da sociedade moderna, tal como a justiça, a igualdade e a liberdade⁶; e, por fim, a sugerir o ingresso da Defensoria Pública da União na condição de *custos vulnerabilis* ou *amicus curiae* na ADI 5553, em razão da representação adequada dos assistidos vulneráveis, cujos direitos são colocados em xeque, inclusive intergeracionalmente, pelos danos advindos dos uso e consumo de agrotóxicos.

1. EXTRAFISCALIDADE ÀS AVESSAS E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SELETIVIDADE

Na questão posta em discussão, impende compreender inicialmente a extrafiscalidade e o princípio da seletividade dos tributos.

Quanto à primeira, Paulo de Barros Carvalho ensina que se caracteriza pelo “emprego de fórmulas jurídico-tributárias para a obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatórios de recursos monetários”⁷. Hugo de Brito Machado assevera que “o tributo é extrafiscal quando seu objetivo principal é a interferência no domínio

⁶ BOSSELMANN, K. **The principle of sustainability: transforming law and governance**, 2008, p. 5.

⁷ CARVALHO, P. de B. **Curso de direito tributário**, 2011, p. 291.

econômico, para buscar um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros”⁸. Luciano Amaro, por sua vez, acresce que o objetivo dessa medida é “estimular ou desestimular certos comportamentos, por razões econômicas, sociais, de saúde etc”⁹.

Roque Antônio Carraza, ao esclarecer que o IPI e o ICMS devem guardar o caráter extrafiscal, explicita o princípio da seletividade:

Os tributos, de um modo geral, são utilizados como instrumento de fiscalidade, servindo basicamente, pois, para carrear dinheiro aos cofres públicos. O IPI e o ICMS, pelo contrário, devem necessariamente ser instrumentos de extrafiscalidade, a teor dos já citados arts. 153, § 3º, I e 155, § 2º, III, da CF. Salientamos que estas normas constitucionais, mandando que tais impostos sejam seletivos, não estão dando uma mera faculdade ao legislador, mas, pelo contrário, estão lhe impondo um inarredável dever, de cujo cumprimento ele não pode se furtar. (...) Portanto, a seletividade, no IPI e no ICMS, é obrigatória. Ou, seguindo a trilha constitucional, **estes tributos devem ser seletivos, em função da essencialidade do produto industrializado (IPI) ou das mercadorias ou serviços (ICMS)**. Estamos confirmando, destarte, que o IPI e o ICMS devem ser utilizados como instrumentos de ordenação político-econômica, estimulando a prática de operações (com produtos industrializados ou mercadorias) ou serviços havidos por necessários, úteis ou convenientes à sociedade e, em contranota, onerando outros que não atendam tão de perto o interesse coletivo¹⁰.

Em função disso, o Parecer da Procuradoria-Geral da República critica a concessão de isenção fiscal aos agrotóxicos, haja vista que estes não podem ser considerados produtos essenciais, na CRFB/88¹¹.

Nesse ponto, impende destacar a lição de Klaus Bosselmann de que, na tomada de decisões e na aplicação de princípios, devem ser consideradas as partes interessadas e afetadas, com vistas a se pautar no interesse público ou nacional ou, na melhor expressão cunhada por ele, no “interesse de toda a comunidade”, consubstanciado nos interesses coletivos de longo prazo das gerações presentes e futuras do ser humano e de outras espécies¹².

Considerado o princípio da seletividade, bem como a extrafiscalidade, dever-se-ia impor tributação mais elevada aos agrotóxicos, e não a isenção fiscal a esses produtos, uma vez que além de não serem essenciais para a vida da população, seu uso e consumo deveria ser desestimulado, em contraposição ao estado atual de “extrafiscalidade às avessas”, em que se estimula um modelo de produção insustentável.

⁸ MACHADO, H. de B. **Curso de direito tributário**, 2009, p. 96.

⁹ AMARO, L. **Direito tributário brasileiro**, 2011, p. 111.

¹⁰ CARRAZA, R. A. **Curso de direito constitucional tributário**, 2004, p. 89-90.

¹¹ BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer na ADI 5553**, 2017, p. 42.

¹² BOSSELMANN, K. *Op. Cit.*, p. 176.

Incompatíveis com os objetivos fundamentais da República, os benefícios fiscais concedidos aos agrotóxicos, somente em 2017, se aproximaram de 10 bilhões de reais, “sendo que o tributo responsável pelo maior montante desonerado em 2017 foi o ICMS, com 63,1% do total. Em seguida, o IPI com 16,5%, as contribuições sociais Pis/Pasep e Cofins, com 15,6% e, por último e com o menor montante, o imposto de importação com 4,8%”¹³.

Nesse relatório produzido pela Abrasco, com base nos dados do censo agropecuário 2017, da Secex (2017), Receita Federal (2017) e da legislação tributária federal e estadual, concluiu-se que os 3,6 bilhões da desoneração que impactam diretamente o orçamento federal correspondem a cerca de 10% do orçamento da agricultura¹⁴.

Vale dizer tamanha renúncia fiscal não se coaduna com o discurso de austeridade fiscal, sobretudo se se condiderar que o modelo químico-dependente não é eficiente e tampouco sustentável, pois, além de demandar cada vez mais agrotóxicos, exige como medida compensatória a expansão das áreas de cultivo e, por conseguinte, o desmatamento.

Sobreleva, ainda, o fato de que essa renúncia fiscal sinaliza que o Estado Brasileiro não leva os direitos a sério. Todo direito exige uma prestação positiva, não sendo possível cogitar em efetivação de direitos sem os devidos recursos advindos de tributos:

All rights are claims to an affirmative governmental response. All rights, descriptively speaking, amount to entitlements defined and safeguarded by law. [...]

All rights are costly because all rights presuppose taxpayer funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement.

The most familiar government monitors of wrongs and enforcers of rights are the courts themselves. [...]

The financing of basic rights through tax revenues helps us see clearly that rights are public goods: taxpayer-funded and government-managed social services designed to improve collective and individual well-being. All rights are positive rights¹⁵.

Além do desmantelamento da política de segurança alimentar, o desalinhamento de políticas públicas, evidenciado na governança das desonerações tributárias, implicou em uma série de recomendações pelo Plenário do TCU, no Acórdão 709/2018, ao avaliar a preparação do Governo Brasileiro para implementar a Agenda 2030 e a meta 2.4 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) no Brasil, especialmente o ODS 2 “Fome Zero e Agricultura Sustentável”¹⁶.

¹³ CUNHA, L. N. da.; PORTO, M. F. de S.; SOARES, W. L. **Uma política de incentivo fiscal a agrotóxicos no Brasil é injustificável e insustentável**: relatório produzido pela Abrasco através do GT Saúde e Ambiente, com o apoio do Instituto Ibirapitanga, 2020, p. 5.

¹⁴ *Ibid.*, p. 6.

¹⁵ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes, 1999, p. 44; p. 48.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 709/2018 Plenário**. Relator Augusto Nardes. Processo 029.427/2017-7, 2018.

Frise-se que, ao se observar a *ratio* da extrafiscalidade e do princípio da seletividade, o Estado deveria incentivar a agricultura familiar e camponesa, a qual responde por 70% dos alimentos *in natura* consumidos¹⁷, bem como a pesquisa e expansão de alimentos seguros, trocando a isenção fiscal sobre agrotóxicos pela isenção sobre alimentos orgânicos e biodinâmicos, os quais sim guardam o caráter de essencialidade à manutenção da vida e do meio ambiente.

2. OS IMPACTOS DOS AGROTÓXICOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE

Não bastasse o elevado montante de recursos, os quais deixam de ser arrecadados e aplicados na consecução dos objetivos fundamentais da República, merece destaque que os danos e as externalidades negativas provocados pelos agrotóxicos são transferidos à sociedade e ao meio ambiente, em razão da inobservância do princípio do poluidor-pagador, o qual determina que, “no caso do consumidor de um produto transformado, cuja produção foi poluente, o poluidor-que-deve pagar é que efectivamente cria e controla as condições em que a poluição, e só ele dispõe de meios para evitar”¹⁸.

A respeito das externalidades associadas ao uso de agrotóxicos, o custo para a saúde do trabalhador rural e dos consumidores pode ser externado nas intoxicações agudas, na redução da fertilidade, nos distúrbios hormonais e comportamentais, em efeitos teratogênicos, mutagênicos e carcinogênicos.

Quanto ao custo ambiental gerado por essas substâncias nocivas, citem-se a contaminação da água, do ar e do solo e, em relação à biota, verifica-se verdadeiro desequilíbrio ecológico com a extinção de espécies e comprometimento da polinização e da biodiversidade.

Essas externalidades são potencializadas quanto mais os ingredientes das formulações de agrotóxicos comercializadas são camuflados como “inertes”, ou seja, cujas identidades não são reveladas sob o manto do segredo empresarial das empresas formuladoras¹⁹.

Passa-se doravante a explicitar alguns desses impactos citados, em que pese se estar diante de subnotificações de contaminação por agrotóxicos.

Conforme ressalva Larissa Bombardi, de 2007 a 2014 foram 25 mil intoxicações por agrotóxicos notificadas junto ao Ministério da Saúde. Não obstante, se calcula que, para cada caso de intoxicação notificada, tenham-se 50 outros não notificados, o que denota uma notificação estimada em apenas a 2% dos números reais²⁰.

¹⁷ AUGUSTO, L. G. S. *et al.* (Org.). *Op. Cit.*, p. 281.

¹⁸ ARAGÃO, A. **O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente**, 2014, p. 136.

¹⁹ VANDERLEI, M. R. **Efeitos dos agrotóxicos Kraft®36EC e Score®250EC (e seus princípios ativos) em ecossistemas aquáticos: análises comparativas e ecossistêmicas**. 2015. Dissertação (Mestrado em Engenharia Ambiental) – Universidade de São Paulo, São Carlos, 2015. p. 23.

²⁰ BOMBARDI, L. M. **Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia**, 2017, p. 54.

Raquel Maria Rigotto ilustra que o “Estudo epidemiológico da população da região do Baixo Jaguaribe/CE exposta à contaminação ambiental em área de uso de agrotóxicos”, realizado pela Universidade Federal do Ceará, registrou aumento de 100% dos agrotóxicos consumidos no Ceará entre 2005 e 2009 e de 963,3% dos ingredientes ativos comercializados no estado no período. A pesquisa ainda realça a contaminação da água disponibilizada para consumo e dos lençóis freáticos, ao que se soma:

o lançamento de cerca de 4.425.000 litros pela pulverização aérea de calda contendo venenos extremamente tóxicos e altamente persistentes no ambiente do entorno de comunidades da Chapada do Apodi/CE e a exposição diária de trabalhadores do agronegócio a elevados volumes de caldas tóxicas, que inclusive já resultou em pelo menos um óbito e na identificação de alterações na função hepática de significativo contingente de trabalhadores examinados. Constatou-se que os agricultores no Ceará têm até seis vezes mais câncer do que os não agricultores, em pelo menos 15 das 23 localizações anatômicas estudadas. Além disso, a taxa de mortalidade por neoplasias foi 38% maior (IC95%=1,09-1,73) nos municípios de estudo.²¹

Um caso emblemático marcou a comprovação do nexo causal entre o agrotóxico e o câncer que causou a morte de Vanderlei Matos da Silva, no Ceará, o que resultou na condenação da empresa Del Monte Fresh Produce pela Justiça do Trabalho²².

Sobre os efeitos nocivos da pulverização aérea, cite-se o caso da contaminação ocorrido em uma escola municipal de Rio Verde/GO:

A pulverização aérea de agrotóxicos é responsável pelo relato de sintomas característicos de intoxicações agudas e crônicas por comunidades locais, incluindo principalmente náuseas, cefaleia, dificuldades respiratórias e alergias cutâneas. Entre os casos mais graves de intoxicações causadas por pulverização aérea de agrotóxicos no Brasil está o do município de Rio Verde/GO, onde uma escola municipal foi diretamente atingida, causando a intoxicação aguda de 92 pessoas, a maioria crianças e adolescentes, conforme consta no Sistema de Informação sobre Agravos de Notificação (Sinan). Os principais sintomas relatados foram náuseas, vômitos, tonturas, cefaleias, convulsões e irritação na pele.²³

A presença de agrotóxicos na água, por sua vez, revela que os ambientes de água doce são um dos ecossistemas mais atingidos, não só pelo comprometimento da biota aquática, como em decorrência da insegurança alimentar gerada pelo consumo da água contaminada.

²¹ RIGOTTO, R. M. **Agrotóxicos, trabalho e saúde: vulnerabilidade e resistência no contexto da modernização agrícola no Baixo Jaguaribe/CE**, 2011.

²² ARANHA, A. **Multinacional é condenada por morte de trabalhador contaminado por agrotóxicos**. **Repórter Brasil**, 2018.

²³ BRASIL. Departamento de Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do trabalhador do Ministério da Saúde do Brasil. **Nota informativa contendo esclarecimentos sobre pulverização aérea e o controle de endemias**, 2016.

A gravidade da contaminação dos alimentos pode ser ilustrada após pesquisa inédita da Universidade Federal de Goiás (UFG), em parceria com a Universidade de Louisiana, dos Estados Unidos, publicada em 2019, que revelou a impossibilidade de se retirar o agrotóxico do alimento antes do consumo. Durante o experimento, foi aplicado um fungicida na casca de uma maçã orgânica e a fruta foi analisada em um aparelho normalmente utilizado para rastrear células cancerígenas. Com o passar dos dias, foi constatado que o fungicida penetrava cada vez mais na polpa da fruta, sendo que, em uma semana, havia avançado três milímetros e, em outro exame, com infravermelho, o agrotóxico penetrou 6 milímetros na polpa da fruta²⁴.

Mister lembrar que a correlação entre os agrotóxicos e os danos à saúde e ao meio ambiente foi denunciada por Rachel Carson, na obra *Primavera Silenciosa*, em 1962, ao observar a incomum mortandade de pássaros, à época devido à ação do DDT e de outros organoclorados²⁵. A coragem da cientista em trazer à tona as contradições do uso de agrotóxicos foi um grande legado para o aumento da consciência ecológica e das responsabilidades que guardamos em relação à espécie humana e a todas as demais.

3. OFENSA A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Depreende-se dos danos gerados à saúde dos trabalhadores rurais e dos consumidores que os agrotóxicos e as desonerações tributárias a estes vinculadas importam em afronta direta ao direito fundamental à saúde e à garantia constitucional de que o Estado deve, “mediante políticas sociais e econômicas”, reduzir o risco de doença e de outros agravos, nos termos dos artigos 6º e 196 da CRFB/88.

O reflexo do uso de agrotóxicos é a sobrecarga do Sistema Único de Saúde, porquanto, de acordo com pesquisa da FIOCRUZ, para cada dólar gasto com a compra dos agrotóxicos no Estado do Paraná, cerca de US\$ 1,28 são gerados em custos de saúde apenas para casos de intoxicação²⁶.

Outra violação decorrente das desonerações das isenções fiscais incidentes sobre agrotóxicos remete ao direito fundamental à alimentação, haja vista o estado de insegurança alimentar e nutricional gerado, em razão de o Estado inobservar o dever de garantir as dimensões indivisíveis e indissociáveis do direito à alimentação, quais sejam o direito de cada pessoa de estar livre da fome e da má nutrição e o direito à alimentação **adequada**.

²⁴ LUQUESI, T.; TÚLIO, S. Pesquisa da UFG, em parceria com uma universidade da Louisiana, nos EUA, concluiu que agrotóxico penetra além da casca da maçã. **G1 Goiás**, 2016.

²⁵ CARSON, R. **Primavera silenciosa**, 2010.

²⁶ SOARES, W. L. **Uso dos agrotóxicos e seus impactos à saúde e ao ambiente**: uma avaliação integrada entre a economia, a saúde pública, a ecologia e a agricultura. 2009. Tese (Doutorado em Saúde Pública e Meio Ambiente) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2009. p. 63.

O Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA)²⁷ já havia taxado o uso de agrotóxicos como uma das mais severas violações a esse direito, o qual foi previsto constitucionalmente somente após a Emenda Constitucional nº 64/2010, mas que antes já encontrava salvaguarda na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre os Direitos das Crianças e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos na área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 (Protocolo de São Salvador).

Cumpra mencionar, ainda, como desdobramento das desonerações tributárias, a violação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com previsão no artigo 225 da CRFB/88, o qual contemplou o que a doutrina denomina de “Estado de Direito Ambiental”, diante da necessidade de tutela adequada de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, em observância aos princípios da prevenção e precaução²⁸.

Depreende-se que a sociedade se depara com malefícios outros que não apenas as ameaças às liberdades, tendo em vista que riscos de repercussão geral e indistinta colocam em xeque a denominada **segurança ambiental**, conforme se refere o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin²⁹. Para garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos, o qual é intrínseco ao direito à vida, à segurança alimentar e à dignidade, devem o Poder Público e a coletividade defendê-lo e preservá-lo progressivamente, e não retrocedendo.

À luz dos princípios da prevenção e da precaução, não bastassem os danos relacionados a agrotóxicos já conhecidos, importa realçar que o mero risco e incerteza de outras externalidades negativas e “um sistema de gerenciamento de riscos que ignora a incerteza e a expectativa de danos não quantificáveis consiste em verdadeira receita para os desastres”³⁰.

Conforme ensina Édis Milaré, considera-se a incidência do princípio da prevenção para tratar de “riscos ou impactos já conhecidos pela ciência”, de sorte que o princípio da precaução, por sua vez, deve ser invocado quando “a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido”, o que significa que “a incerteza científica milita em favor do ambiente, carregando-se ao interessado o ônus de provar que

²⁷ Órgão de assessoramento imediato ao Presidente da República e que era responsável, em regime de colaboração com os demais integrantes do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sisan), pela articulação, acompanhamento e monitoramento da implementação e da convergência de ações inerentes à Política e ao Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. A despeito da importância das suas atribuições, o Consea foi extinto pela Medida Provisória nº 870/2019.

²⁸ MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**, 2014, p. 94-117.

²⁹ BENJAMIN, A. H. V. e. Meio ambiente e constituição: uma primeira abordagem. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 2002. **Anais...**, 2002, p. 89.

³⁰ CARVALHO, D. W. de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, respostas e compensação ambiental, 2015.

as intervenções pretendidas não trarão consequências indesejadas ao meio considerado”. Alerta o autor, ainda, que:

a omissão na adoção de medidas de precaução, em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível, foi considerada pela Lei nº 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) como circunstância capaz de sujeitar o infrator a reprimenda mais severa, idêntica à do crime de poluição qualificado pelo resultado (art. 54, § 3º).³¹

Com efeito, a CRFB/1988, no artigo 225, *caput* e § 1º, V e VII, ao invés de uma proteção por ricochete, em que o bem jurídico tutelado era outro (o patrimônio, por exemplo) e só de forma reflexa atingisse o meio ambiente, passou a considerar este como um bem em si mesmo, dotado de autonomia, em que qualquer resultado a ser buscado deve ser *in dubio pro natura*.

Diante da supressão da proteção a direitos fundamentais consagrados e consolidados na ordem jurídica brasileira e do grave retrocesso ecológico que permeia a concessão de isenções tributárias sobre agrotóxicos, impende citar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que poderá informar as balizas para o julgamento da ADI 5553.

No julgamento da medida cautelar em ADI 3.540-1, o Ministro Relator Celso de Mello sustentou que o direito à preservação da integridade do meio ambiente consiste em uma prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade, sendo inarredáveis as obrigações do Estado em não retroceder e em avançar na proteção do meio ambiente e da saúde humana.

Vale lembrar, em importante voto da Ministra Cármen Lúcia, quando votou pela procedência da ADI 5592, a intrínseca relação do princípio da proteção ao meio ambiente com o direito fundamental à saúde, uma vez que, de acordo com a ilustre Ministra, a alteração no equilíbrio do ecossistema e o prejuízo ao desenvolvimento sustentável afetam o ser humano.

Além disso, a Ministra alertou, ao tratar da dispersão de substâncias químicas por aeronaves para combate ao mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika, que “na nova ordem mundial, deve-se adotar como política pública o que for necessário para antecipar-se aos riscos de danos que se possam causar ao meio ambiente. Não se resolve crise na saúde pública com a criação de outra crise, também gravosa à saúde das pessoas e ao meio ambiente”³².

4. PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA SUSTENTABILIDADE

Sustentabilidade, para José Afonso da Silva, possui fundamento constitucional, com respaldo no artigo 225 da CRFB/88 e deriva da imposição do dever ao Poder Público e à

³¹ MILARÉ, É. *Direito do ambiente*, 2015, p. 263-266.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 5592**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Relator para Acórdão: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, de 11 de setembro de 2019. Brasília, DF: STF, 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752184165>>. Acesso em: 29 jun 2020.

coletividade de defender e preservar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Acrescenta que não há crescimento econômico sustentável sem equitativa redistribuição dos resultados do processo produtivo, sem a erradicação da pobreza e sem o atendimento das necessidades da população³³.

Assim como os ideais de justiça e de direitos humanos, a sustentabilidade consiste em um ideal de civilização, tanto em nível nacional quanto internacional. Além de ser qualificado como princípio do direito internacional, sustentabilidade é um princípio fundamental, como alguns outros pilares da sociedade moderna: justiça, igualdade e liberdade, cujos significados são impactados pelo princípio da sustentabilidade, devido à sua dimensão espacial e temporal mais ampla³⁴.

Para Klaus Bosselmann, o documento mais profundo e importante para reconhecer a importância fundamental da sustentabilidade, com vistas a definir uma estrutura para a construção de uma sociedade global no século XXI que seja justa, sustentável e pacífica, é a Carta da Terra³⁵. Referido documento finalizado em 2000 foi assinado pelo Brasil e contempla diretrizes relevantes para a enfrentamento das desonerações tributárias a agrotóxicos e para a adequada forma de produzir alimentos.

Todos esses mandamentos consubstanciam o respeito à Terra e à vida em toda a sua biodiversidade, bem como contemplam o verdadeiro significado da sustentabilidade, por reconhecer que todos os seres são interdependentes e que toda forma de vida tem valor, além de se depositar fé na dignidade e no potencial dos seres humanos³⁶.

De acordo com Klaus Bosselmann, a humanidade não progredirá na busca por sustentabilidade se continuar separando os “fatos” científicos dos “valores” éticos. Ademais, se persistir a governança ambiental como o primo pobre da governança econômica, o conceito de desenvolvimento sustentável continuará uma promessa não cumprida. Nesse sentido, o autor citado defende que a aplicação do princípio da sustentabilidade, núcleo conceitual do desenvolvimento sustentável, está condicionada a que esse princípio se torne um paradigma abrangente do direito e da governança, colocando a jurisprudência e as instituições legislativas em um novo caminho³⁷.

Para tanto, o princípio da sustentabilidade fornece orientações importantes para tornar o conceito holístico de desenvolvimento sustentável operacional, haja vista que esse princípio, ao imprimir o dever de proteger e restaurar a integridade dos sistemas ecológicos da Terra, demanda ação (“proteger e restaurar”) e, por conseguinte, é capaz de causar efeito legal, ou seja, trata-se de norma que cria a obrigação de promover prosperidade econômica de longo prazo e justiça social dentro dos limites da sustentabilidade ecológica³⁸.

³³ SILVA, J. A. da. **Direito ambiental constitucional**, 2010, p. 24-26.

³⁴ BOSSELMANN, K. *Op. Cit.*, p. 4-5; p. 62.

³⁵ *Ibid.*, p. 57.

³⁶ *Ibid.*, p. 75.

³⁷ *Ibid.*, p. 4; p. 7.

³⁸ *Ibid.*, p. 53.

Como existem escolhas a serem feitas entre necessidades concorrentes e sobre a extensão dessa “integração” e proteção dos sistemas ecológicos, surgem questões de justiça distributiva. Por essa razão, o autor desenvolve o conceito de Justiça Ecológica com 3 elementos éticos: justiça intrageracional, intergeracional e interespecies, em uma visão ecocêntrica ao invés de antropocêntrica, ao considerar que a manutenção da integridade ecológica dos ecossistemas está atrelada à responsabilidade pelos demais seres vivos, agregando essa preocupação com o mundo natural não humano (*interspecies justice*) à preocupação com os pobres (*intragenerational justice or equity*) e à preocupação com o futuro (*intergenerational justice or equity*)³⁹:

*To become a truly ecological concept, justice needs to reach out into the non-human world. As we will see, the ‘missing link’ in both the sustainable development debate and the justice debate is the recognition of ecological integrity. It is not enough to care for humans living today and those living tomorrow when the natural processes that sustain life are at risk. There is a need to identify and recognize the ethical and legal importance of ecological integrity.*⁴⁰

Em contraposição à alienação e separação em relação ao mundo natural não humano, característica dominante da modernidade, Klaus Bosselmann relembra os estreitos laços entre ética, justiça e direito do início da civilização moderna, em que Aristóteles elencou algumas virtudes associadas a uma boa vida: imaginação, abertura e empatia, sem as quais é razoável sugerir que a pessoa é indiferente em relação a outros seres humanos e à vida não humana a seu redor. Insta ressaltar que não há contradição entre a empatia pelo mundo natural e a boa vida dos seres humanos e que a tragédia da modernidade tem sido criar a dicotomia entre autonomia e dependência, sendo que necessitamos sobremaneira de um senso sofisticado de interdependência humana, porquanto “*a sense of interconnectedness may well be the key for future decision-making*”⁴¹.

Essa necessária visão holística representada na construção da conexão essencial entre o pensar, o querer e a ação pode ser depreendida também da contribuição de Ana Primavesi, precursora da agroecologia no Brasil e para quem o manejo ecológico de solos e águas é a única alternativa verdadeiramente sustentável ante a atual situação de degradação⁴².

No XV Congresso Internacional de Nutrição Funcional, em São Paulo/SP, promovido pela VP Centro de Nutrição Funcional, em 13/09/2019, o Professor Geraldo Deffune, Engenheiro Agrônomo (ESALQ-USP), M.Sc., Ph.D. (Univ. of London), durante a palestra “Agroecologia Aplicada, Biodinâmica e Biossegurança”, apresentou os “Resultados da Pesquisa Comparativa de Produtividade, Qualidade Nutricional e Vitalidade de Alimentos Biodinâmicos e Convencionais”, bem como mencionou a seguinte reflexão de Rudolf Steiner, criador da agricultura biodinâmica, resultante de um diálogo com Ehrenfried Pfeiffer, a qual pode ser conferida no prefácio do livro “Agriculture Course”:

³⁹ *Ibid.*, p. 79; p. 98-99.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 97.

⁴¹ *Ibid.*, p. 102.

⁴² PRIMAVESI, A. **Manejo ecológico del suelo**, 1982.

*This is a problem of nutrition. Nutrition as it is today does not supply the strength necessary for manifesting the spirit in physical life. A bridge can no longer be built from thinking to will and action. Food plants no longer contain the forces people need for this.*⁴³

Administrar a unidade agrícola como um “todo orgânico” (“*a dynamic living organic whole*”), regulado pelo equilíbrio entre as espécies e a saúde humana, ambiental e socioeconômica, foi inicialmente concebido pelo agrônomo Lord Northbourne, influenciado por Steiner, em 1940, na obra “Look to the Land”, no qual introduziu o termo “agricultura orgânica” no mundo⁴⁴.

Verifica-se, portanto, a consonância dessa visão com a ideia central do princípio da sustentabilidade, enquanto princípio de direito e de governança, consistindo, segundo Klaus Bosselmann, como a habilidade de respeitar e manter a integridade ecológica do planeta⁴⁵.

Tomada a sustentabilidade como fundamental para o projeto de civilização, Klaus Bosselmann destaca que, na omissão do Estado e das instituições, cumpre à sociedade civil desenvolver a agenda desse princípio, no que denomina a cidadania como principal veículo e catalisador para a mudança política⁴⁶.

Ao informar e definir as funções internas e externas do Estado, o princípio da sustentabilidade rechaça qualquer ação ou omissão que coloque em risco ou provoque danos à integridade ecológica, seja para as presentes e futuras gerações, seja para as demais espécies que integram o chamado “todo orgânico”. Não se concebe, dessarte, o Estado estimular o uso de agrotóxicos mediante a concessão de incentivos fiscais.

5. EXEMPLOS DE TRIBUTAÇÃO VERDE

Conforme esclarece Regina Helena Costa, a tributação ambiental consiste no emprego de instrumentos tributários para gerar os recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental, o que se relaciona à função fiscal do tributo, e também para orientar o comportamento dos contribuintes à proteção do meio ambiente, o que sobreleva o caráter extrafiscal tributário⁴⁷. Nesse sentido Heleno Taveira Torres ensina:

A tentativa de construção de um Sistema Tributário Ambiental tem sido permanentemente referida como um dos principais instrumentos do desenvolvimento econômico sustentável, com o propósito de

⁴³ STEINER, R. Agriculture course: the birth of the biodynamic method. **Rudolf Steiner Archive & e.Lib**, 2007.

⁴⁴ SCOFIELD, A. M. Organic farming: the origin of the name. **Biological Agriculture and Horticulture**, p. 1-5, 1986.

⁴⁵ BOSSELMANN, K. *Op. Cit.*, p. 2.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 3-4.

⁴⁷ COSTA, R. H. Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil. In: TORRES, H. T. (Org.). **Direito tributário ambiental**, 2005, p. 313.

alcançar uma efetiva “economia verde” (green economy). De fato, os tributos, em suas distintas técnicas de aplicação, podem ser usados para reduzir ou eliminar externalidades ambientais, estimular a inovação e assegurar proteção ao meio ambiente, numa interação permanente com o aprimoramento da educação, da redução da pobreza e da melhoria da qualidade de vida da população.⁴⁸

Em havendo formas de produção de alimentos que não ameacem e tampouco gerem risco ao meio ambiente, justifica-se a concessão de desonerações tributárias. Não obstante, o direito tributário não pode incentivar a erosão genética e a agressão à biodiversidade ocasionada pela monocultura e uso de agrotóxicos, sendo que se estima que a taxa anual da extinção de espécies causadas pela ação humana é de 50 a 100 vezes superior aos índices por causas naturais⁴⁹. Diante desse cenário, José Joaquim Gomes Canotilho ensina:

as agressões ao direito ao ambiente, traduzidas sobretudo na perturbação da integridade dos componentes ambientais naturais, carecem de justificação adequada caso se trate também de restrições ao núcleo essencial do direito ao ambiente e qualidade de vida na sua dimensão de direito, liberdade e garantia. Dentre as ponderações a incluir na justificação adequada deve incluir-se o juízo sobre alternativas ambiental e ecologicamente amigas, desde que elas se revelem adequadas, necessárias e proporcionais.⁵⁰

A chamada “governança para sustentabilidade” deve refletir nossas relações ecológicas, tendo em conta o novo ponto focal: a comunidade mais ampla da vida e o intrínseco valor dos ecossistemas. Klaus Bosselmann destaca que o principal texto de direito ambiental da Nova Zelândia é inspirado na Carta da Terra (*“importance of non-human ecology or broad biodiversity”* e *“earth guardianship and trusteeship principles”*), o que demonstra as sinergias entre ética, direito e governança⁵¹.

Durante a audiência pública promovida pela 4ª Câmara do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural do MPF, sobre a ADI 5553, em 27/06/2019, em Brasília/DF, Ministra-Conselheira da Embaixada Real da Dinamarca, Laura Nielsen destacou a governança dinamarquesa em torno das desonerações tributárias e as políticas públicas adotadas, denotando caminho bastante diverso da realidade brasileira.

Para que a Dinamarca se tornasse o país com maior participação de produtos orgânicos no mercado (cerca de 10% da agricultura dinamarquesa é orgânica), a Ministra assinalou a confluência de fatores: a) estabelecimento de uma parceria sólida entre os agricultores, produtores e consumidores; b) desenvolvimento de uma legislação na área de agricultura

⁴⁸ TORRES, H. T. **Descompasso entre as políticas ambiental e tributária**, 2012.

⁴⁹ MACHADO, L. C. P.; MACHADO FILHO, L. C. P. **A dialética da agroecologia**: contribuição para um mundo com alimentos sem veneno, 2014, p. 82.

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. G. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. **Tékhnē**: Revista de Estudos Politécnicos, p. 7-18, 2010.

⁵¹ BOSSELMANN, K. *Op. Cit.*, p. 176-177.

e produção orgânica, em 1987, acompanhada de uma série de planos de ações públicas com a meta de expandir a produção orgânica na Dinamarca, bem como aumentar as exportações desses produtos, o que incentivou os fazendeiros quando perceberam a demanda; c) investimento em pesquisa na área de desenvolvimento do setor orgânico pelo Estado Dinamarquês, que deu excelente exemplo, ao prover de alimentos orgânicos as instituições públicas como hospitais, asilos e creches; d) concessão de subsídios públicos para incentivar essa forma de produção; e) controle da expedição do selo orgânico, que certifica a qualidade dos produtos orgânicos; f) introdução de um sistema de taxaço de pesticidas pelo governo dinamarquês, variando o nível da taxaço conforme os impactos dos agrotóxicos na saúde, na natureza e nas águas subterrâneas; g) adoção de um regulamento muito rígido para o uso e comercialização de agrotóxicos, sendo que inúmeros são permitidos no Brasil e que, na Dinamarca, são banidos⁵².

A responsabilização pelas externalidades negativas e a taxaço do usuário/poluidor-pagador, mediante instrumentos econômicos, também foram medidas adotadas em outros países como Canadá, Holanda, Noruega, Suécia. Espera-se que esses exemplos sejam replicados no Brasil, em observância do dever de produzir alimentos seguros, por meio da agroecologia, que consiste em “uma tecnologia capaz de confrontar o agronegócio, em qualquer escala”⁵³ e que resgata os saberes tradicionais e incorpora os progressos científicos e tecnológicos em harmonia com o meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No julgamento da ADI 5553, o STF lidará com o desafio da sustentabilidade ecológica e suas implicações para a ideia de justiça, haja vista que está em jogo o direito das pessoas em estarem livres de agrotóxicos e de processos de produção que coloquem em risco o meio ambiente, a saúde da população e a soberania alimentar do país.

Diversos fundamentos constitucionais e previstos no direito internacional são violados com a concessão das desonerações tributárias a agrotóxicos, por prazo indeterminado. Bilhões de reais deixam de ingressar aos cofres públicos para estimular um modo de produção insustentável a médio e longo prazo. Somam-se à renúncia fiscal as externalidades negativas que repercutem nos direitos fundamentais à saúde, à alimentação adequada e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Cumprê realçar que a CRFB/88, a jurisprudência e a doutrina contemplam o princípio de vedação do retrocesso ambiental e a proibição de sobreposição de interesses econômicos sobre o plexo de direitos coletivos *lato sensu* mencionados.

De uma só vez são violados, ainda, os princípios da seletividade, da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador e o princípio da sustentabilidade, o qual se projeta como um dos pilares da sociedade moderna, tal como a justiça, a igualdade e a liberdade, conforme

⁵² NIELSEN, L. **Diálogo sobre a concessão de isenções tributárias a agrotóxicos**: audiência pública sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5553, 2019.

⁵³ MACHADO, L. C. P.; MACHADO FILHO, L. C. P. *Op. Cit.*, p. 36.

defendido por Klaus Bosselmann, não podendo a qualificação de sustentável ser considerada isoladamente em relação ao desenvolvimento.

Concebe-se a justiça ecológica como uma integração entre a justiça intrageracional, a justiça intergeracional e a justiça interespecíes, devendo ser resgatadas as virtudes enumeradas por Aristóteles para garantia do senso de interdependência e interconectividade que deve reger a governança e que se projeta como chave para as decisões futuras.

Padecem de inconstitucionalidade material as Cláusulas Primeira (em parte) e Terceira do Convênio ICMS 100/97 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), e do Decreto 7.660, de 23 de dezembro de 2011, relativo à isenção total de IPI aos agrotóxicos, os quais não são produtos essenciais e, tal como ocorre com cigarros e bebidas alcoólicas, devem receber tributação máxima e os recursos provenientes da arrecadação serem destinados ao SUS e à políticas públicas de fortalecimento da agroecologia, haja vista o desalinhamento dessas políticas já detectado pelo TCU.

A exigibilidade judicial como a possibilidade de exigir a realização de direitos junto ao Poder Judiciário, sobretudo ao guardião das normas constitucionais, traz à tona o desafio do STF de integrar a sustentabilidade como princípio fundamental e as implicações futuras do julgamento da ADI 5553, tanto para os brasileiros quanto para os ecossistemas, ambos dependentes da conexão essencial entre o pensar, o querer e o agir.

A sociedade civil emerge como um catalisador da agenda da sustentabilidade e, em atuação coordenada com as instituições, organizações e os movimentos sociais, é possível combater o esvaziamento das políticas públicas. Insta destacar a contribuição dos Fóruns Estaduais e do Distrito Federal de Combate aos Impactos dos Agrotóxicos, bem como da Campanha Permanente Contra os Agrotóxicos e Pela Vida, que é uma articulação composta por mais de 100 organizações no Brasil, destinada a denunciar o uso de agrotóxicos no país e promover a agroecologia como modelo de produção em defesa da saúde e da vida.

As questões relacionadas com o direito à alimentação, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado precisam ser pautadas transversalmente na agenda de diferentes setores de governo e da sociedade e devem ser abordadas de forma integrada, de modo a potencializar e qualificar o que vem sendo feito.

A CRFB/88 consagra a natureza institucional brasileira de Estado Democrático de Direito logo em seu artigo 1º. Independente do grau de efetivação de tal preceito na prática das relações, a democracia está estampada na intenção constitucional e parametriza os traços de nosso sistema jurídico. O viés de transformação social proposto pela Constituição harmoniza com este objetivo democrático, bem como com a adjetivação “Estado Democrático de Direito **Ambiental**”.

A garantia dos direitos albergados na CRFB/88 e o usufruto pelo povo dos bens jurídicos mediante a devida proteção pelo Estado são pressupostos para a construção de uma sociedade mais justa, em que resguardados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais e, ainda, os Objetivos do Milênio, propostos pela ONU, para afirmação da cidadania e garantia do mínimo existencial.

Depreende-se haver a harmonia desses preceitos com os objetivos da Defensoria Pública da União: primazia da dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades sociais, prevalência e efetividade dos direitos humanos de necessitados e pessoas em situação de vulnerabilidade. Nesse sentido, é cabível o pedido de habilitação da Defensoria Pública da União na qualidade de *amicus curiae* ou a intervenção como *custos vulnerabilis* na ADI 5553.

A Defensoria Pública da União, instituição destinada a prestar assistência jurídica gratuita e que tem como função precípua a defesa de grupos sociais específicos que mereçam especial proteção, deve dar atenção prioritária à proteção do direito social à alimentação adequada, do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à segurança alimentar e à saúde, prevenindo retrocessos e promovendo o avanço na proteção de bens jurídicos de valor inestimável.

REFERÊNCIAS

AMARO, L. **Direito tributário brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARAGÃO, A. **O princípio do poluidor pagador**: pedra angular da política comunitária do ambiente. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2014. v. 1. Disponível em: <https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/pdfs/Poluidor_Pagador_Alexandra_Aragao_Planete_Verde.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

ARANHA, A. **Multinacional é condenada por morte de trabalhador contaminado por agrotóxicos**. **Repórter Brasil**, dez. 2018. Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/2018/12/multinacional-e-condenada-por-morte-de-trabalhador-contaminado-por-agrotoxicos-em-fazenda-de-abacaxis/>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

AUGUSTO, L. G. S. *et al.* (Org.). **Dossiê Abrasco**: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

BENJAMIN, A. H. V. e. Meio ambiente e constituição: uma primeira abordagem. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, São Paulo. 2002. **Anais....** São Paulo: IMESP, 2002, v. 6, p. 89-101.

BOMBARDI, L. M. **Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia**. São Paulo: FFLCH-USP, 2017.

BOSELMANN, K. **The principle of sustainability**: transforming law and governance. Farnham: Ashgate, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional da Presidência da República. **E.M. nº 003-2013, de 1º de julho de 2013**. Brasília, DF: Consea, 2013. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/eventos/plenarias/exposicoes-de-motivos/2013/e-m-no-003-2013/view>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. Departamento de Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do trabalhador do Ministério da Saúde do Brasil. **Nota informativa contendo esclarecimentos sobre pulverização aérea e o controle de endemias**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2016. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/images/pdf/2016/marco/30/Esclarecimentos-sobre-pulveriza---o-a-rea-e-o-controle-de-endemias.pdf>>. Acesso em: 18 jun 2020.

_____. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. **Relatórios de comercialização de agrotóxicos**. Brasília, DF: Ibama, 2015. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/qualidadeambiental/relatorios/2014/grafico_historico_comercializacao_2000_2014.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. Procuradoria-Geral da República. **Parecer na ADI 5553**. Brasília, DF: PGR, 2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313047027&text=.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 5592**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Relator para Acórdão: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, de 11 de setembro de 2019. Brasília, DF: STF, 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752184165>>. Acesso em: 29 jun 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 709/2018 Plenário**. Relator Augusto Nardes. Processo 029.427/2017-7. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A709/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/6/%2520?uuid=01212240-c2d6-11ea-8a94-b376c393e359>. Acesso em: 28 jun. 2020.

CANOTILHO, J. J. G. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. **Tékhnê: Revista de Estudos Politécnicos**, Barcelos, v. 8, n. 13, p. 7-18, 2010.

CARRAZA, R. A. **Curso de direito constitucional tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARSON, R. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Gaia, 2010.

CARVALHO, D. W. de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, respostas e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, P. de B. **Curso de direito tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, R. H. Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil. In: TORRES, H. T. (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 312-332.

CUNHA, L. N. da.; PORTO, M. F. de S.; SOARES, W. L. **Uma política de incentivo fiscal a agrotóxicos no Brasil é injustificável e insustentável**: relatório produzido pela Abrasco através do GT Saúde e Ambiente, com o apoio do Instituto Ibirapitanga. Brasília, DF: Arasco, 2020. Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2020/02/Relatorio-Abrasco-Desoneracao-Fiscal-Agrotoxicos-17.02.2020.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2020.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

LOUREIRO, J. C. S. G. **Constituição e biomedicina**: contribuição para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana. 2003. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003.

LUQUESI, T.; TÚLIO, S. Pesquisa da UFG, em parceria com uma universidade da Louisiana, nos EUA, concluiu que agrotóxico penetra além da casca da maçã. **GI Goiás**, Goiânia, 16 jun. 2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2019/06/16/pesquisa-da-ufg-concluiu-que-agrotoxico-penetra-alem-da-casca-da-maca.ghtml>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

MACHADO, H. de B. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACHADO, L. C. P.; MACHADO FILHO, L. C. P. **A dialética da agroecologia**: contribuição para um mundo com alimentos sem veneno. São Paulo: Expressão Popular, 2014.

MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MILARÉ, É. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NIELSEN, L. **Diálogo sobre a concessão de isenções tributárias a agrotóxicos**: audiência pública sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5553. Brasília, DF: MPF, 2019. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/eventos/audiencia-publica/audiencia-publica-isencao-fiscal-de-agrotoxicos/Dinamarca.pdf/view>>. Acesso em: 3 jul. 2020.

PRIMAVESI, A. **Manejo ecológico del suelo**. Buenos Aires: El Ateneo, 1982.

RIGOTTO, R. M. **Agrotóxicos, trabalho e saúde**: vulnerabilidade e resistência no contexto da modernização agrícola no Baixo Jaguaribe/CE. Fortaleza: UFC; Expressão Popular, 2011.

SCOFIELD, A. M. Organic farming: the origin of the name. **Biological Agriculture and Horticulture**, London, v. 4, p. 1-5, 1986.

SILVA, J. A. da. **Direito ambiental constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, W. L. **Uso dos agrotóxicos e seus impactos à saúde e ao ambiente**: uma avaliação integrada entre a economia, a saúde pública, a ecologia e a agricultura. 2009. Tese (Doutorado em Saúde Pública e Meio Ambiente) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2009. p. 63. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/2589/1/ve_Wagner_Soares_ENSP_2010.pdf>. Acesso em: 15 jun 2020.

STEINER, R. Agriculture course: the birth of the biodynamic method. **Rudolf Steiner Archive & e.Lib**, [S.l.], 26 jun. 2007. Disponível em: <https://wn.rsarchive.org/Lectures/GA327/English/BDA1958/Ag1958_preface.html>. Acesso em: 27 nov. 2020.

TORRES, H. T. **Descompasso entre as políticas ambiental e tributária**. São Paulo: Consultor Tributário, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-20/consultor-tributario-descompasso-entre-politicas-ambiental-tributaria>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

VANDERLEI, M. R. **Efeitos dos agrotóxicos Kraft®36EC e Score®250EC (e seus princípios ativos) em ecossistemas aquáticos**: análises comparativas e ecossistêmicas. 2015. Dissertação (Mestrado em Engenharia Ambiental) – Universidade de São Paulo, São Carlos, 2015. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/18/18139/tde-30052016-102950/publico/DissertacaoMarinaReghiniVanderlei.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

ANÁLISE DO INSTITUTO DA MULTA COMINATÓRIA, COM FOCO NO ACESSO À JUSTIÇA, PARA FINS DE INCREMENTO DA EFETIVIDADE DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS

ANALYSIS OF THE CONTEMPT OF COURT, FOCUSING ON ACCESS TO JUSTICE, FOR THE PURPOSE OF INCREASING THE EFFECTIVENESS OF JURISDICTIONAL IMPROVEMENTS

Thalita Vaneli Graceli

*Especialista em Direito Processual Civil – Fundação Getúlio Vargas
Defensora Pública Federal – Defensoria Pública da União
thalita.graceli@dpu.def.br*

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar e discutir a função das *astreintes* como instrumento de acesso à justiça com intenção de maximizar a efetividade dos provimentos judiciais e a viabilidade de alteração do valor e da periodicidade das multas cominatórias vencidas. Aborda também a importância da multa coercitiva para o ordenamento processual civil com observância dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento sem causa. Conclui que a redução ou exclusão da *astreinte* deve ser feita com cautela pelo magistrado sob pena de se colocar em risco a própria natureza dos comandos judiciais.

Palavras chave: *Astreinte*. Acesso à justiça. Redução. Efetividade.

ABSTRACT

This article aims at analyzing and discussing the role of contempt of court as an instrument of access to justice with a way to increase the effectiveness of judicial provisions and the feasibility of changing the amount and timing of overdue fines. It also addresses the importance of coercive fines for civil procedural planning observing the principles of proportionality, reasonableness and the prohibition of unjust enrichment. It concludes that the reduction or exclusion of the contempt of court should be done with caution by the judge under the risk of putting at risk the very nature of the judicial commands.

Keywords: Contempt of court. Access to justice. Reduction. Effectiveness.

Data de submissão: 29/05/2020

Data de aceitação: 05/10/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. DO ACESSO À JUSTIÇA. 1.1 Das três ondas do movimento renovatório. 2. DAS *ASTREINTES* NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. 2.1. Do caráter coercitivo. 2.2 Da aplicação no Novo Código de Processo Civil. 3. PARÂMETROS PARA A MODIFICAÇÃO DE *ASTREINTES*. 3.1 Alteração do valor da multa coercitiva vencida. 4. A ALTERAÇÃO DAS *ASTREINTES* EM CONTRAPONTO A EFETIVIDADE DOS PROVIMENTOS JURIDICIONAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A multa cominatória, ao revés da simples multa sancionatória/compensatória, é aplicada pelo Juízo com vistas ao efetivo adimplemento/cumprimento de suas decisões. Trata-se, dessa maneira, de importante instituto que contribui, de sobremaneira, à efetividade do comando judicial.

Dessa forma, para fins de efetiva satisfação das obrigações de fazer, há necessidade de que o Judiciário, além de observar o próprio comando adjetivo, adeque suas decisões aos princípios constitucionais norteadores do Processo Civil.

A multa cominatória, nesse sentido, está relacionada tanto ao acesso à justiça previsto na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) quanto ao princípio da efetividade do processo a fim de assegurar, ainda mais, a efetividade dos provimentos jurisdicionais.

Assim, esse instituto, já previsto no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), também, está disposto nos artigos 536 e 537¹ do Novo Código de Processo Civil (NCPC).

A *astreinte*, portanto, além de incrementar a efetiva tutela jurisdicional, implementa, por ricochete, a garantia fundamental de acesso à justiça ao ser um instrumento de efetividade jurisdicional.

A obtenção de provimentos judiciais, nesse raciocínio, deve ser capaz de provocar alterações no plano fático para realização dos direitos². Ora, sem a efetividade do processo há a “frustração” do sistema³.

Daí a necessidade, com vistas à rápida e integral satisfação da tutela pretendida e incremento da segurança jurídica, do estabelecimento de parâmetros para fixação das *astreintes* a fim de majorar a previsibilidade dos comandos judiciais e, então, com base em diretrizes objetivas, possibilitar sua excepcional alteração.

¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Seção 1, p. 1.

² AMARAL, G. R. As *astreintes* e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, p. 181-214, abr. 2010. p. 26.

³ CRUZ, M. V. R. da. **A multa diária como meio de coerção para a efetivação da tutela jurisdicional que impões às partes obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa certa**. 2010. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 8; p. 10.

Pretende-se, diante disso, em atenção aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação ao enriquecimento sem causa⁴, considerando que “em razão da sua indisputável natureza cominatória, devem pressionar o devedor a cumprir, de maneira célere e espontânea, a obrigação que lhe foi imposta em decisão judicial e merecem ser arbitradas sem menosprezo ou exagero”⁵, ponderar se a redução e revogação de multas cominatórias vincendas e vencidas estipuladas excessivamente frente às respectivas obrigações principais acarretam eventuais riscos à efetividade dos provimentos judiciais.

Este artigo, ao final, com foco no acesso à justiça, na instrumentalidade do processo e na efetividade das decisões judiciais, com esboço da doutrina e da jurisprudência, pretende analisar, de forma didática e não exaustiva, os critérios de fixação do instituto da multa cominatória; demonstrar as consequências da redução ou da revogação das *astreintes*; mormente quando vencidas; e, desse modo; promover uma reflexão crítica acerca da realidade processual, pois conquanto seja certo que o Juízo possa modificar o valor/periodicidade acaso excessivos, também é certo que as *astreintes*, em última análise, incrementam o acesso à justiça, ao visarem o adimplemento das decisões judiciais.

Portanto, no decorrer deste artigo, para fins da análise e discussão aqui externadas, utilizar-se-á as expressões “multa”, “multa coercitiva”, “multa cominatória”, “multa diária”, “multa periódica” e “*astreinte*” como sinônimas.

1. DO ACESSO À JUSTIÇA

1.1 Das três ondas do movimento renovatório

O movimento de acesso à justiça, conforme sabido, ganhou destaque por meio do “**Projeto Florença**”, cujos principais resultados foram expostos na obra “Acesso à Justiça”⁶, de autoria de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, traduzida pela jurista Ellen Gracie Northfleet, antes de ter ocupado uma das 11 cadeiras do Pretório Excelso.

Pois bem, naquela célebre obra identificou-se que o incremento do acesso à justiça é realizado, essencialmente, por meio de movimento renovatório dividido em três ondas, as quais, a despeito de terem surgido em épocas diversas, têm semelhanças.

A primeira onda, ao visar à assistência judiciária aos pobres, caracteriza-se pela prestação de assistência não só judiciária, mas também jurídica, prévia e informativa; e, dessa forma, está relacionada ao obstáculo econômico.

Já a segunda onda, oriunda da incapacidade de que o tradicional processo civil, de caráter individualista, proteja adequadamente os direitos coletivos, pretende contornar o obstáculo organizacional correlacionando-se, sobremaneira, à representação dos interesses difusos em juízo.

⁴ AMARAL, G. R. *Op. Cit.*, p. 184.

⁵ CRUZ, M. V. R. da. *Op. Cit.*

⁶ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**, 1988.

A terceira e última onda (ainda não exaurida), de aspecto mais largo, busca, além de melhorar a capacitação dos operadores de direito, implementar técnicas processuais adequadas, dentre as quais se encontram as alternativas para resolução de conflitos vigentes.

Percebe-se, portanto, que a Constituição Federal, ao incumbir a Defensoria Pública da União (DPU) da luta pelo efetivo acesso aos direitos humanos, a banhou das três ondas.

Daí que essa luta, consoante art. 134 da CRFB/88, ao pautar-se pelo enfrentamento do exercício da cidadania na pós-modernidade extrapola o âmbito jurídico, não se limita ao ordenamento processual, usualmente beligerante.

2. DAS *ASTREINTES* NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

2.1 Do caráter coercitivo

O direito brasileiro possui um sistema aberto e generalizado de técnicas coercitivas⁷. O aperfeiçoamento do códex processual civil almeja, sem prejuízo das garantias constitucionais, concretizar os direitos das partes dentro do interregno temporal necessário e razoável para o regular deslinde da demanda.

O artigo 4º do NCPC, nesse sentido, dispõe que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”⁸, sendo que a multa cominatória, nesse contexto, a fim de evitar o descumprimento do comando judicial, é estipulada com vistas a satisfação integral da obrigação.

Como ensina Luiz Guilherme Marinoni:

é certo que, mais tarde, a própria prática dos juízes franceses, contra a lei, acabou assumindo a necessidade da utilização da multa para atuar sobre a vontade do inadimplente, quando surgiu das *astreintes*, forma através da qual o juiz impõe o pagamento de uma soma em dinheiro para as hipóteses de não cumprimento da decisão ou da sentença⁹.

A *astreinte*, de origem francesa, conforme prevista no CPC/73¹⁰, configura-se como mecanismo de execução indireta, cujo principal objetivo é a coação do devedor no adimplemento das obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa mediante a imposição de multa pecuniária.

⁷ ARENHART, S. C. A doutrina brasileira da multa coercitiva: três questões ainda polêmicas. **Revista Forense**, p. 233-255, mar./abr. 2008.

⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Seção 1, p. 1.

⁹ MARINONI, L. G. *et al.* **Curso de processo civil: execução**, 2008, p. 73.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Seção 1, p. 1.

Tal multa cominatória, atualmente, encontra-se disposta no NCPC em seu art. 497, que versa acerca do poder geral de cautela.

A *astreinte*, dessa forma, possui quatro características essenciais, quais sejam: i) caráter acessório, ao almejar o cumprimento específico de outra condenação; ii) acepção coercitiva¹¹ ao visar, por meio da coerção, que o devedor cumpra a determinação contida no comando judicial; iii) caráter arbitrário, por ser despidendo que a decisão concessiva de tal medida seja motivada e, por consequência, é desnecessário a menção dos parâmetros utilizados para fixação das *astrientes*; iv) caráter patrimonial, pois toda a quantia referente à apuração desta medida será revertida em favor do próprio credor¹².

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), nesse diapasão, já assentou que “as *astreintes* não têm caráter punitivo, mas coercitivo e tem a finalidade de pressionar o réu ao cumprimento da ordem judicial”¹³.

A doutrina, conforme Carvalho, também, ensina que “a multa diária, ou *astreintes*, tem por objetivo coagir o devedor a satisfazer, com maior exatidão possível, a prestação de uma obrigação, fixada em decisão judicial ou em título extrajudicial”¹⁴. E, nesse diapasão, Sérgio Cruz Arenhart descreve:

assim como toda técnica de pressão psicológica, o objetivo da multa coercitiva é o de vencer a vontade do ordenado. A coerção estatal sustenta-se na ameaça de um mal, visando a contar com a cooperação dos indivíduos no cumprimento das deliberações do Estado (deliberações estas que podem assumir o caráter legislativo, administrativo ou jurisdicional)¹⁵.

A multa cominatória, assim, em geral, é aplicada a fim de pressionar psicologicamente o devedor a cumprir uma obrigação que não pode ser repetida¹⁶.

2.2 Da aplicação no Novo Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil (NCPC), dada a importância do instituto das *astreintes* para o ordenamento jurídico, manteve sua aplicabilidade e possibilidade de cumprimento provisório¹⁷, de forma compatível com a obrigação, e fixação de ofício ou a requerimento da parte dentro de prazo razoável para satisfação da decisão. A multa diária, ainda, poderá

¹¹ FLEXA, A.; DIAS, B. A. *Astreintes no novo CPC: perspectivas e controvérsias*. R. EMERJ, p. 158-167, jan./abr. 2017. p. 161.

¹² AMARAL, G. R. *Op. Cit.*, p. 205.

¹³ AgRg no AREsp 419.485/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 04-12-2014, DJe 19-12-2014.

¹⁴ CARVALHO, F. **Execução da multa (astreintes) prevista no art. 461 do CPC**, 2004, p. 114.

¹⁵ ARENHART, S. C. *Op. Cit.*, p. 236.

¹⁶ NEVES, D. A. A. **Novo Código de Processo Civil: leis 13.195/2015 e 13.256/2016**, 2016, p. 351.

¹⁷ BUENO, C. S. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2017, p. 369.

ser imposta tanto na decisão interlocutória de tutela de urgência e evidência quanto na sentença definitiva. Além disso, a minguada de previsão expressa, o magistrado, com base no poder geral de cautela, poderá utilizá-la na fase do cumprimento a fim de assegurar a efetiva prestação jurisdicional, pois a satisfação tardia do comando judicial, na célebre máxima de Rui Barbosa, trata-se, ao final, de injustiça institucionalizada.

O NCPC, conquanto tenha ampliado a aplicação desse instituto, anteriormente restrito a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, ao possibilitar expressamente sua fixação em demandas de qualquer natureza, inclusive as que tenham por objeto obrigação de pagar quantia pecuniária, não estabelece parâmetros definidos, e dessa forma, torna o valor a ser arbitrado por cada magistrado extremamente subjetivo¹⁸.

A doutrina e a jurisprudência, nesse raciocínio, apontam alguns critérios para fins de fixação da *astreinte*. O colendo STJ, por meio de decisão prolatada por seu doutor ministro Luís Felipe Salomão, fixou os seguintes critérios:

Valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; Tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); Capacidade econômica e capacidade de resistência do devedor; Possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo¹⁹.

Assim, além da condição econômica da parte e de sua capacidade de resistência frente ao cumprimento da decisão, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade também devem ser observados no momento de fixação da *astreinte* a fim de se desestimular a inércia injustificada do devedor no cumprimento do comando judicial²⁰.

Os entendimentos doutrinário e jurisprudencial, sintetizados, respectivamente, pela afirmação de Guilherme Rizzo Amaral e pela decisão lavrada no âmbito do egrégio STJ, convergem no sentido de que o valor adequado deve ser razoável e proporcional ao cumprimento da obrigação:

A análise da natureza jurídica das *astreintes* e a compreensão do seu caráter coercitivo e não punitivo [...] faz com que possamos oferecer soluções partindo de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, sempre com os olhos voltados para a permanente tensão entre os valores efetividade e segurança, e para a utilização do postulado normativo aplicado da proporcionalidade, na solução do conflito axiológico²¹.

¹⁸ FLEXA, A.; DIAS, B. A. *Op. Cit.*, p. 162.

¹⁹ AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 14/12/2016. *apud* FLEXA, A.; DIAS, B. A. *Astreintes no novo CPC: perspectivas e controvérsias*. R. EMERJ, p. 158-167, jan./abr. 2017. p. 163.

²⁰ GOMES, M. F.; MONTEIRO, T. L. M. M. Aplicação diferenciada das *astreintes* no direito ambiental para garantir a efetividade da sua proteção. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, p. 206-224, jul./dez. 2016.

²¹ AMARAL, G. R. *Op. Cit.*, p. 184.

somente em casos excepcionais, quando a quantia arbitrada se mostrar exorbitante ou insignificante, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, admite-se rever o valor da multa diária aplicada pelas instâncias ordinárias²².

Assim, a par da possibilidade de redução da multa cominatória, inclusive de ofício, ir de encontro a legislação processual vigente e ao entendimento jurisprudencial, acaso se observe os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não se pode perder de vista, com foco no acesso à justiça, a conveniência de que o seu caráter público seja assegurado sob pena de esvaziar-se a sua função coercitiva.

3. PARÂMETROS PARA A MODIFICAÇÃO DAS *ASTREINTES*

A *astreinte* não deve ser fixada em valor vil, sob pena de se instigar, por vias reflexas, o descumprimento da ordem judicial. Tampouco não pode ser estabelecida em *quantum* exorbitante ao ponto de provocar o enriquecimento ilícito da parte beneficiada²³. Daí a necessidade de que os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação ao enriquecimento sem causa sejam ponderados com o fito de se evitar a inefetividade dos provimentos judiciais.

O magistrado pode atuar, de ofício, a fim de modificar o valor da *astreinte* quando verificar no caso concreto a presença dos requisitos previstos no art. 537 do NCPC²⁴.

A larga parte da doutrina, com base no Enunciado 96 da Primeira Jornada de Direito Processual Civil, entende que a *astreinte* não está limitada ao valor da obrigação²⁵:

Os critérios referidos no caput do art. 537 do CPC devem ser observados no momento da fixação da multa, que não está limitada ao valor da obrigação principal e não pode ter sua exigibilidade postergada para depois do trânsito em julgado”. Destaco que, a rigor, o que está limitado ao valor da obrigação principal é a cláusula penal. Isso, contudo, se dá em razão de vedação legal, em particular em razão do disposto no art. 421 do Código Civil, in verbis: “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal²⁶.”

A *astreinte* também pode ser estipulada em qualquer unidade de tempo, seja em horas, dias, semanas, meses e até mesmo anos, dependendo do caso concreto e; por isso, parte da doutrina prefere denominá-la “multa periódica”²⁷.

²² AgInt no AREsp 747.974/MS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 22-08-2017, DJe 03-10-2017.

²³ NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Código de Processo Civil comentado**, 2006, p. 588.

²⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Seção 1, p. 1.

²⁵ CÂMARA, A. F. **O novo processo civil brasileiro**, 2017, p. 375.

²⁶ HERTEL, D. R. As *astreintes* e o novo código de processo civil. **Empório do Direito**, 5 abr. 2018.

²⁷ MENINI, J. S. **Multa diária**: técnica processual para efetivação da tutela específica. 2007. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.. p. 1.

3.1 Alteração do valor da multa coercitiva vencida

A multa deverá ser suficiente, compatível e cumprida em prazo razoável²⁸. Assim, um sistema flexível de técnicas de tutela jurisdicional permite ao juiz ponderar tais valores, além do respeito à efetividade e segurança ao eleger o mecanismo adequado ao caso concreto²⁹. Logo, a autoridade estatal deverá agir com equilíbrio e moderação quando da prolação de decisões.

Nesse sentido, conforme o § 1º do art. 537 do NCPC, o comando judicial que fixa “as *astreintes* contém implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus* processual, a qual legitima a modificação da decisão diante da alteração do cenário fático no qual ela foi proferida”³⁰.

Importante registrar que há duas correntes doutrinárias no tocante à possibilidade de alteração do valor da *astreinte*; sendo que a primeira que se trata da orientação predominante, com apoio na cláusula *rebus sic stantibus* e nos princípios da proporcionalidade e da vedação ao locupletamento ilícito, defende, sempre que a multa periódica se mostrar excessiva, pela conveniência de sua alteração, inclusive para abarcar importes vencidos³¹. Tal corrente é corroborada pelo entendimento jurisprudencial majoritário, então, construído sob a égide do § 6º do art. 461 do CPC/73, com vistas a minorar a “indústria das *astreintes*”.

O entendimento da primeira corrente doutrinária pode, nesse diapasão, ser resumido, respectivamente, pela decisão lavrada no âmbito do colendo STJ e pela afirmação de Sérgio Cruz Arenhart que convergem no sentido de que a multa pode ser alterada inclusive com efeitos *ex tunc*:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ASTREINTES. REVISÃO DO VALOR. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A COISA JULGADA. INTIMAÇÃO PESSOAL. NECESSIDADE. SÚMULA 410/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1 – A jurisprudência desta Corte orienta que “o legislador concedeu ao juiz a prerrogativa de impor multa diária ao réu com vista a assegurar o adimplemento da obrigação de fazer (art. 461, caput, do CPC), bem como permitiu que o magistrado afaste ou altere, de ofício ou a requerimento da parte, o seu valor quando se tornar insuficiente ou excessiva, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, não se observando a preclusão ou a coisa julgada, de modo a preservar a essência do instituto e a própria lógica da efetividade processual³².”

²⁸ ARCA, D. G. **A redução do valor das astreintes vencidas à luz do artigo 537 § 1º do Código de Processo Civil de 2015**. 2017. 23 f. Monografia (Especialização em Direito Processual Civil) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

²⁹ AMARAL, G. R. *Op. Cit.*, p. 210.

³⁰ HERTEL, D. R. *Op. Cit.*

³¹ FLEXA, A.; DIAS, B. A. *Op. Cit.*, p. 165.

³² AgRg no AREsp 195.303/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 12/06/2013). 2 – (...). 4 – Agravo Regimental improvido. AgRg nos EDcl no REsp 1459296/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 01/09/2014.

Não fica abrangida a decisão que fixa a *astreinte* (seja em sentença, seja em liminar), ao menos na parte em comento, pela autoridade da coisa julgada. Nem mesmo fica ela sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, no sentido de que somente poderia ser modificado o valor da multa em caso de alteração do estado de fato³³.

A primeira corrente, portanto, ao concluir pela possibilidade de modificação do valor da *astreinte* com efeitos retroativos, por ricochete, entende pela inaplicabilidade da coisa julgada, cujos efeitos estão previstos no art. 5º § XXXVI da CFRB/88³⁴; e, dessa forma, recorre aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade à título de fundamentação para permitir a sua alteração, a qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado.

Conforme José dos Santos Carvalho Filho, são fundamentos para análise da aplicação do princípio da proporcionalidade:

a) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; b) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; c) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens³⁵.

Ademais, a primeira orientação, partindo da vedação ao enriquecimento sem causa, disposta no art. 884 do Código Civil³⁶, conclui que o ordenamento jurídico permite, se constatada a insuficiência ou abusividade da multa diária, a possibilidade de alteração de seu valor ou/e de sua periodicidade.

Já a segunda corrente minoritária que, com apoio no método exegético e no art. 537 § 1º do NCPC, entende que a interpretação deste dispositivo legal “a contrário senso, leva a conclusão de que a alteração ou exclusão, do valor ou da periodicidade, das *astreintes* somente será cabível quando se tratar de multas vincendas, não sendo possível, portanto, que o magistrado a modifique multas diárias vencidas”³⁷, pode ser sintetizada pela seguinte afirmação de Alexandre Câmara:

só se pode reduzir ou aumentar multa vincenda, não sendo admissível a alteração de valor de multa já vencida, o que implicaria a redução do valor de um crédito já configurado do demandante, violando-se um seu direito adquirido³⁸.

³³ ARENHART, S. C. *Op. Cit.*, p. 198.

³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019].

³⁵ CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de direito administrativo**, 2006, p. 31.

³⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

³⁷ FLEXA, A.; DIAS, B. A. *Op. Cit.*, p. 165-166.

³⁸ CÂMARA, A. F. **O novo processo civil brasileiro**, 2017, p. 375-376.

O Projeto de Lei nº 168/2015 que culminou no CPC/15, ao final, quase foi alterado para, expressamente, prever que a modificação de multa periódica, inclusive de valor, somente seria aplicada para o futuro e, portanto, não teria eficácia retroativa³⁹; e, nesse sentido, o poder do juiz restringir-se-ia a adequação de *astreintes* vincendas.

Salienta-se que, conquanto exista autorização legal expressa para que o magistrado reduza a multa; verifica-se, a partir da interpretação do artigo 537 do NCPC, a inexistência de disposição acerca do momento processual em que o Juízo poderia minorá-la.

A segunda corrente, dessa forma, ao concluir apenas pela possibilidade de modificação do valor de multa vincenda, entende que a vedação ao enriquecimento sem causa não deve ser utilizada para permitir a alteração das *astreintes* vincendas, pois estão incorporadas ao patrimônio do credor⁴⁰ como verdadeiro direito adquirido.

Nesse sentido, Arenhart e Alexandra Flexa, respectivamente, afirmam:

a intenção será sempre colocar o devedor na situação de jamais optar pela multa e sempre cumprir a ordem judicial. Para tanto, a multa necessariamente deve revestir-se de certa dose de violência, sob pena de transformar o Judiciário em um poder de mentira, que só atua para o reconhecimento (mas não para a efetivação) de direitos⁴¹.

Isso porque, se a multa é devida em razão do inadimplemento do devedor e tem como destinatário o credor, que está privado do bem da vida, por culpa do devedor, o seu enriquecimento com a percepção das *astreintes* é devida, ou seja, há um título judicial que legitima o surgimento deste crédito para o credor, qual seja: a demora do devedor em efetivar o comando judicial. Há, portanto, enriquecimento com causa⁴².

Parte do entendimento jurisprudencial também converge nessa orientação de que a alteração do valor da *astreinte* não alcança as prestações já vencidas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ASTREINTES. REDUÇÃO DE OFÍCIO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 461, §6ª DO CPC/1973. DECISÃO AGRAVADA PROFERIDA JÁ SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LEI PROCESSUAL QUE TEM APLICAÇÃO IMEDIATA. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DE MULTA VENCIDA, FIXADA EM SENTENÇA JÁ TRANSITADA EM JULGADO, E CONTRA A QUAL A PARTE RÉ SEQUER INTERPÔS RECURSO. VEDAÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 537, §1ª, I DO NCPC.

³⁹ NEVES, D. A. A. *Op. Cit.*, p. 351-352.

⁴⁰ Jurisprudência do TJ/RJ. Recurso provido. (0030602-13.2016.8.19.0000 – Agravo de Instrumento – Relator: Des(a). Pedro Saraiva de Andrade Lemos – Julgamento: 28/09/2016 – Décima Câmara Cível do TJERJ) *apud* FLEXA, A.; DIAS, B. A. *Astreintes no novo CPC: perspectivas e controvérsias*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 158-167, jan./abr. 2017. p. 167.

⁴¹ ARENHART, S. C. *Op. Cit.*

⁴² *Ibid.*, p. 166.

A multa por descumprimento é instrumento que visa dar efetividade ao processo, e se, no caso concreto, atingiu valor expressivo, isto se deveu à própria conduta desidiosa da parte que se furtou ao cumprimento de comando judicial. Restabelecimento do valor fixado em sentença. Jurisprudência do TJ/RJ. Recurso provido⁴³.

Cumpra, desse modo, registrar que a aplicação do princípio do enriquecimento sem causa de forma desconexa com o caso concreto para redução de multa vencida poderá enfraquecer em muito a efetivação dos comandos judiciais.

Assim, conforme descrito por Daniel Amorim Assumpção Neves, a natureza jurídica e a função da *astreinte* devem ser consideradas a fim de possibilitar a adequada modificação:

Em meu entendimento, enquanto a multa mostrou concreta utilidade em pressionar o devedor, o valor obtido é realmente um direito adquirido da parte, não podendo o juiz reduzi-lo, ainda que instado a tanto pela parte contrária. Mas isso não significa que o valor calculado durante todo o tempo de vigência da multa seja efetivamente devido, porque a partir do momento em que a multa teve o seu objetivo frustrado, perdendo a sua função, a sua manutenção passaria a ter caráter puramente sancionatório, com nítido desvirtuamento de sua natureza. O mais adequado é o juiz determinar, com eficácia *ex tunc*, a partir de quando a multa já não tinha mais utilidade, revogando-a a partir [sic] desse momento e calculando o valor somente relativamente ao período de tempo [sic] em que a multa se mostrou útil. Reconheço que a determinação exata do momento a partir de quando a multa passou a ser inútil pode ser extremamente difícil, mas caberá ao juiz determiná-lo valendo do princípio da razoabilidade⁴⁴.

Portanto, na hipótese de resistência injustificada da parte, não se mostra cabível a redução do valor consolidado da multa, salvo se no caso concreto restar demonstrado que a *astreinte* teve a sua finalidade executiva desviada⁴⁵.

Daí a necessidade de que o caso concreto, com o apoio dos parâmetros fixados no decorrer deste artigo, seja analisado de forma detida a fim de possibilitar a aplicação do art. 537 § 1º do NCPC de forma justa e razoável.

4. A ALTERAÇÃO DAS ASTREINTES EM CONTRAPONTO À EFETIVIDADE DOS PROVIMENTOS JURIDICIONAIS

A tutela jurisdicional, conforme José Roberto Santos Bedaque:

corresponde à proteção a ser conferida pelo Estado-jurisdicção à situação da vida retratada abstratamente em regras existentes no plano

⁴³ FLEXA, A.; DIAS, B. A. *Op. Cit.*, p. 167.

⁴⁴ NEVES, D. A. A. **Manual de direito processual civil**, 2013, p. 966.

⁴⁵ CUBELLS, P. A. **Multa coercitiva (astreintes): do CPC 1973 ao CPC 2015**. 2015. 51 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2015. p. 33.

do direito material. Por não ser a lei substancial suficiente para assegurar a satisfação espontânea do interesse por ela assegurado, necessário buscar o auxílio na função estatal criada exatamente para impor coercitivamente a vontade do legislador⁴⁶.

Já o princípio constitucional do direito de ação, de acordo com Nelson Nery Junior:

não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente⁴⁷.

A doutrina, nos dizeres de Bueno, assim, define o princípio da efetividade do processo:

O princípio da efetividade do processo, neste sentido – e diferentemente dos demais –, volta-se mais especificadamente aos resultados da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo. É inócuo falar em um “processo justo” ou em um “processo devido”, dando-se a falsa impressão de que aqueles atributos tendem a se esgotar com a tão só observância da correção do meio de produzir a decisão jurisdicional apta a veicular a tutela jurisdicional. O “justo” e o “devido”, com efeito, vão além do reconhecimento jurisdicional do direito.⁴⁸

A tutela jurisdicional, assim, além de ser adequada ao jurisdicionado que “deve conseguir, por meio do Poder Judiciário, tudo aquilo e exatamente aquilo que lhe é assegurado pelo ordenamento jurídico”⁴⁹, deve ser efetiva e tempestiva.

A multa coercitiva, nesse sentido, pode ser elevada, diminuída, ter sua periodicidade modificada ou ser suprimida, tudo em conformidade com o caso concreto⁵⁰. Contudo, considerando que o principal objetivo da *astreinte* é compelir o demandado no cumprimento da ordem judicial, é importante avaliar a relação entre a efetividade dos provimentos jurisdicionais e a possibilidade de alteração da multa cominatória.

Com efeito, o inciso V do art. 14, e respectivo parágrafo único, do NCPC, ao inserirem o cumprimento específico dos provimentos mandamentais no rol dos deveres dos participantes do processo, manifestam a nova tendência do processo civil de resultados⁵¹.

A função da multa coercitiva, nesse giro, é garantir a obediência à ordem judicial e, portanto, após sua preclusão, resta seu cumprimento pelo devedor. Conforme dispõe Guilherme

⁴⁶ BEDAQUE, J. R. dos S. **Efetividade do processo e técnica processual**, 2006, p. 507-508.

⁴⁷ NERY JÚNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, 2002, p. 100.

⁴⁸ BUENO, C. S. (Coord.). *Op. Cit.*, p. 59.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 55.

⁵⁰ ARENHART, S. C. *Op. Cit.*.

⁵¹ MENINI, J. S. *Op. Cit.*, p. 25.

Rizzo Amaral, “as *astreintes* teriam o papel de proteger a dignidade do Poder Judiciário, de forma que toda, mesmo que venha a ser posteriormente cassada ou reformada, é digna desta proteção, e, portanto, uma vez descumprida, deve ensejar a punição do infrator”⁵².

Importante, neste momento, registrar que, de fato, esta multa não protege tão somente os credores, já que é a autoridade do Estado que não é respeitada com o descumprimento do comando judicial. Assim, é um instrumento de zelar pela dignidade do Poder Judiciário sem violentar a pessoa humana⁵³, sendo que tal ameaça exercida está na possibilidade de vir a alcançar o patrimônio do devedor.

Aliás, conforme descreve a doutrina, “o fato de o valor da multa não poder ser cobrado desde logo não retira o seu caráter de coerção. O réu somente não será coagido a fazer ou não fazer quando estiver seguro de que o último julgamento lhe será favorável”⁵⁴. Ou seja, “a finalidade da multa coercitiva, portanto, é a de dar força à ordem judicial, decorrendo diretamente da autoridade do Estado”⁵⁵.

O magistrado, portanto, deve observar o princípio da efetividade dos provimentos jurisdicionais a fim de zelar pelo caráter coercitivo da *astreinte*.

Tal conclusão é verificada, nos dizeres de Guilherme Rizzo Amaral, ao constatar que nas ações de massa, os consumidores individuais litigam contra grandes corporações, o juiz se vê na difícil situação de fixar multa capaz de intimidar o réu com todo seu poderio econômico e, ao mesmo tempo, não proporcionar o enriquecimento injusto ou desproporcional do autor⁵⁶. Daí que Cândido Rangel Dinamarco é assertivo, pois “a finalidade desta é persuadir, e o juiz verifica que o obrigado ainda prefere pagar a multa a consumir o adimplemento, o aumento do valor pode concorrer para a obtenção do resultado desejado”⁵⁷.

Portanto, a corrente doutrinária que não correlaciona a valoração da multa com a pretensão jurídica propriamente dita, afirma que não se sustenta a fixação de limite para sua valoração, já que esta deve converter em meio de opressão ao executado para o cumprimento da ordem judicial.

Independente disso, na fixação da *astreinte*, há a ponderação pelo princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, seja do autor ou do réu. Afinal, “não se pode, em nome da efetividade do processo, exigir o cumprimento irrestrito de ordens judiciais eivadas de ilegalidade de injustiça”⁵⁸.

Paralelamente, sabe-se que um infrator de grande poder econômico poderá preferir não pagar a multa e continuar a prática infracional a depender do valor da multa, o que faz

⁵² AMARAL, G. R. *Op. Cit.*, p. 193.

⁵³ *Ibid.*, p. 198.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 201.

⁵⁵ ARENHART, S. C. *Op. Cit.*, p. 234.

⁵⁶ AMARAL, G. R. *Op. Cit.*, p. 204.

⁵⁷ DINAMARCO, C. R. **A reforma da reforma**, 2003, p. 242.

⁵⁸ MENINI, J. S. *Op. Cit.*, p. 252.

refletir sobre a real razão do juiz ser autorizado por lei em alterar o valor da multa para que o processo se torne verdadeiramente efetivo.

Conforme explicitado, a corrente majoritária defende que a modificação do valor da multa não viola a autoridade da coisa julgada material, todavia, os críticos apontam a possibilidade de esvaziamento do caráter coercitivo da multa já que o executado “teria conhecimento de que pode contar com sua redução de forma retroativa, o que facilitaria condutas de sua parte de descaso e desídia”⁵⁹. Além disso, o fato da aplicação da multa cominatória por um tempo previamente determinado também poderia facilitar a análise do custo e benefício do executado em atender a ordem judicial ou não⁶⁰.

As decisões que reduzem as *astreintes* vencidas podem estimular, portanto, o seu descumprimento, sendo tal entendimento explicitado no julgado abaixo colacionado, à título exemplificativo:

Pretensão recursal de reforma da decisão para a manutenção do valor da multa fixado anteriormente. Possibilidade. Decisão proferida sob a égide do novo código de processo civil. Lei processual que tem aplicação imediata. Impossibilidade de redução de multa vencida, fixada em sede de tutela de urgência com sentença confirmada em sede de recurso. Vedação contida no artigo 537, § 1º, do n CPC. a multa por descumprimento é instrumento que visa dar efetividade ao processo, e se, no caso concreto, atingiu valor expressivo, isto se deveu à própria conduta desidiosa da parte que se furtou ao cumprimento de comando judicial. Restabelecimento do valor fixado que se impõe⁶¹.

Ainda, a fixação da multa pode ser tornar superior ou inferior ao valor da pretensão jurídica já que há relação não necessariamente com o dano causado, e sim com a capacidade de resistência do devedor ao cumprimento da ordem judicial. Conforme Arenhart, “ao defender que o fundamento da multa coercitiva é, somente, o direito material protegido, abstrai-se a função da autoridade estatal e, conseqüentemente, a proteção que essa autoridade merece”⁶². Aliás, como adverte Paulo Henrique dos Santos Lucon, é sabido e resabido que a prestação jurisdicional intempestiva de nada ou pouco adianta para a parte que tem razão, constituindo verdadeira denegação da justiça”⁶³.

Todavia, não se pode perder de vista o próprio direito material envolvido a ponto de desvincular o processo da própria pretensão material, razão pela qual as *astreintes* devem ser arbitradas de forma criteriosa, para que possa fazer sentido em relação à pretensão jurídica a ser alcançada no âmbito processual⁶⁴.

⁵⁹ REALE, A. L. F. A multa astreinte e sua eventual redução quanto aos valores vencidos no novo Código de Processo Civil. **Empório do Direito**, 20 dez. 2016.

⁶⁰ NEVES, D. A. A. *Op. Cit.*, 2016, p. 351.

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 0016070-97.2017.8.19.0000. Relator: Jaime Dias Pinheiro Filho.

⁶² ARENHART, S. C. *Op. Cit.*, p. 243.

⁶³ CRUZ, M. V. R. da. *Op. Cit.*, p. 10.

⁶⁴ BUENO. C. S. (Coord.). *Op. Cit.*, p. 762.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A garantia fundamental de acesso à justiça perpassa pela efetiva tutela jurisdicional e, por consequência, pelo caráter coercitivo da multa diária. Daí que a multa cominatória é um importante instrumento para a efetivação de direitos, sendo, nesse sentido, recomendado que o juiz mantenha o valor adequado à pretensão jurídica tutelada. O sistema processual em vigor, ao contemplar a possibilidade de que o magistrado, de ofício ou pedido, aplique sanção pecuniária com vistas à obtenção da tutela jurisdicional, teve como intuito a criação de efetivo mecanismo para a realização do direito material.

Cabe, portanto, ao magistrado, no caso concreto, dentro da discricionariedade, ao fixar às *astreintes*, com o apoio dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, da condição econômica do réu, e de sua capacidade de resistência ao cumprimento da obrigação, já que o objetivo da norma é desestimular a inércia injustificada do devedor no cumprimento do comando judicial. Ainda, a aplicação do princípio da proporcionalidade afasta a adoção de medidas pre-determinadas, pois cada situação fática apresenta características e necessidades específicas.

Diante deste quadro, explanou-se acerca da importância da multa coercitiva para o ordenamento processual civil e sua utilização como ferramenta de efetivação dos provimentos jurisdicionais, já que a atividade satisfativa é um dos escopos da legislação processual. Nesse sentido, cumpre repisar que as *astreintes* devem ser arbitradas de forma criteriosa.

No Brasil, as *astreintes* foram introduzidas no CPC/1973, com caráter predominantemente coercitivo, ao visarem o adimplemento da decisão judicial pelo devedor de forma mais célere, todavia, sob a égide do art. 537, § 1º, do NCPC, a possibilidade de alteração de multas vencidas tornou-se um tema controverso.

Assim, aqueles que entendem pela possibilidade de modificação de *astrientes*, mesmo vencidas, socorrem-se dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento sem causa, existindo precedentes no âmbito do STJ que, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, é possível à discussão acerca das *astreintes*, não ocorrendo, desse modo, ofensa à coisa julgada.

Percebe-se, todavia, que esse entendimento, ao revés de assegurar o acesso à justiça e a Lei Maior, estimula a inadimplência, de maneira totalmente contrária ao próprio escopo pelas quais as *astreintes* foram criadas, qual seja conceder efetividade aos comandos judiciais; e, nesse giro, para a segunda corrente, o valor obtido seria realmente um direito adquirido da parte, não havendo em que se falar em redução pelo juiz.

Em relação à interpretação do artigo 537, § 1º, do NCPC, é preciso avaliar o caso concreto, a fim de seja aplicado de forma justa e razoável. Mesmo porque discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Dessa forma, a utilização do princípio do enriquecimento sem causa para redução de multa até mesmo nos casos em que o devedor possui larga capacidade técnica, econômica e financeira enfraquecerá muito a efetivação dos provimentos jurisdicionais.

Conclui-se que a redução ou exclusão da *astreinte* deve ser feita com cautela pelo magistrado, sob pena de se pôr em risco a própria efetividade dos provimentos jurisdicionais, e, em outras palavras, provocar um verdadeiro descrédito para o Poder Judiciário. A sociedade

almeja a satisfação do direito, bem como maior celeridade dos provimentos judiciais, com o recebimento do bem da vida da parte interessada de forma mais rápida possível. Para tantos, importante lembrar, que o juiz adotará as providências para que a multa seja efetivada.

A função da multa é convencer o réu a adimplir as ordens do juiz, assim, a alteração das multas vencidas e não pagas, já incorporadas ao patrimônio do autor, não deve ocorrer, sob pena violação ao direito ao acesso à justiça efetivo.

O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, portanto, devem ser utilizados também a favor do credor. Nesse giro, o mais adequado, como regra, a concessão de eficácia *ex nunc* à decisão que altera o valor da multa; e, ao revés, como medida extremamente excepcional, ou seja, a partir de quando a multa cominatória perca a sua função executiva, com nítido desvirtuamento de sua natureza, seja concedida eficácia *ex tunc* a tal decisão.

Verifica-se, portanto, que na hipótese de resistência injustificada da parte, a redução do valor consolidado da multa não se mostra cabível, salvo se, no caso concreto, restar demonstrada a perda de sua utilidade executiva. Cumpre registrar que, independentemente do valor fixado pelo juiz à título de multa cominatória, tal decisão deve ser sempre justificada a fim de evitar qualquer arbitrariedade.

Assim, a partir das discussões jurisprudencial e doutrinária aqui externadas, restou demonstrado, que o instituto das *astreintes* é um importante mecanismo a fim de seja dada efetividade ao processo judicial, cuja possibilidade de alteração deve ser limitada a casos excepcionais.

REFERÊNCIAS

ABREU, L. S. B. de. Multa coercitiva (arts. 461 e 461-A, CPC): Uma abordagem à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: MITIDIER, D. (Coord.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012.

AMARAL, G. R. As astreintes e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 182, p. 181-214, abr. 2010.

ARCA, D. G. **A redução do valor das astreintes vencidas à luz do artigo 537 § 1º do Código de Processo Civil de 2015**. 2017. 23 f. Monografia (Especialização em Direito Processual Civil) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n6_2017/pdf/DeboraGomesArca.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019.

ARENHART, S. C. A doutrina brasileira da multa coercitiva: três questões ainda polêmicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 396, n. 104, p. 233-255, mar./abr. 2008. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010171201.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

_____. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ASSIS, A. de. **Manual da execução**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BEDAQUE, J. R. dos S. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 jan. 2019.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 fev. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 0016070-97.2017.8.19.0000. Relator: Jaime Dias Pinheiro Filho.

_____. Superior Tribunal de Justiça AgInt no AREsp 747.974/MS, Relator: Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 22 ago. 2017, DJe 3 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça AgRg no AREsp 195.303/SP, Relator: Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 28 maio 2013, DJe 12 jun. 2013). 2 – (...). 4 – Agravo Regimental improvido. AgRg nos EDcl no REsp 1459296/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19 ago. 2014, DJe 1º set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17 nov. 2016, DJe 14 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 419.485/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 04-12-2014, DJe 19-12-2014.

BUENO, C. S. (Coord.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2.

CÂMARA, A. F. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, F. **Execução da multa (astreintes) prevista no art. 461 do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CUBELLS, P. A. **Multa coercitiva (astreintes): do CPC 1973 ao CPC 2015**. 2015. 51 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10992/1/2015_PabloAndradeCubells.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

CRUZ, M. V. R. da. **A multa diária como meio de coerção para a efetivação da tutela jurisdicional que impões às partes obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa certa**. 2010. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp139520.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

DINAMARCO, C. R. **A reforma da reforma**. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

FLEXA, A.; DIAS, B. A. Astreintes no novo CPC: perspectivas e controvérsias. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 158-167, jan./abr. 2017.

FUX, L. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, M. F.; MONTEIRO, T. L. M. M. Aplicação diferenciada das astreintes no direito ambiental para garantir a efetividade da sua proteção. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 206-224, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/313840904_Aplicacao_Diferenciada_Das_Astreintes_No_Direito_Ambiental_Para_Garantir_A_Efetividade_Da_Sua_Protecao>. Acesso em: 25 fev. 2019.

GUERRA, M. L. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

HERTEL, D. R. As astreintes e o novo código de processo civil. **Empório do Direito**, São Paulo, 5 abr. 2018. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/as-astreintes-e-o-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

MARINONI, L. G. *et al.* **Curso de processo civil: execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3.

MENINI, J. S. **Multa diária: técnica processual para efetivação da tutela específica**. 2007. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7524/1/Jefferson%20Santos%20Menini.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

MIOTTO, C. C. A evolução do direito processual civil brasileiro: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo projeto de lei n. 8.046 de 2010. **Revista da Unifebe**, Brusque, v. 1, n. 11, p. 1-19, jan./jul. 2013. Disponível em: <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicaunifebe/article/viewFile/135/66>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

NERY JÚNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Código de Processo Civil comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, D. A. A. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Método, 2013.

_____. **Novo Código de Processo Civil: leis 13.195/2015 e 13.256/2016**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

REALE, A. L. F. A multa astreinte e sua eventual redução quanto aos valores vencidos no novo Código de Processo Civil. **Empório do Direito**, São Paulo, 20 dez. 2016. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-multa-astreinte-e-sua-eventual-reducao-quanto-aos-valores-vencidos-no-novo-codigo-de-processo-civil-por-ana-luisa-fioroni-reale>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

DIREITO À SEGURIDADE
SOCIAL E TRABALHO

RIGHT TO SOCIAL SECURITY AND WORK

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL: CRITÉRIO ECONÔMICO ANALISADO EM CASOS CONCRETOS

ASSISTENTIAL BENEFIT: ECONOMIC CRITERIA ANALYZED IN CONCRETE CASES

Sarah Lohuamma Almeida Araújo Sousa

*Mestre em Letras – Universidade Federal do Tocantins
Docente em Língua e Literatura – Universidade Federal do Tocantins
sarahlohuammaaraujo@gmail.com*

Jorge Alberto Araújo de Araújo

*Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito – Universidade de São Paulo
Juiz Federal na 1ª Vara de Imperatriz, Maranhão
Professor de Direito – Universidade Federal do Maranhão
jorgeaaabr@gmail.com*

Marcos Aarão Sales Sousa

*Pós-graduando em Direito Público – UniAmerica
marcosassousa@hotmail.com*

RESUMO

Por meio de pesquisa empírica em laudos socioeconômicos elaborados por assistentes sociais nomeadas pela Justiça Federal, analisamos concretamente a aplicação de questões que refletem diversas teses jurisprudenciais que foram criadas como reação ao julgamento, pelo Superior Tribunal Federal, da ADI 1.232, que restringia a concessão do benefício assistencial de prestação continuada a quem preenchesse o critério econômico, o único legalmente previsto até então. Expõe-se a evolução do entendimento consolidado no próprio Superior Tribunal Federal sobre o tema, concluindo que, embora não tenha havido uma modificação normativa ou a reversão explícita do precedente, a Corte, em 2013, “legitimou” as condutas dos juízes que decidiam os casos concretos apesar da regra restritiva. Analisa-se neste artigo então como se daria a aplicação exclusiva do critério econômico em 106 casos concretos pesquisados, buscando averiguar se sua aplicação estrita iria de encontro com uma avaliação mais ampla da miserabilidade, conforme os critérios que a jurisprudência costuma utilizar. Conclui-se que, efetivamente, o critério econômico, embora possa servir como uma referência dentre outras possíveis, é demasiadamente estreito para servir como critério único de determinação da concessão do benefício assistencial, já que as especificidades de cada família examinada eram particulares e possivelmente insuscetíveis de uma previsão de cunho generalista.

Palavras-chave: Benefício assistencial. Direito previdenciário. Critério econômico. Jurisprudência. Caso concreto.

ABSTRACT

By empirical research in socioeconomic reports prepared by social workers appointed by the Federal Court, we concretely analyze the application of issues that reflect various jurisprudential theses that were created as a reaction to the judgment by the Supreme Federal Court (STF), of ADI 1,232, which restricted the granting of the assistance benefit of continued provision to those that met the economic criteria, the only legally provided for until then. We expose the evolution of the understanding consolidated in the STF on the subject, concluding that, although there was no normative modification or explicit reversal of the precedent, the Court, in 2013, “legitimized” the conduct of the judges that decided the concrete cases despite the restrictive rule. We then analyzed how the exclusive application of the economic criterion would take place in one hundred and six concrete cases surveyed, seeking to ascertain if its strict application would go against a broader assessment of misery, according to the usual criteria of the jurisprudence. We conclude that, in fact, the economic criterion, despite being a reference among other possible ones, is too narrow to serve as a single criterion for determining the granting of the assistance benefit, since the specificities of each family examined were particular and possibly unsusceptible to a family. generalist prediction.

Keywords: Assistance benefit. Social security law. Economic criterion. Jurisprudence. Concrete case.

Data de submissão: 04/03/2020

Data de aceitação: 25/06/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL E A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. 2. AS PERÍCIAS SOCIOECONÔMICAS: ESTUDO DE CASOS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O benefício assistencial ou benefício de prestação continuada (BPC) é previsto na Constituição como uma prestação tipicamente assistencial, sem a necessidade de nenhuma contraprestação prévia ao poder público, como é o caso, em regra, dos benefícios previdenciários. Apesar disso, é concedido e administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Segundo a Constituição Federal, o BPC é a garantia de um salário mínimo ao portador de deficiência e ao idoso que comprovem não ser capazes de prover seu sustento nem tê-lo assegurado por sua família.

O final do inciso V do art. 203 da Constituição, contudo, não detalha o critério “econômico” para a concessão do benefício, remetendo à legislação ordinária sua regulamentação. A Lei Orgânica da Assistência Social (Loas), nº 8.742/1993, prevê no artigo 20, §3º,

o que ficou conhecido como o “critério de miserabilidade”¹, em que se estabelece que faz jus ao BPC quem possui renda familiar mensal per capita inferior a ¼ do salário mínimo.

O INSS aplica o art. 20, §3º da Loas taxativamente, e desde os anos 1990 o critério, considerado por muitos excessivamente restritivo, teve sua constitucionalidade desafiada no Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar ADI em 1998, definiu que a Loas era válida neste ponto, e que outros critérios necessariamente teriam de ser acrescentados por atuação do legislador.

Apesar disso, juízes de primeira instância, Turmas Recursais de Juizados Especiais Federais e os próprios Tribunais Regionais Federais criaram uma série de teses que um dos Ministros do STF posteriormente chamou de “inventividade hermenêutica”, cujo objetivo não declarado era evitar entrar em rota de colisão com o precedente do STF, que era vinculante, e analisar a situação de miserabilidade do postulante de benefício de forma mais ampla, agregando outros fatores, como as condições de vida da família, situação de saúde, qualificação, oportunidades etc.

Em 2013, o STF reverteu simbolicamente o precedente, embora o tenha feito no julgamento de recursos extraordinários e no dispositivo tenha constado a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, resultando na manutenção do texto da Loas aliada a uma legitimação das teses utilizadas pelas instâncias inferiores do Judiciário.

Para aplicar este entendimento, os juizados especiais federais invariavelmente determinam a realização de perícia socioeconômica, que em muitos juízos é realizada por assistentes sociais nomeadas pelo Poder Judiciário. Os laudos precisam responder a várias questões que têm relação com as teses que objetivam, por sua vez, avaliar a alegada miserabilidade em vários aspectos – e não apenas exclusivamente pelo prisma econômico.

Com o intuito de averiguar a efetividade do critério econômico e melhor compreender a avaliação judicial da miserabilidade dos postulantes dos benefícios assistenciais, realizamos pesquisa em que foram examinados 106 laudos socioeconômicos elaborados por assistentes sociais para a Justiça Federal de Imperatriz (MA), município com elevado número de processos desta natureza em relação à sua população. Dividimos os laudos em dois grandes grupos, apenas pelo critério econômico da Loas, e em seguida analisamos se sua aplicação estrita iria de encontro com uma avaliação mais ampla da miserabilidade, conforme os critérios que a jurisprudência costuma utilizar.

Concluimos que, efetivamente, o critério econômico, embora possa servir como uma referência dentre outras possíveis, é demasiadamente estreito para ser critério único de determinação da concessão do benefício assistencial.

¹ A expressão foi consagrada pela prática jurídica. Exemplificativamente, é o termo adotado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU): “No caso concreto, verifica-se que o Colegiado julgador, quando da análise do requisito da miserabilidade, baseou-se tão somente em prova produzida em audiência de instrução”. TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. Processo nº 0503382-46.2013.4.05.8104, julgado em 9 ago. 2018.

1. O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL E A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A partir da Constituição Federal de 1988, nos artigos 203 e 204, fala-se em Assistência Social ao lado da Previdência e Saúde, tendo o benefício assistencial de prestação continuada como um de seus instrumentos. Foi com a CF/88 que a Assistência Social ganhou status de direito social, garantindo, em seu art. 203, inciso V, um salário mínimo mensal ao idoso ou incapaz que não tenha meios de prover a própria subsistência nem de tê-la provida por sua família².

Mesmo estando presente na Constituição Federal desde 1988, a Assistência Social e, conseqüentemente, o BPC, só ganharam tratamento legislativo infraconstitucional com a Lei nº 8.742, de 1993. A “Lei Orgânica da Assistência Social” (Loas) regulamentou o BPC e detalhou os requisitos para sua concessão. Como a CF/88 utilizava a expressão “conforme dispuser a lei” na parte final do inciso V, art. 203, a Loas regulamentou o que seria o critério de “miserabilidade”, como a maioria da doutrina denomina: faria jus ao benefício aquele cuja renda familiar mensal *per capita* fosse inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Desde sua promulgação, a Loas foi motivo de discussões doutrinárias e jurisprudenciais diante deste critério, considerado por muitos demasiadamente restritivo, para aferição da vulnerabilidade social que demandaria a intervenção estatal por meio do BPC. Os diversos questionamentos levaram à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Procurador-Geral da República, ação que recebeu o nº 1.232/DF. No julgamento, em 1998, o Relator Ministro Ilmar Galvão julgava procedente em parte o pedido formulado na ADI, propondo uma interpretação “conforme a constituição” com a tese de que, mesmo que a renda *per capita* ultrapassasse $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, haveria ainda assim a possibilidade de o requerente receber o benefício comprovando por outros meios viver em efetiva situação de miserabilidade³.

O argumento era relativamente simples: o benefício tem estatura constitucional, de modo que poderia ser concedido por aplicação direta do art. 203, inciso V, da CF/88. A lei teria instituído apenas **um** critério, dentre vários possíveis, para determinar quem seria vulnerável para os fins da norma constitucional. Ou seja, aquele que preenchesse o requisito legal – renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo – teria direito subjetivo ao benefício. Mas ainda que a renda familiar *per capita* do postulante ultrapassasse o limite legal, ele ainda poderia ter direito ao benefício caso demonstrasse, com outros elementos, que sua situação era de efetiva vulnerabilidade social.

² Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

³ “Revelando-se manifesta a impossibilidade da resposta positiva, que afastaria grande parte dos destinatários do benefício assistencial previsto na Constituição, outra alternativa não resta senão emprestar ao texto impugnado interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1.232. Rel. originário Min. Ilmar Galvão, Rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, julgamento em 27 ago. 1998.

No entanto, o Min. Nelson Jobim abriu divergência e votou pela improcedência, com o argumento de que não cabia aos julgadores interpretar a norma ampliativamente⁴. A divergência sustentou que o benefício dependia da lei instituidora, não sendo possível aplicar diretamente o art. 203, V, da CF⁵. Isso fica bastante claro quando o Relator para o Acórdão diz que “o gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei”. O critério legal era, para ele, a única forma de comprovação da vulnerabilidade social, e mecanismos adicionais deveriam necessariamente ser veiculados por meio de novos dispositivos legais.

O Min. Sepúlveda Pertence, embora concordando com o Relator que o critério era demasiadamente estreito, não vislumbrava como o Judiciário poderia resolver o problema. “Haverá, aí, inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses? A meu ver, certamente sim, mas isso não encontrará remédio nesta ação direta”. Portanto, prevaleceu na decisão o entendimento de que a norma atacada na ADI era constitucional. A regra, de fato, estabelecia **um** critério entre vários possíveis, mas a ampliação da hipótese legal dependeria de lei formal nesse sentido, não havendo “direito autônomo” ao benefício pela aplicação direta da Constituição.

A discussão deveria ter se consolidado, em tese, após o julgamento da ADI, que tem efeito vinculante, com o entendimento de que deveria ser feita a aplicação do critério do art. 20 §3º da Loas, que era objetivo e válido, porque, segundo o STF, não feria o dispositivo constitucional que regulamentava, o qual não estabeleceu limite de renda, delegando de forma ampla a implementação do direito ali reconhecido à legislação ordinária.

Contudo, as instâncias inferiores do judiciário – especialmente os juízes que atuavam nas Varas Previdenciárias e Juizados Especiais Federais – tinham muitas dificuldades com a aplicação do critério da Loas. O contato próximo com os demandantes e com a multiplicidade de situações, que se mostravam efetivamente merecedoras da intervenção estatal apesar da renda *per capita* superior ao limite legal, fazia com que o “vazio normativo” que o STF reconheceu, mas considerou insolúvel, precisasse ser “solucionado” de alguma maneira.

Assim, a inicial deferência natural das instâncias inferiores do Judiciário ao precedente da Corte Suprema começou a dar lugar a decisões contrárias à conclusão da ADI, apesar do efeito vinculante desta. Aliás, precisamente pelo efeito vinculante é que o Judiciário passou a adotar diversos “expedientes argumentativos” para “escapar” das amarras da decisão do STF, como classificou o Min. Gilmar Mendes em 2013. Os juízes, Turmas Recursais e Tribunais Regionais Federais não rejeitavam a validade do requisito de renda *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo para configurar situação

⁴ “Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma [...]. Com todas as vênias, julgo improcedente a ação, na linha do voto da rejeição da liminar” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1.232**. Rel. originário Min. Ilmar Galvão, Rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, julgamento em 27 ago. 1998, Voto do Min. Nelson Jobim.

⁵ Seria o que a doutrina constitucional chama de uma norma constitucional de “eficácia limitada”, a qual somente tem efetividade plena quando há disposição legal implementando a previsão da Lei Maior. SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 1999.

de vulnerabilidade, mas decidiam, na prática, admitindo outras formas de comprovação da miserabilidade. Ou seja, julgavam como proposto pelo Relator de 1998, Min. Ilmar Galvão, que ficara vencido.

Com o passar do tempo, o entendimento sobre a possibilidade de se comprovar a vulnerabilidade não apenas pela renda mensal foi gradualmente se proliferando. Assim, decisões discretas contornando a ADI 1.232 começaram a ganhar destaque e se tornar “precedentes”. Enquanto isso, o posicionamento do INSS em relação à concessão do BPC era o mesmo: a adoção taxativa do art. 20, §3º quanto à vulnerabilidade, enquanto o Judiciário – pelo menos as instâncias ordinárias – praticamente ignorava o precedente do STF, que era favorável à interpretação da autarquia previdenciária.

Algumas teses viraram verdadeiros “precedentes” dos Tribunais Regionais Federais e Turmas Recursais de Juizados⁶:

- a) O benefício previdenciário de valor mínimo, ou outro benefício assistencial percebido por idoso, era excluído da composição da renda familiar para o cálculo da renda *per capita*⁷;
- b) Filhos maiores de 21 (vinte e um) anos eram excluídos do grupo familiar para o cálculo da renda *per capita*⁸;
- c) O benefício assistencial percebido por outro membro da família, deficiente físico, não era considerado para fins da apuração da renda familiar *per capita*⁹;

⁶ A lista constou do voto do Min. Gilmar Mendes na reapreciação da constitucionalidade do critério da Loas, em 2013, que será detalhada adiante.

⁷ Súmula 20 das Turmas Recursais de Santa Catarina e Precedentes da Turma Regional de Uniformização, como, por exemplo, no processo 2007.70.50.01.3424-5. A Relatora deste processo, juíza federal Jacqueline Bilhalva, escreveu que “em se tratando de valor correspondente a um salário mínimo, o benefício deve ser excluído da renda do grupo familiar, ainda que tenha natureza previdenciária. Aqui, a diferença entre a natureza dos benefícios secunda o valor essencial de cunho econômico”.

⁸ Nesse sentido: “Para fins de concessão de benefício assistencial, o conceito de grupo familiar deve ser obtido mediante interpretação restrita das disposições contidas no § 1º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 e no art. 16 da Lei nº 8.213/91, entendendo-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213/91, desde que vivam sob o mesmo teto. 2. Caso em que não se inclui no grupo familiar da autora, a filha maior, ainda que viva sob o mesmo teto [...] Ademais, por ser esporádica a colaboração dos filhos maiores no sustento de seus ascendentes, não seria razoável a manutenção do idoso ou do portador de deficiência *ad eternum* ao alvitre de outro integrante do grupo familiar que pode, eventualmente, cessar a cooperação no sustento do hipossuficiente, deixando-o sem condições de prover à própria subsistência. TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS, **PEDILEF nº 200770530025203/PR**, Relator Juiz Federal Ricarlos Almagro Vitoriano, julgamento em 3 ago. 2009.

⁹ A tese foi firmada pelo STJ no julgamento de recurso repetitivo nº 640: “Aplica-se o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), por analogia, a pedido de benefício assistencial feito por pessoa com deficiência a fim de que benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, não seja computado no cálculo da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **REsp 1.355.052**, Relator Min. Benedito Gonçalves, julgamento em 25 fev. 2015.

d) Os gastos inerentes à condição do beneficiário (remédios etc.) seriam excluídos do cálculo da renda familiar¹⁰.

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), instância recursal que rotineiramente era confrontada com a questão, já tinha posicionamento firmado nesse sentido, que chegou a ser sumulado:

Súmula 11 – A renda mensal, per capita, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante¹¹.

A reação do INSS, cuja procuradoria atuava no polo passivo dos muitos processos judiciais em que havia esta relativização dos rigores da decisão do STF na ADI, foi a proposição constante de Reclamações diretamente naquela Corte, alegando que as decisões afrontavam a conclusão do Tribunal no julgamento de 1998.

Inicialmente, o STF julgava as Reclamações reforçando a autoridade da decisão na ADI. Em 2004, na Reclamação 2.303, por exemplo, a decisão da instância inferior havia adotado a tese **vencida** na ADI 1.232, de que o critério legal da renda familiar *per capita* era apenas um requisito atendido pelo qual o postulante fazia jus ao benefício – ou seja, era uma condição **suficiente** para a deflagração da proteção do Estado –, mas não impedia que a miserabilidade pudesse ser comprovada por outros meios e avaliada pelo juiz diante das peculiaridades do caso concreto – não seria, então, uma condição necessária. A Min. Ellen Gracie considerou que a decisão, por adotar a fundamentação do voto do Min. Ilmar Galvão, que ficou vencido em 1998, afrontava o entendimento vencedor e, por conseguinte, a decisão na ADI 1.232: “a sentença, embora tenha afirmado com todas as letras que não descumpria a decisão deste Supremo Tribunal Federal, de fato, na prática, faz letra morta da nossa decisão”, porque o STF teria fixado como parâmetro objetivo “a ocorrência, a existência ou não deste limitador de ganhos da família: um quarto do salário mínimo”¹².

Na Rcl. 2.323, julgada em 2005, o INSS impugnava decisão de juízo de Londrina em que se deferiu liminar em ação civil pública para garantir a “todos os portadores de deficiência e idosos domiciliados na Circunscrição Judiciária de Londrina” o direito ao benefício assistencial caso sua renda familiar mensal *per capita* fosse inferior a **meio** salário mínimo. O juiz defendeu sua decisão dizendo que não estava a desafiar a autoridade da decisão do STF na ADI 1.232, mas apenas a interpretar as mudanças legislativas posteriores a 1998,

¹⁰ “Recurso parcialmente acolhido para compelir o réu a deduzir do cálculo da renda familiar, para fins de verificação do preenchimento do requisito econômico ao benefício de prestação continuada do art. 20 da Lei no 8.742/93, apenas as despesas que decorram diretamente da deficiência, incapacidade ou idade avançada, com medicamentos, alimentação especial, fraldas descartáveis e consultas na área da saúde, comprovadamente requeridos e negados pelo Estado”. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **Apelação nº 5044874-22.2013.4.04.7100/RS**, Relator Des. Fed. Vânia Hack de Almeida, julgamento em 27 jan. 2016.

¹¹ TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. **Súmula 11**, julgamento em 5 abr. 2004, cancelada em 24 abr. 2006.

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 2.303 AgR**, Relatora Min. Ellen Gracie, julgamento em 13 maio 2004.

destacando benefícios governamentais que estabeleciam como critério para considerar uma pessoa “necessitada” renda máxima superior àquela determinada como limite para a concessão do benefício assistencial. Fazendo uma interpretação sistemática do ordenamento, o juiz considerou que o critério do benefício assistencial teria sido derogado pelas leis posteriores, já que somente seria possível ter **um** critério definidor de miserabilidade no âmbito do poder público federal.

O Min. Eros Grau, considerou, porém, que “Leis que disciplinem outros benefícios não têm o condão de alterar as disposições da Lei nº 8.742/93, que têm como fim específico regulamentar aquele benefício constitucionalmente previsto”. Ele assentou a posição do STF na ADI 1.232, em que se determinou que “o requisito objetivo previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/93 deve ser satisfeito para a concessão do benefício, a não ser que a lei venha a dispor de forma diversa”¹³.

As duas decisões relatadas são do Plenário do Tribunal, e mostram que até 2005 havia uma posição consolidada de que: a) a Constituição remeteu à lei a regulamentação do requisito econômico, e o critério legal era constitucional; b) a extensão do benefício para além do critério legal dependia de modificação legislativa que dispusesse de maneira diversa.

A Súmula 11 da TNU foi cancelada em 23 de abril de 2006, diante de reiteradas decisões do STF reafirmando a autoridade da decisão da ADI, mas nos juizados especiais federais os juízes continuavam a julgar contrariamente à regra e à decisão do STF¹⁴.

Todavia, em algum momento entre 2005 e 2006, houve uma mudança repentina de entendimento dos Ministros, e o STF já dava sinais de que modificaria a orientação adotada da ADI 1.232 para acompanhar o que era feito na primeira instância e nas instâncias recursais ordinárias, julgando monocraticamente as Reclamações em desfavor do INSS. Exemplificativamente, por resumir bem o que ocorria em virtualmente todos os gabinetes de Ministros do STF entre 2006 e 2013, transcrevemos decisão da Min. Cármen Lúcia, que assim justificou a manutenção de decisão de base que violava os parâmetros da ADI:

De se concluir, portanto, que o Supremo Tribunal teve por constitucional, em tese (cuidava-se de controle abstrato), a norma do art. 20 da Lei nº 8.742/93, mas não afirmou inexistirem outras situações concretas que impusessem atendimento constitucional e não subsunção àquela norma [...]. A constitucionalidade da norma legal, assim, não significa a inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais que, para atender, nos casos concretos, à Constituição, garantidora do princípio da dignidade humana e do direito à saúde, e à obrigação estatal de prestar a assistência social “a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social”, tenham de

¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 2.323**, Relator Min. Eros Grau, julgamento em 7 abr. 2005.

¹⁴ Exemplificativamente: “A questão atinente à comprovação da miserabilidade vem sofrendo modificações jurisprudenciais, para considerar que o preceito contido no art. 20, § 3º da Lei no 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal”. TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. **PU 2005.43.00.903968-3**, Rel. Juíza Federal Maria Divina Vitória, julgamento em 13 ago. 2007.

definir aquele pagamento diante da constatação da necessidade da pessoa portadora de deficiência ou do idoso que não possa prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família¹⁵.

Na mesma decisão ficou claro que a Ministra considerou que a regra deveria “ceder à realidade” fática verificada no processo¹⁶.

Esta decisão é representativa de diversas outras que eram proferidas monocraticamente pelos Ministros da Corte entre 2006 e 2013. Os argumentos, embora redigidos de forma a permitir uma compatibilização com a conclusão da Corte na ADI, estão bastante distantes do que foi decidido em 1998. De fato, a decisão na ADI “não afirmou inexistirem outras situações concretas que impusessem atendimento constitucional”, mas restringiu a concessão do benefício às hipóteses legalmente previstas, e aquele era o único critério veiculado por lei formal. A decisão é, portanto, contrária ao precedente da ADI.

A Ministra considerou legítimos os “comportamentos judiciais” que, apesar da (restrição da) norma, concediam o benefício, o que equivale a dar força normativa direta ao art. 203, V, da CF, derrotando a norma infraconstitucional¹⁷. Construía-se progressivamente a ideia de que o direito constitucional garantido pelo art. 203, V, da CF, não poderia ser restringido pela norma infraconstitucional, sob pena de se fraudar a própria Constituição e negar eficácia a seus dispositivos. Não se trata aqui de uma norma programática *stricto sensu*, que estabelece apenas objetivos amplos a serem atingidos (como a “redução das desigualdades sociais”), mas de comando que obrigava o Estado a instituir benefício, já prevendo o valor de um salário mínimo, e delegando à lei apenas o estabelecimento de parâmetros para um dos requisitos (a miserabilidade) e a forma de implementação desse direito. Assim, uma decisão

¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rel. 3.805**, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática de 9 out. 2006, grifo nosso.

¹⁶ “Afirmo: e a miséria constatada pelo juiz é incompatível com a dignidade da pessoa humana, princípio garantido no art. 1º, inc. III, da Constituição da República; e a política definida a ignorar a miserabilidade de brasileiros é incompatível com os princípios postos no art. 3º e seus incisos da Constituição; e a negativa do Poder Judiciário em reconhecer, no caso concreto, a situação comprovada e as alternativas que a Constituição oferece para não deixar morrer à mingua algum brasileiro é incompatível com a garantia da jurisdição, a todos assegurada como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República)”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rel. 3.805**, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática de 9 out. 2006.

¹⁷ Durante os debates, o Min. Marco Aurélio reconheceu que se tratava de um caso de *derrotabilidade normativa*: “Posta a questão em jargão técnico, o Poder Judiciário derrotou uma regra. O dispositivo legal fornecia relato preciso e acabado da hipótese efetiva de atuação, o qual ficou suplantado pelo aplicador em favor de concepção mais ampla de justiça”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 567.985**, Rel. originário Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18 abr. 2013. Sobre a derrotabilidade normativa, inclusive neste caso ora relatado, cf. FERRER BELTRÁN, J.; RATTI, G. B. **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**, 2012; ARAÚJO, J. A. A. de. **Quando a regra é clara, mas claramente injusta: o Supremo Tribunal Federal e a derrotabilidade das normas jurídicas**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015 (em revisão para publicação). Embora haja quem defenda que casos como este seriam simples mudança de orientação interpretativa (por todos, CHIASSONI, P. *Defeasibility and legal indeterminacy*. In: FERRER BELTRÁN, J.; RATTI, G. B. (Ed.). **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**, 2012, p. 151-181.

com deferência exclusiva à lei acabaria por conferir a esta a autoridade para, em verdade, instituir o benefício, vulnerando a autoridade da norma constitucional.

Essa lenta mudança de orientação acabou culminando nos julgamentos dos RE nº 580.963/PR e 567.985/MT e da Rcl. nº 4.374, em 2013, que legitimaram as teses judiciais, embora sem nenhuma modificação no panorama normativo. A Rcl. 4.374 nada tinha de diferente das demais, e foi o acaso que a erigiu ao status de *leading case*. O Tribunal claramente já havia decidido dar publicidade a entendimento que era aplicado virtualmente no país inteiro, inclusive no próprio STF. Apesar de terem julgado outros processos conjuntamente (recursos extraordinários), na Rcl. 4.374 a questão foi tratada em tese nos debates, e por isso a elegemos como o precedente de reversão da ADI 1.232.

O Relator Min. Gilmar Mendes afirmou a “incapacidade” da decisão da ADI 1.232 de pôr termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela Loas. Esclareceu o novo posicionamento do STF ao buscar contornar o critério objetivo e único estipulado pela Loas e avaliar o real estado de vulnerabilidade social das famílias com pessoas idosas ou deficientes. Defendeu, ainda, a possibilidade de o Tribunal “exercer um novo juízo” sobre aquela ADI, considerando que nos dias atuais “o STF não tomaria a mesma decisão”. Logo, tendo como base as mudanças na economia, política e sociedade, o Ministro votou pela inconstitucionalidade da norma (§3º, art. 20, Lei 8.742/93)¹⁸.

Sustentou-se ali um “processo de inconstitucionalização” decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). Apesar da multiplicidade de argumentos, é possível constatar que o que prevaleceu foi o de que a CF/88 teve seus objetivos *frustrados* pela Loas e sua regulamentação restritiva.

Contudo, a solução adotada pelo STF acabou sendo contraditória. Em vez de autorizar a aplicação de outros critérios para a concessão do benefício assistencial – critérios legais previstos em outros normativos que tratavam, também, de benefícios sociais, bem como as teses jurisprudencialmente construídas para relativizar o cálculo da renda familiar e verificar a miserabilidade em concreto –, a Corte decidiu pela inconstitucionalidade do § 3º do art. 20, como forma de “forçar” a mão do legislador a desenvolver critérios mais flexíveis. Por um lado, os Ministros legitimaram e até elogiaram a coragem dos juízos de primeira instância que, em atitude de pouca deferência ao legislador (e ao próprio STF, aliás), passaram a flexibilizar o critério da Loas, dizendo que este não era o único aplicável; por outro, decidiram pela inconstitucionalidade como meio de demandar uma atuação, justamente, do legislador – tacitamente parecendo aderir à tese que prevaleceu na ADI em 1998, de que a ampliação do critério legal somente poderia ser feita por lei.

¹⁸ “A prevalência da solução lógica não foi capaz de dar uma resposta satisfatória para o problema – por todos reconhecido – da insuficiência da legislação. A atitude de *self restraint* acabou deixando aberta a questão quanto à omissão legislativa no cumprimento do inciso V do art. 203 da Constituição. A Corte proferiu uma decisão consistente, bem fundamentada do ponto de vista lógico, mas não resolveu o problema constitucional (substancial) que lhe foi posto naquela ADI 1.232”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Rcl 4.374, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18 abr. 2013.

Esta contradição primeiro elogiando a falta de deferência ao legislador, depois deferindo justamente ao legislador a solução da questão – mostra que a declaração de inconstitucionalidade foi, na verdade, uma tentativa de enquadrar uma decisão heterodoxa da Corte, que derrotou a norma, dentro dos mecanismos clássicos de tomada de decisão, e em última análise atribuiu ao legislativo omissivo a “culpa” pela decisão atípica que Corte estava sendo “obrigada” a proclamar.

Ocorre que o dispositivo da decisão ficou bastante confuso. A proposta foi de uma declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade – até porque, em verdade, o critério legal não era inconstitucional¹⁹ se considerado como um parâmetro possível dentre vários –, com a fixação de um prazo de dois anos para que o Congresso Nacional editasse lei nova prevendo situações complementares com outros critérios pelos quais a miserabilidade poderia ser comprovada. Mas não houve quórum para a modulação dos efeitos do julgado, e o resultado foi um julgamento pela inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, sem o estabelecimento de novos critérios para a comprovação da miserabilidade e sem a notificação do Congresso Nacional para legislar.

Na conclusão dos debates, a maioria dos Ministros considerou que a primeira instância continuaria tutelando os casos específicos como vinha fazendo até então. Na prática, portanto, o julgamento do STF serviu apenas para legitimar as decisões dos juízes nos Juizados Federais e Turmas Recursais que concediam o benefício assistencial **apesar** da regra restritiva. Em vez de fundamentar suas decisões com grande dificuldade argumentativa para transpor o óbice que representava a ADI 1.232, seria possível agora analisar mais abertamente a situação de miserabilidade em cada caso, fazendo agora referência à Rcl. 4.347.

As ferramentas para esta análise já existiam. Normalmente é feito, em processos judiciais que pleiteiam benefícios assistenciais, um laudo socioeconômico, em que se procede a uma visita à residência do postulante e se busca mais detalhes sobre sua vida, bem como fatores que podem embasar uma conclusão pela miserabilidade que dá direito ao benefício assistencial.

2. AS PERÍCIAS SOCIOECONÔMICAS: ESTUDO DE CASOS

Diante da recalcitrância jurisprudencial e administrativa, pesquisamos o perfil do requerente do benefício assistencial na cidade de Imperatriz, Estado do Maranhão, com o intuito de compreender as dificuldades práticas em torno do critério de miserabilidade para as pessoas que requerem o benefício assistencial. Trata-se de município no sudoeste do Estado, na fronteira com o Tocantins e próximo à fronteira com o Pará, onde a população tem alta dependência da Previdência e da Assistência Social.

¹⁹ “Mostra-se patente que o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, embora não seja, só por si, inconstitucional, gerou situação concreta de inconstitucionalidade. A incidência da regra traduz falha no dever, criado pela Carta, de plena e efetiva proteção dos direitos fundamentais, resultante da eficácia positiva de tais direitos, cuja concretização é condição essencial à construção de uma sociedade mais justa e, portanto, civilizada”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 567.985**, Rel. originário Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18 abr. 2013.

O Maranhão é um dos Estados mais pobres do país, e a região de Imperatriz, no Sudoeste, é das únicas – ao lado da capital – que possui índice de desenvolvimento humano municipal (IDHM) considerado “alto”, em 0,731. A estimativa populacional para 2018 era de 258.000 habitantes, mas dados de trabalho e renda do IBGE de 2016 mostram apenas 21,8% de população ocupada, com rendimento médio de 1,8 salários mínimos. Uma grande fatia da população, 37,4%, possui renda *per capita* nominal inferior a meio salário mínimo²⁰. Esse conjunto de fatores, que inclui sinais de desenvolvimento econômico e social relativo aliado a números que mostram um desequilíbrio na distribuição de renda, tornam a cidade objeto importante de estudo para pesquisa sobre o benefício assistencial. Os baixos índices de ocupação (formal), renda média mensal e renda *per capita* nominal mensal são indicativos de alta dependência da Assistência Social.

Essa impressão é reforçada pelo número de processos requerendo este benefício que foram protocolizados na Justiça Federal de Imperatriz ao longo dos anos. Considerando os pedidos apenas entre 2012 e 2018 (até novembro, quando foi implementado o processo eletrônico), foram requeridos 3.612 benefícios assistenciais nos dois Juizados Especiais Federais da Subseção, uma média de 516 novos pedidos por ano – e esses são apenas os casos negados pelo INSS após requerimento administrativo. O número destes, certamente, seria bem maior²¹.

Foram analisados 106 laudos socioeconômicos elaborados entre 2016 e 2017 por peritos com formação em assistência social e que instruíram processos na Justiça Federal de Imperatriz, a qual possui duas Varas e dois Juizados Especiais. A seleção dos laudos foi completamente aleatória.

A perícia socioeconômica adota um modelo de laudo padronizado, que é preenchido pelo assistente social com informações e impressões a respeito do núcleo familiar. Na visita domiciliar, o perito verifica o número de pessoas que residem no mesmo espaço que o requerente, a renda mensal, atividades laborais, escolaridade, saúde e perspectivas de vida. É verificado se o postulante tem necessidade de auxílio de terceiros para a realização dos atos da vida cotidiana, se necessita de medicamentos – e se eles são ou não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde. Há ainda uma análise quanto aos gastos para a manutenção do lar e do núcleo familiar, como alimentação, medicamentos, luz, água, transporte, vestuário, entre outros, bem como uma verificação quanto às condições de moradia e infraestrutura básica. Os laudos são instruídos com fotos do exterior e interior da residência do postulante. Tudo de modo a dar ao juiz a maior quantidade possível de subsídios para decidir, à míngua de um critério objetivo exauriente da questão.

A fim de testar o critério legal, decidimos dividir o conjunto de postulantes em dois grupos, a partir da identificação da renda dos respectivos núcleos familiares. Consideramos a renda total do núcleo familiar, e dividimos pelo número de integrantes para obter a renda *per capita*. No grupo A ficaram os postulantes que atenderiam ao critério de renda mensal *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, e no grupo B as famílias que ultrapassavam este

²⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2010:** atualizado com dados até 2018, 2011.

²¹ Dados fornecidos pela Justiça Federal de Imperatriz.

limite, o que resultaria no indeferimento do benefício caso fosse considerado de forma estrita o critério da Loas. O resultado foi que, dentre as 106 famílias analisadas, 72 se enquadraram no grupo A e 34 no grupo B.

O segundo passo foi analisar se havia diferença significativa entre os grupos com base nos outros critérios comumente utilizados pelos juízes.

Um dos itens do laudo socioeconômico identifica se a família, além da renda percebida por atividade laboral, possui outros auxílios financeiros do Estado. O que chama a atenção na análise é que grande parte das famílias que buscam o BPC recebem também Bolsa Família. Isso pode ser explicado, porque se trata de núcleos familiares em situação de hipossuficiência e, apesar de os benefícios não serem interdependentes, o critério – a hipossuficiência – é semelhante, embora objetivamente o Bolsa Família não esteja vinculado à renda familiar *per capita*.

Mas se o recebimento do Bolsa-Família pode ser um indicativo de vulnerabilidade social, é possível, então, visualizar a primeira contradição se o critério legal for seguido à risca. Do grupo A, ou seja, das famílias cuja renda *per capita* atente ao requisito da Loas, pouco menos da **metade** recebe Bolsa Família. Isso não significa, claro, que as famílias que não recebem o benefício não fariam jus ao BPC, mas evidencia, no mínimo, um problema de falta de uniformidade nos critérios governamentais para o tratamento de situações de vulnerabilidade. Essa constatação é ainda acentuada quando se verifica que, das famílias do grupo B, que **não** fariam jus ao BPC pelo critério da Loas, 33% recebem o Bolsa-Família, que, em princípio, é destinado apenas para famílias em “situação de pobreza e extrema pobreza”²².

Como se trata do programa governamental de redistribuição de renda com maior penetração regional, os dados colhidos a respeito do Bolsa Família, pago em valores bem inferiores ao BPC (que é vinculado ao salário mínimo), corroboram os argumentos de alguns Ministros do STF nos julgados acima analisados, de que o próprio governo federal já superou o critério da Loas em outros diplomas normativos. Segundo os Ministros, após a promulgação da Loas em 1993, o país passou por sensíveis mudanças, como o controle da inflação em 1994, o advento da lei de responsabilidade fiscal, o que “permitiu que o legislador implementasse benefícios com critérios mais ‘generosos’ de definição dos beneficiários”, inclusive tomando por parâmetro uma renda *per capita* de **meio** salário mínimo. A realidade demandava, aparentemente, uma evolução da norma.²³

²² Como esclarece o artigo 2º da Lei nº 10.836/2004, que instituiu o benefício: “Art. 2º Constituem benefícios financeiros do Programa, observado o disposto em regulamento [...]; II – o benefício variável, destinado a unidades familiares que se encontrem em situação de pobreza e extrema pobreza e que tenham em sua composição gestantes, nutrizes, crianças entre 0 (zero) e 12 (doze) anos ou adolescentes até 15 (quinze) anos, sendo pago até o limite de 5 (cinco) benefícios por família”.

²³ Consta da ementa do RE 567.985: “O critério objetivo de miserabilidade previsto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 restou modificado para ½ salário mínimo, por força das Leis no 9.533/97 e no 10.689/2003” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 567.985**, Rel. originário Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18 abr. 2013.

De fato, diversas normas utilizam critérios mais benéficos para a concessão de benefícios, tais como: a já citada Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei nº 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola, a Lei nº 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003).

Mudando o foco para a instrução, verificou-se que em apenas **uma** das 106 famílias analisadas havia alguém que concluía o ensino superior. E o universo não era pequeno: o grupo A teve 284 integrantes e o grupo B, 113. Vale notar que 54% dos integrantes do Grupo A cursaram **apenas** o ensino fundamental, sendo que, na maioria dos casos, não chegam a concluí-lo. Apenas 18% chegou a cursar o ensino médio, e 13% não eram alfabetizados.

Os resultados referentes ao Grupo B não foram muito diferentes: 51% chegou a cursar o ensino fundamental. Apenas 17% cursou o Ensino Médio e 19% não possuía alfabetização.

O dado é relevante na medida em que há autores que defendem uma relação diretamente proporcional entre educação e diminuição da pobreza. A relação entre pobreza e educação é marcadamente vista a partir de uma relação causa-efeito: maior escolarização produz diminuição da pobreza²⁴. Tomando a escolaridade como um dos parâmetros para definir hipossuficiência, vale notar que o Grupo B apresentou uma proporção maior que o Grupo A quanto ao número de integrantes sem nenhuma escolaridade.

Analisando objetivamente a renda e as despesas de cada família, como os juízes, turmas recursais e Tribunais Regionais Federais têm feito desde 1998 como uma das formas de contornar a decisão do STF na ADI, vemos que o resultado também é semelhante nos dois grupos estudados. Um dos itens do laudo pericial discrimina os gastos de cada residência, como energia elétrica, água, alimentação, remédios, transportes, gás e vestuário. Os itens levados em consideração para compor a somatória das despesas de cada família são considerados básicos e indispensáveis para uma vida minimamente digna.

Por este critério, de fato as famílias do grupo A, com renda menor (em média), experimentam uma relação renda/despesa mais grave que as do grupo B. Essa constatação, contudo, somente pode ser feita utilizando a **média** dos casos. Mas a média, aqui, é enganosa, porque facilmente pode ser distorcida. Para verificar isso, basta que abandonemos a análise pela média e nos concentremos em casos específicos.

Exemplificativamente, a família B1 era composta por quatro integrantes: o autor, sua companheira e dois enteados. A renda total da família era de R\$950,00 provenientes do Programa Bolsa Família, de trabalhos do autor como mototaxista²⁵ e de sua companheira como auxiliar de cozinha. Considerando o salário mínimo da época (R\$937,00), a renda *per capita* da família (R\$237,00) ultrapassava o limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo em apenas

²⁴ OLIVEIRA, R. Educação, pobreza e emprego: uma análise a partir das categorias escolaridade, gênero e cor. **Perspectiva**, p. 687-719, 2013.

²⁵ Em Imperatriz, a atividade de mototáxi, ou seja, de transporte de passageiros, é regulamentada pela Prefeitura, embora seja proibida em centros urbanos maiores, como São Paulo.

R\$2,75. Contudo, o autor sofria a três anos de “cardiopatia dilatadora com disfunção sistólica, fibrilação atrial e diabetes”, tendo apresentado os laudos médicos comprobatórios em perícia médica realizada no fórum da Justiça Federal. A condição clínica do autor prejudicava a obtenção de renda, pois ele relatou não conseguir trabalhar normalmente devido ao cansaço e à falta de ar. Necessitava de medicação diariamente, porém nem todos os medicamentos eram fornecidos pelo SUS, o que levava a um gasto mensal de no mínimo R\$180,00.

A família B3 era composta por dois integrantes: o autor e seu filho. A renda mensal era de R\$800,00 provenientes do trabalho do filho do autor como pedreiro autônomo. Considerando o salário mínimo da época (R\$937,00), a renda *per capita* da família (R\$400,00) ultrapassava o limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo em R\$165,75. Entretanto, o autor fazia hemodiálise três vezes por semana e dependia de terceiros para quaisquer atos da vida cotidiana, devido aos problemas de saúde e dificuldade de audição. Fazia uso de vários medicamentos diariamente, e a maioria não era fornecida pelo sistema de saúde pública da cidade. O filho, quem mantinha financeiramente a família, sequer concluiu o ensino fundamental, e apenas fazia “bicos” como pedreiro. No laudo, o perito relatou que a família residia em casa “extremamente deteriorada e em condições insalubres”. A casa, aliás, foi cedida por terceiros, feita de “taipa” (ou “pau-a-pique”) e chão de terra batida, com estruturas amarradas por arames e escoras improvisadas. Os poucos móveis e eletrodomésticos estavam elevados do chão por tijolos.

A família B5 era composta por três integrantes: a autora, seu esposo e seu sogro. A renda mensal era de R\$1.177,00. Considerando o salário mínimo da época (R\$937,00), a renda *per capita* da família (R\$392,33) ultrapassava o limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo em R\$158,00. Entretanto, a renda familiar era constituída pela aposentadoria do sogro da autora, que já tinha 94 anos, e de “bicos” que seu esposo fazia na lavoura, o que a torna completamente incerta, mesmo no curto prazo. A autora doente dependia da ajuda de terceiros para os atos da vida cotidiana, como tomar banho, comer etc. Isso porque era cadeirante e possuía dificuldades de comunicação não especificadas pelo laudo. Segundo o perito, a tudo que lhe era perguntado, a autora respondia apenas “Carol”. Ainda fazia uso de medicamentos contínuos – fornecidos pelo SUS. O sogro da autora também exigia cuidados constantes diante da idade avançada. Ele era analfabeto, enquanto ela e seu esposo não concluíram sequer o ensino fundamental.

A família B12 era composta por quatro integrantes: o autor (de 15 anos), seu pai (48 anos), sua mãe (30 anos) e sua irmã (5 anos). A renda mensal era de R\$1.100,00. O pai do autor mantinha o lar: era Cabo do Exército afastado por problemas de saúde. Considerando o salário mínimo da época (R\$937,00), a renda *per capita* da família (R\$275,00) ultrapassava o limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo em R\$41,00. O autor possuía transtornos mentais não especificados pelo laudo. Contudo, segundo relato do médico perito, o autor era agressivo e já havia tentado bater no próprio pai. Devido ao quadro clínico, fazia uso de medicamentos de uso contínuo não fornecidos pelo SUS. O gasto mensal com medicamentos era de R\$500,00, o que comprometia quase metade da renda mensal da família. A casa em que residiam era cedida pelos avós do autor.

A família B31 era composta por três integrantes: a autora (28 anos), sua irmã (33 anos) e seu sobrinho (11 anos). A renda mensal era de R\$954,00 (um salário mínimo da época), proveniente do trabalho da irmã da autora como cozinheira. Considerando o salário mínimo da

época, a renda *per capita* da família (R\$318,00) ultrapassava o limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo em R\$79,00 reais. Entretanto, a autora possuía transtornos mentais, foi considerada totalmente incapaz pelo médico perito e dependente de terceiros para os atos da vida cotidiana. Fazia uso de medicamentos de uso contínuo não fornecidos pelo SUS. Dessa forma, parte da renda mensal da família era comprometida com gastos em medicamentos (R\$200,00). A autora residia precariamente em uma pequena construção de dois cômodos em um anexo à casa da irmã: paredes sem reboco e piso apenas de cimento. Possuía apenas um colchão no chão e um guarda-roupa velho. A irmã da autora informou que ela era agressiva. Por diversas vezes já agrediu a irmã, que por esse motivo protegia sua própria casa com correntes e cadeados.

Como se pode ver, os gastos com medicamentos e, por outro lado, sua disponibilidade de obtenção na rede pública, foram um fator decisivo para as conclusões do laudo, com a recomendação de concessão do benefício pelo magistrado. Percebeu-se que muitos medicamentos não eram fornecidos pelo SUS – ou, pelo menos, não estavam disponíveis em Imperatriz e nos municípios vizinhos, sujeitos à jurisdição da Subseção de Imperatriz da Justiça Federal. Por esse aspecto, os Grupos A e B obtiveram resultados muito semelhantes.

O desconto dos gastos com medicamentos é feito desde os anos 1990 como forma de contornar o rigor da decisão do STF na ADI, visto que os requerentes do BPC ou estão em situação de incapacidade que exige tratamento médico e medicação específica, ou são idosos, que invariavelmente fazem uso de medicação devido à avançada idade. Há aqui uma interseção entre prestações estatais, em que a situação de vulnerabilidade decorrente da falta de renda é agravada por uma prestação insuficiente do serviço de saúde.

Analisando a questão por outra ótica, houve famílias que se enquadraram no critério estritamente econômico da Loas, mas cujos laudos indicavam condições de vida incompatíveis a renda apurada, e até os peritos, em suas conclusões, recomendaram a negativa do benefício.

A família A40 era composta por cinco integrantes: a autora (11 anos), o padrasto (34 anos), a mãe (26 anos), um irmão (3 anos) e uma irmã (7 anos). A renda mensal declarada era de apenas R\$382,00 provenientes do trabalho da mãe da autora, enquanto vendedora de cosméticos, e também do Programa Bolsa Família. Entretanto, o perito verificou condições de moradia muito boas, instruindo o laudo com fotos, com base nas quais foi possível constatar que a família possuía uma moto, a casa era alugada, mas bem acabada e em excelentes condições, possuía mais de três cômodos, estava toda mobiliada e equipada com eletrodomésticos. O contraste com o que normalmente é verificado nesse tipo de perícia ficou bem evidente.

A família A51 era composta por quatro integrantes: o autor (2 anos), sua mãe (37 anos), seu pai (34 anos) e sua irmã (8 anos). A renda mensal declarada era de R\$677,00 reais. Mas o pai do autor era proprietário de uma **pizzaria** e, embora a família recebesse Bolsa Família, a irmã do autor estudava em escola privada. Além disso, a renda declarada também era incompatível com as condições de moradia da família. Na frente da casa funcionava a pizzaria, bem montada, com mesas, televisão, três congeladores verticais e dois horizontais. A casa era bem mobiliada, o quarto do bebê possuía inclusive aparelho de ar condicionado. Na cozinha existiam três geladeiras e dois fogões industriais, além dos demais eletrodomésticos. A família ainda possuía uma caminhonete em nome do pai do autor. O perito, ao final do laudo, afirmou que “ficou perceptível que existe possibilidade financeira para suprir as necessidades da família até a presente data”.

A família A54 era composta por quatro integrantes: o autor (18 anos), sua mãe (38 anos), seu irmão (16 anos) e sua irmã (9 anos). A renda declarada era de apenas R\$480,00 reais provenientes do trabalho da mãe como faxineira e do Bolsa Família. A mãe do autor declarou que utilizavam transporte público, mas a família possuía um automóvel na garagem. A casa era alugada, mas estava em boas condições de moradia, possuía mais de quatro cômodos.

Os três exemplos refletem uma dificuldade que os peritos experimentam diariamente: a **informalidade** faz com que famílias que claramente não se enquadram no critério “não tenham meios de prover a própria manutenção”, da Constituição Federal, consigam se encaixar, **formalmente**, no critério “renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo”, já que a renda efetivamente auferida não possui registro nos sistemas do INSS – ou porque os provedores do lar são trabalhadores autônomos (em sentido amplo), ou porque são empregados sem anotação em carteira.

Em alguns casos, a tentativa de obtenção do benefício, mesmo não preenchendo os requisitos legais – que não distinguem renda formal de informal – caracteriza clara má-fé processual, e em outros casos chega a configurar estelionato, havendo ações penais em tramitação no Fórum da Justiça Federal de Imperatriz cujo objeto é, justamente, a prestação de declarações falsas ao INSS para obtenção do benefício assistencial. O expediente mais comum é a prestação de informações falsas perante o INSS, não declarando renda efetivamente auferida ou não informando componente do núcleo familiar (esposo(a) ou companheiro(a)) que auferia renda e que poderia constituir um óbice à concessão do benefício.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa permite concluir que o critério estritamente econômico da Loas, que classifica as famílias para fins de recebimento ou não do benefício assistencial somente em função da renda *per capita* abaixo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, é insuficiente, incoerente e falho.

Insuficiente porque, dentre as famílias que não teriam direito ao benefício pelo critério da Loas, foi possível identificar vários casos de efetiva vulnerabilidade social utilizando critérios de outras fontes, como o pagamento de Bolsa Família, bem como analisando a situação familiar de forma integral, incluindo o acesso a saúde, saneamento básico, moradia digna. A vulnerabilidade é tão evidente em alguns casos que sequer é necessário que os juízes invoquem algum critério objetivo nas sentenças, já que as fotos em anexo aos laudos são bastante eloquentes.

Incoerente porque desconsidera outras falhas na prestação de serviços públicos essenciais pelo próprio Estado, notadamente em saneamento básico e saúde. Muitas famílias comprovaram a necessidade de gastos com medicamentos que, em princípio, deveriam ser fornecidos gratuitamente, como controladores de pressão arterial, e outros gastos relevantes com a manutenção de pessoas em absoluta necessidade de adaptações significativas do modo de vida da família, como cadeirantes, vítimas de acidentes vasculares cerebrais e de outras deficiências em geral.

E **falho** porque, como visto, ainda que aplicado rigorosamente, o critério da Loas levará ao deferimento do benefício a famílias que manifestamente dele não necessitam, e conseguiram formalmente se enquadrar na hipótese legal unicamente pela ausência de registro formal de emprego ou renda.

Tudo somado, está claro que há uma dispersão de critérios estatais para tratamento da vulnerabilidade, bem como uma evidente confusão nas prestações do poder público para combater, justamente, os fatores que levam à situação de vulnerabilidade social. Defeitos na prestação do serviço público de saúde levam ao agravamento da situação financeira da família; benefícios em princípio destinados a famílias em grave vulnerabilidade social são pagos a famílias que, pela Loas, não fazem jus ao BPC; e a aferição do critério de renda *per capita* acaba, em verdade, dependendo da sinceridade dos entrevistados, em uma região onde o emprego formal pode ser qualificado como exceção.

O resultado do exame dessa amostragem de laudos periciais dá suporte parcial à conclusão do Supremo Tribunal Federal de que o critério da Loas é, de fato, insuficiente para atender ao comando constitucional. Se é inconstitucional ou não, acreditamos que depende da forma como é tratado: se como exclusivo critério para concessão do benefício, certamente os fins da Assistência Social não serão atendidos; se como um dos critérios possíveis, é válido como parâmetro inicial de análise e potencialmente falho como qualquer critério objetivo que se propõe a ser generalizante.

Mas o STF, ao mesmo tempo em que valorizou a rebeldia judicial de não seguir à risca a decisão da própria Corte na ADI, tacitamente reafirmou a tese de que o legislador precisa ampliar o rol de critérios para concessão do benefício assistencial. E é justamente este ponto que a pesquisa não parece corroborar. O critério da Loas não é insuficiente apenas por ser único ou considerar apenas um aspecto da realidade das famílias. A lei provavelmente continuaria insuficiente e falha ainda que fossem vários os critérios ali elencados. A capacidade premonitória do legislador, ao que tudo indica, não conseguirá nunca abranger todas as formas em que famílias carentes necessitam de proteção do poder público.

Se for realmente assim, a parte fundamental da decisão analisada é a de que autoriza os juízes de primeira instância a continuar abordando o problema como vêm fazendo desde 1993, a partir de laudos periciais que buscam constatar *in loco* as especificidades de cada família. Tolstói escreveu que “todas as famílias felizes se parecem; cada família infeliz é infeliz à sua maneira”²⁶. A saga de vinte e cinco anos do benefício assistencial parece comprovar esta afirmação.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, J. A. A. de. **Quando a regra é clara, mas claramente injusta:** o Supremo Tribunal Federal e a derrotabilidade das normas jurídicas. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

²⁶ Tradução de Rubens Figueiredo em TOLSTÓI, Liev. **Anna Kariênina**. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 dez. 1993. Seção 1, p. 18769. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 jan. 2004. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm>. Acesso em: 5 jun. 2017.

CHIASSONI, P. Defeasibility and legal indeterminacy. In: FERRER BELTRÁN, J.; RATTI, G. B. (Ed.). **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**. New York: Oxford University Press, 2012. p. 151-181.

FERRER BELTRÁN, J.; RATTI, G. B. **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**. New York: Oxford University Press, 2012.

GUASTINI, R. Defeasibility, axiological gaps, and interpretation. In: FERRER BELTRÁN, J.; RATTI, G. B. (Ed.). **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**. New York: Oxford University Press, 2012. p. 182-192.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2010: atualizado com dados até 2018**. Brasília, DF: IBGE, 2011. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

MARANHÃO, J. S. A. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

OLIVEIRA, R. Educação, pobreza e emprego: uma análise a partir das categorias escolaridade, gênero e cor. **Perspectiva**, Florianópolis, v. 31, n. 2, p. 687-719, 2013.

SCHAUER, F. Formalism. **Yale Law Journal**, New Haven, CN, v. 97, n. 4, p. 509-548, 1988.

SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.355.052, Relator Min. Benedito Gonçalves, julgado em 25 de fevereiro de 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1.232, Rel. originário Min. Ilmar Galvão, Rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, julgamento em 27/08/1998.

_____. Rcl 2.303 AgR, Relatora Min. Ellen Gracie, julgamento em 13/05/2004.

_____. Rcl 2.323, Relator Min. Eros Grau, julgamento em 7/04/2005.

_____. Rcl 3.805, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática de 09/10/2006.

_____. Rcl 4.374, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18/04/2013.

_____. RE 567.985, Rel. originário Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18/04/2013.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Apelação nº 5044874-22.2013.4.04.7100/RS, Relator Des. Fed. Vânia Hack de Almeida, julgamento em 27 de janeiro de 2016.

Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Processo nº 0503382-46.2013.4.05.8104, julgado em 09/08/2018.

_____. PEDILEF nº 200770530025203/PR, Relator Juiz Federal Ricarlos Almagro Vitoriano, julgamento em 03/08/2009.

_____. Súmula 11, julgamento em 05/04/2004, cancelada em 24/04/2006.

_____. PU 2005.43.00.903968-3, Rel. Juíza Federal Maria Divina Vitória, julgamento em 13/08/2007.

TOLSTÓI, L. **Anna Kariênina**. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

WALUCHOW, W. J. Defeasibility and legal positivism. In: FERRER BELTRÁN, J.; RATTI, G. B. (Ed.). **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**. New York: Oxford University Press, 2012. p. 254-267.

DIREITOS HUMANOS

HUMAN RIGHTS

A GOVERNAMENTALIDADE NEOLIBERAL ENQUANTO FORMA DE MOBILIZAR VIDAS: REFLETINDO SOBRE AS MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS

*THE NEOLIBERAL GOVERNMENTALITY MOBILIZING LIVES:
REFLECTING ABOUT INTERNATIONAL MIGRATIONS*

Anelise Trindade de Nazaré

*Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).
Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal
do Pará (PPGD-UFPA). Bacharela em Direito pela UFPA. Integrante do Grupo de Estudos
“NosMulheres”. Integrante do Grupo Cabano de Criminologia. Coordenadora Financeira do
Projeto “UniTodos – Da Periferia à Universidade Pública”.
Advogada. Consultora Jurídica na Secretaria de Estado de
Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Pará.
anelise.trindadenazare@gmail.com*

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar em que medida a governamentalidade neoliberal influencia as migrações internacionais. Para confirmar a hipótese de que a aliança entre a governamentalidade neoliberal e o modo de produção capitalista, bem como a sua expansão, estão entre os principais responsáveis em mobilizar vidas ao redor do globo, apresenta-se o conceito de governamentalidade de Michel Foucault, qual seja, de forma a conduzir vidas, a sua relação com o neoliberalismo e o quanto a governamentalidade neoliberal, ao criar necessidades e estilos de vida, impulsiona as mobilidades transnacionais. Em um segundo momento, discute-se sobre as teorias das migrações e defende-se uma postura histórico-estrutural na análise do fenômeno, utilizando-se os apontamentos de Immanuel Wallerstein. Por fim, identificam-se quadros migratórios em que a governamentalidade neoliberal não apenas mobilizou vidas como também as tornou precárias e vulneráveis. A pesquisa é de caráter bibliográfico e documental.

Palavras-Chave: Migrações Internacionais. Neoliberalismo. Governamentalidade. Capitalismo.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the extent to which neoliberal governmentality influences international migration. To confirm the hypothesis that the alliance between neoliberal governmentality and the capitalist mode of production and its expansion are two of the main responsables for mobilizing lives around the globe, Michel Foucault's concept of governmentality will be presented, which means the way to lead lives, its relationship with neoliberalism and regarding neoliberal governmentality, by creating needs and lifestyles, drives transnational mobilities. Secondly, the theories about migration are presented

and a historical-structural posture is defended in the analysis of the phenomenon, using the notes of Immanuel Wallerstein. Finally, it presents migratory scenarios, in which neoliberal governmentality has not only mobilized lives, but also made them precarious and vulnerable. The research is bibliographic and documentary.

Keywords: International migrations. Neoliberalism. Governmentality. Capitalism.

Data de submissão: 10/07/2020

Data de aceitação: 23/02/2021

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. A GOVERNAMENTALIDADE NEOLIBERAL: CONDUZINDO CONDUTAS E MOBILIZANDO VIDAS 2. POR QUE AS PESSOAS MIGRAM? BREVES LINHAS SOBRE AS TEORIAS CLÁSSICA, NEOCLÁSSICA, ESTRUTURALISTAS E DO SISTEMA-MUNDO 3. A GOVERNAMENTALIDADE NEOLIBERAL MOVENDO VIDAS: MIGRAÇÕES SUL-NORTE (MSN), TRABALHADORES DESTACADOS NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA E MIGRAÇÕES SUL-SUL (MSS). CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Mobilidade é qualidade de ser móvel, de conseguir se mover. O ser humano é naturalmente móvel: sem essa qualidade, não haveria como suprir as suas necessidades básicas, principalmente, quando elas envolvem o seu deslocamento no espaço. As migrações são uma espécie de mobilidade humana e, quando realizadas entre países, pode-se denominá-las tanto “migrações internacionais” quanto “mobilidades transnacionais”.

Diz-se estar na “Era das Migrações”. Porém, o que leva as pessoas a migrar, sobretudo, quando esse processo envolve percorrer longas distâncias? No presente artigo, tece-se como hipótese a de que a aliança entre a governamentalidade neoliberal e o modo de produção capitalista, bem como a sua expansão, são um dos principais responsáveis em mobilizar vidas ao redor do globo.

Sendo assim, buscando entender em que medida a governamentalidade neoliberal influencia as migrações internacionais, será apresentado o conceito de governamentalidade de Michel Foucault, relacionando o mesmo com o entendimento sobre o neoliberalismo. Em segundo momento, será debatido acerca das principais teorias sobre as razões das pessoas migrarem, sustentando a importância das análises histórico-estruturalistas. Por fim, serão revelados quadros em que a governamentalidade neoliberal não apenas mobilizou vidas como também reproduziu as desigualdades do sistema capitalista. A pesquisa é de caráter bibliográfico e documental.

1. A GOVERNAMENTALIDADE NEOLIBERAL: CONDUZINDO CONDUTAS E MOBILIZANDO VIDAS

Na aula de 17 de janeiro de 1979, transcrita na obra **O Nascimento da Biopolítica**, Foucault¹ expõe ao público ouvinte o que ele entende sobre o liberalismo: uma nova arte de governar formulada e pensada em meados do século XVIII – aqui podemos pensar no contexto das revoluções burguesas – caracteriza-se, essencialmente, pela instauração de mecanismos internos, numerosos, complexos e que não têm como função assegurar o crescimento do Estado em termos de força, mas sim limitar do interior o exercício do poder de governar.

Todavia, em momento algum, pretende-se eliminar o Estado:

Na verdade, não se deve esquecer que essa nova arte de governar ou essa arte de governar o menos possível, essa arte de governar entre um máximo e um mínimo, e mais para o mínimo do que para o máximo, pois bem, essa arte tem ser considerada uma espécie de duplicação, em todo caso, digamos, de burilamento interno da razão de Estado, é um princípio para a sua manutenção, para o seu desenvolvimento mais completo, para o seu aperfeiçoamento.²

Nesse aspecto, antes de adentrar nas feições dessa nova arte de governar, é imprescindível ter em mente a noção de governamentalidade para Foucault, a qual passou, segundo Michel Sennelart³, por uma reformulação, deslizando progressivamente de um sentido historicamente determinado para um significado mais abstrato⁴.

Observa-se esse sentido mais **determinado** da noção de governamentalidade na obra **Microfísica do poder**, em que Foucault indica ser a governamentalidade um conceito constituído de três elementos: a) um conjunto de instituições, procedimentos, análises, reflexões, cálculos e táticas que influenciam o exercício do poder sobre as populações, principalmente, no que tange a economia política e os dispositivos de segurança; b) uma tendência Ocidental em que se sobressaiu o tipo de poder chamado **governo** sobre todos os outros – soberania, disciplina etc. – resultando em uma série de aparelhos específicos de governo e uma reunião de saberes; e c) o resultado de um processo de transição entre o Estado de justiça da Idade Média e o Estado administrativo.

¹ FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**, 2008.

² *Ibid.*, p. 40.

³ Michel Sennelart possui uma parte reservada ao final do livro **Segurança, território e população** intitulada **Situação dos cursos** em que faz apontamentos sobre o contexto da obra de Foucault e esclarece alguns conceitos como “governo” e “governamentalidade”, os quais tiveram suas definições iniciais superadas pelo próprio Foucault, porém, os novos entendimentos de Foucault estiveram presentes em escritos não publicados os quais Sennelart teve acesso. FOUCAULT, M. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978), 2008.

⁴ Sennelart aponta que nos escritos de Foucault, o conceito de governamentalidade aparece pela primeira vez na quarta aula do curso de 1978 **Segurança, território e população** (01 de fevereiro de 1978). Naquele contexto, a governamentalidade se definia como o campo estratégico das relações de poder ou as características específicas da atividade de governo.

Em resumo, a governamentalidade, em um primeiro momento, representava

[...] as táticas de governo que permitem definir a cada instante o que deve ou não competir ao Estado, o que é público ou privado do que é ou não estatal, etc.; portanto o Estado, em sua sobrevivência e em seus limites, deve ser compreendido a partir das táticas gerais da governamentalidade⁵.

Contudo, em um segundo momento, Sennelart indica que governamentalidade não mais é considerada por Foucault como as práticas governamentais constitutivas de um regime de poder particular, mas a maneira como se conduz a conduta dos homens. Assim, Foucault amplia o conceito de governamentalidade passando a abranger as técnicas e procedimentos destinados a não apenas dirigir, mas moldar condutas.

Essencial, para a análise de Foucault sobre essa nova arte de governar liberal, é uma “coisa” presente nas práticas governamentais dos séculos XVI-XVIII, que inclusive foi alvo de um objeto privilegiado de intervenção e vigilância do governo e, no século XVIII, tornou-se um lugar de formação de verdade, em que não se pode saturar ou sufocar por meio de uma regulamentação estatal indefinida ou sem prática que irão ao encontro dessa “coisa”. Deve-se intervir o mínimo possível a fim de que ela, essa coisa, possa formular a sua verdade e propor-se como regra e norma da governamentalidade. Essa “coisa” consiste no mercado.

Para Foucault, na Idade Média, o mercado era um lugar de justiça nos seguintes sentidos: a) Regulamentação: dos objetos a serem vendidos, o modo de fabricá-los, os procedimentos de compra e venda, e os preços estabelecidos. Essas etapas eram pensadas a partir de concepção de justiça; b) Preço justo: qual o preço mais justo levando-se em conta as necessidades do comerciante e do comprador? Assim, o mercado era um lugar em que se praticava a justiça distributiva; e c) Há no mercado um risco inerente e a sua regulamentação visa proteger o comprador contra uma eventual fraude realizada pelo vendedor.

Ou seja, na troca e na regulação de preços, deveria aparecer a justiça, o que tornou o mercado um lugar de jurisdição, mas, no século XVIII, ele não assumirá mais esse papel.

No século XVIII, o mercado apareceu como um local, uma coisa que obedecia e devia obedecer aos mecanismos **naturais**, espontâneos, em que não se pode modificá-los sob pena de desnaturá-los. O mercado se torna um lugar de verdade ou veridicção, buscando a formação do **preço natural**, **preço normal**, **bom preço**, a partir de critérios ocultos, vagos, cuja certeza única é de que eles não terão conotações de justiça.

Essa teoria econômica do preço-valor indica uma ideia fundamental: o mercado deve ser revelador de algo que é considerado como verdade e esse padrão de verdade discernirá as práticas governamentais e definirá se elas estão certas ou erradas. O mercado é que vai fazer com que o governo seja bom, funcionando com base em uma verdade, mas, para tanto, ele não precisa ser justo. O papel de veridicção do mercado é que vai comandar, prescrever e ditar os mecanismos jurisdicionais, ou a ausência dos mesmos e como eles devem se articular.

⁵ FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**, 1998, p. 282.

Porém, esse mesmo modelo, segundo Pierre Dardot e Christian Laval, é cheio de tensões. Passando ao século XIX, o liberalismo, de acordo com esses autores, possui como dogmas “O direito natural, a liberdade de comércio, a propriedade privada e as virtudes do mercado”⁶. Todavia, o liberalismo entra em crise interna em meados do século XIX e se aprofunda com a Primeira Guerra Mundial e no período entre guerras. Nesse aspecto, aqueles estudiosos indicam dois polos do liberalismo nesse contexto: o dos reformistas sociais defensores de um ideal do bem comum e os tradicionais partidários da liberdade individual como fim absoluto. Utilizando os apontamentos de Foucault, pontuam:

Na realidade, o que se costuma chamar de “crise do liberalismo” é uma crise da governamentalidade liberal, segundo o termo de Michel Foucault, isto é, uma crise que apresenta essencialmente, o problema prático da intervenção política em matéria econômica e social e o da justificação doutrinal dessa intervenção⁷.

Dardot e Laval explicam que a crise do liberalismo em muito se deve à teimosia dos “velhos liberais” em aceitar que a doutrina do livre mercado não mais atendia a configuração do capitalismo no século XX. O sistema industrial e financeiro agora tem novas práticas, as quais são incompatíveis com a concepção rudimentar de “lei da oferta e da procura”. Portanto, surge outro fenômeno nesse período:

[...] fenômeno da empresa, sua organização, suas formas jurídicas, a concentração de seus recursos, as novas formas de competição; as novas necessidades de produção e de vendas exigiam uma “gestão científica”, que mobilizasse exércitos industriais enquadrados em um modelo hierárquico de tipo militar por pessoal qualificado e dedicado⁸.

Somado a isso, havia a necessidade de intervenção governamental para conter os conflitos decorrentes do capitalismo, por exemplo, os conflitos de classe.

Assim, das discussões trazidas tanto por Michel Foucault quanto por Pierre Dardot e Christian Laval, podem-se extrair duas premissas essenciais para entender as razões de neoliberalismo se configurar como o observamos hoje: a) no seu princípio, enquanto apenas liberalismo, nunca se pretendeu eliminar o que se entende como o Estado, e sim havia a necessidade da sua reformulação para justificar o porquê de limitar a sua atuação no campo econômico; b) com a sua não tão nova face, o neoliberalismo não cogita eliminar o Estado, mas precisa, mais do que nunca, da sua intervenção em determinados ramos considerados imprescindíveis para a sobrevivência desse modelo.

O neoliberalismo, para Dardot e Laval, representa uma continuidade de um projeto liberal anterior, porém, busca-se superar as dificuldades surgidas nas mutações do capitalismo e os conflitos sociais e internacionais decorrentes da Primeira Guerra Mundial e da ascensão de regimes totalitários. Sendo uma continuidade, portanto, não configura uma arte de governar tão nova como se poderia pensar.

⁶ DARDOT, P.; LAVAL, C. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal, 2016.

⁷ *Ibid.*, p. 38.

⁸ *Ibid.*, p. 40.

Dessa maneira, haverá, no neoliberalismo, a utilização de meios aparentemente contrários aos princípios liberais para essa empreitada, como as leis de proteção ao trabalho e a taxação progressiva de renda com a finalidade, apesar de pouco aparente, de garantir as condições reais de realização de objetivos individuais. Trata-se da preciosa intervenção governamental em determinados ramos, pensada como forma de manter viva a governamentalidade neoliberal.

Infelizmente, esse comando do mercado não vai incidir somente em aspectos econômicos, mas em toda vida social e política. Afinal, a ideia de governamentalidade também se relaciona como um modo de influenciar a conduta dos indivíduos. Ademais, o próprio conceito de “modo de produção capitalista” não se restringe à produção de mercadorias como também à produção de sujeitos e formas de vida. Molda-se a economia, mas também se moldam vidas que devem acompanhar essa nova lógica. Portanto, a fim de que esse modelo econômico e de governo se desenvolva e se mantenha, precisa-se de uma massa humana que acompanhe essas articulações.

Porém, nos apontamentos de Immanuel Wallerstein⁹, essa massa humana, responsável por produzir, está inserida nessas articulações do capital sem qualquer relação de igualdade. Assim, uma das consequências do capitalismo, para Wallerstein, é a crescente polarização entre áreas centrais e periféricas da economia mundial. Dessa maneira, a região dotada do artigo menos escasso vende seus bens para outra região a um preço que incorpore mais insumo real (custo) do que um bem de preço igual que se desloque na direção oposta. Parte do lucro total (ou do excedente) produzido numa área transfere-se então para outra.

Essa polarização é determinante para as mobilidades humanas. Cada vez mais pessoas migram pelo mundo e comumente se comenta estar na “Era das Migrações Internacionais”. Indivíduos vêm e vão ao redor do globo por diversos motivos: perseguições religiosas, políticas, mulheres fogem de situação de violência¹⁰, mas não se pode desconsiderar que o neoliberalismo possui forte influência nessas mobilidades. Isso porque, não raro, pessoas procuram países centrais da economia capitalista em busca de melhores condições econômicas e enviam para os seus países de origem remessas econômicas e sociais¹¹. Quando não procuram países centrais como destino, imigrantes também buscam países com certa expressão econômica e onde as fronteiras não sejam tão controladas.

O que se pode dizer é: no neoliberalismo, o mercado continuou sendo o lugar de verificação e polarizou o mundo, concentrando o capital em determinadas regiões. Não apenas isso: a governamentalidade neoliberal criou sujeitos e formas de vida considerados ideais,

⁹ WALLERSTEIN, I. **Capitalismo histórico e civilização capitalista**, 2001.

¹⁰ Luanna de Souza e Andreza Smith analisaram o caso de duas mulheres dinamarquesas em situação de violência doméstica, as quais no ano de 2017 migraram ao Brasil na tentativa de conseguir refúgio e serem protegidas pelos mecanismos da Lei Maria da Penha. SOUZA, L. T.; SMITH, A. S. P. O. O caso das dinamarquesas: luzes sobre o refúgio para mulheres em situação de violência doméstica e familiar no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, 2018, p. 335-356.

¹¹ Jorge Pizarro define as remessas econômicas enquanto porções de renda dos migrantes internacionais, residentes temporários ou permanentes no país onde trabalham, que são transferidas do país de residência para o país de origem. PIZARRO, J. M. Remessas (econômicas e sociais). In: CAVALCANTI, L. *et al.* (org.). **Dicionário crítico de migrações internacionais**, 2017. cap. 120, p. 630-636.

concebendo imaginários sobre o que é bom e certo. Por outro lado, as crises econômicas e as políticas inerentes ao sistema capitalista também são responsáveis em mobilizar indivíduos para outros locais.

Portanto, a governamentalidade neoliberal além de ser uma forma de conduzir condutas, também mobiliza vidas e influencia fortemente as mobilidades transnacionais, na medida em que indivíduos frequentemente migram para áreas onde o capital se concentra, bem como migram para acompanhar as dinâmicas do neoliberalismo. Para melhor defesa dessa tese, passamos a apresentar as teorias que tentam explicar as razões das pessoas migrarem, abordando as que têm como fundamento principal a expansão do capitalismo.

2. POR QUE AS PESSOAS MIGRAM? BREVES LINHAS SOBRE AS TEORIAS CLÁSSICA, NEOCLÁSSICA, ESTRUTURALISTAS E DO SISTEMA-MUNDO

As causas das migrações ou mobilidades transnacionais se relacionam diretamente com fatores como a racialização, o colonialismo e a expansão do capitalismo, e decorrem de estruturas de dominação e desigualdade social. Ademais, é importante considerar que as migrações internacionais também materializam processos de hierarquização cultural, racial, espacial e de gênero. Nesse sentido, quando se pensa na categoria migrante, deve-se compreendê-la de forma ampla, pois vários são os motivos e formas das migrações internacionais.

Em resumo, pode-se dizer que os aspectos sociais, políticos, econômicos e culturais estão entre as causas das migrações. Nesse quadro diverso e complexo, há várias perspectivas teóricas que justificam o motivo das pessoas migrarem. Dentre as quais: as teorias clássicas, neoclássicas, estruturalistas e do sistema mundial.

A teoria clássica tem como expoente e pioneiro o geógrafo George Ravenstein, cujo texto **Laws of migration** ou **Leis da migração**, datado de 1885, buscou explicar e prever as causas das migrações. Basicamente, segundo Carlos Nolasco, as Leis da Migração, de Ravenstein, podem ser sumarizadas da seguinte forma:

[...] as migrações acontecem essencialmente por disparidades econômicas entre áreas, sendo que os grandes centros urbanos, industriais ou de comércio são espaços de atração; existe uma relação entre o movimento migratório e a distância percorrida, na medida em que quanto maior for a distância menor será o número de migrantes a efetuar esse percurso; se a distância a percorrer for grande, o percurso migratório tende a ser feito por etapas; os migrantes são majoritariamente adultos, provenientes do mundo rural, percorrendo preferencialmente pequenas distâncias; as migrações tendem a aumentar com o desenvolvimento econômico e com o progresso da tecnologia e dos transportes.¹²

As ideias de Ravenstein foram duramente criticadas. Uma das críticas, apontadas por Carlos Nolasco é o caráter positivista que fundamenta as leis de Ravenstein. Sendo as migrações

¹² NOLASCO, C. Migrações internacionais: conceitos, tipologias e teorias. **Oficina do CES**, 2016, p. 15.

internacionais um fenômeno sem regularidade, seria inadequado tentar interpretá-lo e justificá-lo por meio de interpretações simplistas e generalistas. Contudo, os apontamentos de Ravenstein contribuíram muito para a formulação de outra teoria sobre os estudos migratórios: a teoria neoclássica-econômica ou teoria do *push-pull* (atração/expulsão).

A teoria neoclássica tem como base a compreensão dicotômica dos fatores *push-pull*, em que se coloca em confronto dois espaços de grandes diferenças socioeconômicas. A ideia de *pull* se aplica ao local de origem do migrante e a noção de *push* se direciona ao local de destino. Em síntese, Leonardo Cavalcanti *et al.*¹³ indicam que esse modelo, deveras simplista, entende que as migrações são impulsionadas por fatores de repulsão (*push*) – pobreza, desemprego, falta de terra e repressão política – e de atração (*pull*) – melhores rendimentos e perspectivas de emprego, melhores sistemas de educação, bem-estar, liberdade política, condições ambientais etc.

Como se pode observar, a teoria neoclássica procura explicar o fenômeno das migrações a partir de cálculos de custo-benefício realizados pelos migrantes e “[...] interpreta as migrações desde um enfoque advindo da economia política, onde racionalismo, individualismo e liberalismo se constituem como uma tríade de princípios que concebe o homem como um ser livre e racional”¹⁴.

Entretanto, a teoria neoclássica é insuficiente e não deixa de ser, quando comparada com os postulados de Ravenstein, simplista. Leonardo Cavalcanti *et al.*¹⁵ afirmam que o enfoque exclusivamente economicista, sem considerar fatores como política e gênero, e sem, principalmente, contextualizar o fenômeno das migrações, são as principais características da sua limitação teórica. Ademais, a teoria neoclássica coloca sobre o indivíduo toda a responsabilidade.

Há também perspectivas marxistas¹⁶ enquanto alternativas teóricas às teorias clássicas e neoclássicas. Inicialmente, segundo Carlos Nolasco¹⁷, Marx indicava que, para manutenção dos processos de expansão e contração do capital, é exigido uma constante força de trabalho flexível, capaz de atender as necessidades da lógica de acumulação capitalista conforme determinado período.

Para melhor entendimento dessa assertiva, busca-se auxílio em Immanuel Wallerstein: o estudioso de forte inspiração marxista indica que a mão de obra configura uma restrição objetiva ao processo de acumulação do capital para fins de expansão, juntamente com os insumos, materiais, clientes e o próprio dinheiro vivo. Porém, a mão de obra é um

¹³ CAVALCANTI, L. *et al.* Um convite às teorias e conceitos sobre migrações internacionais. In: CAVALCANTI, L. *et al.* (org.). **Dicionário crítico de migrações internacionais**, 2017. Introdução, p. 11-30.

¹⁴ NOLASCO, C. *Op. Cit.*, p. 17.

¹⁵ CAVALCANTI, L. *et al.* *Op. Cit.*, p. 11-30.

¹⁶ Inclusive, alguns estudiosos do tema das migrações internacionais, por exemplo, Carlos Nolasco, afirmam que Karl Marx teria um olhar clássico sobre o assunto. Particularmente, discordamos, uma vez que as migrações internacionais não foram o principal tema de estudo de Karl Marx, apesar de que, como defendido no presente artigo, a expansão capitalista aliada à governamentalidade neoliberal é uma das principais causas das mobilidades transnacionais.

¹⁷ NOLASCO, C. *Op. Cit.*, p. 22-23.

dos elementos centrais. Ser flexível significa que a força de trabalho não deve ser dotada de fixidez, sob pena de não conseguir acompanhar as mudanças do circuito de capital e incorrer no aumento do custo de produção.

Nesse quadro, o trabalho imigrante será essa mão de obra flexível, mostrando-se, como afirma Carlos Nolasco, enquanto um verdadeiro exército de reserva que a qualquer momento pode ser mobilizado e desmobilizado conforme a estratégia e em função dos interesses do capital. Exemplo disso é o recrutamento de trabalhadores imigrantes quando há carência de força produtiva, de modo a permitir a manutenção de salários baixos por meio do excesso de mão de obra como ocorreu com a política migratória brasileira no final do século XIX, em que imigrantes europeus foram recrutados para suprir as carências de mão de obra nas lavouras de café no período pós-abolição.

Para Leonardo Cavalcanti *et al.*¹⁸, as interpretações marxistas sobre o capitalismo pautadas na dicotomia desenvolvimento vs. subdesenvolvimento, na estruturação da economia mundial, influenciaram as teorias histórico-estruturais. Esse modelo explicativo compreende ser as causas das migrações internacionais as forças macroestruturais historicamente formadas, enfatizando a natureza intrinsecamente exploradora e desequilibrante do poder econômico moldador do capitalismo.

Decorrem do modelo histórico-estrutural as teorias do mercado dual (ou segmentado) e a teoria dos sistemas mundiais. Leonardo Cavalcanti *et al.*¹⁹ indicam que a primeira tem os seus fundamentos no livro *Birds of Passage* ou pássaros de passagem, em inglês, de Michel Piore. Para esse estudioso, a estrutura do mercado espacialmente falando se configura em locais de partida e locais de destino. Nos lugares de destino, haveria um mercado de trabalho segmentado, onde os nacionais ocupariam os postos de trabalho no segmento primário, marcado pela qualificação, estabilidade, salários elevados e mobilidade profissional. Os imigrantes, por outro lado, ocupariam os postos de trabalho no segmento secundário: atividades de baixa qualificação e remuneração, sem inovação tecnológica, duras condições de trabalho e sem qualquer perspectiva de carreira e proteção social.

Mesmo diante dessas condições, o que motiva os migrantes a aceitarem tais empregos no segmento secundário? Leonardo Cavalcanti *et al.*, pontuam que

“[...] os trabalhadores migrantes aceitariam as deterioradas condições de trabalho porque não têm poder de barganha (especialmente se são **indocumentados**) e porque esses salários e empregos ainda são preferíveis à situação de pobreza e desemprego nos países de origem”²⁰.

Além da segmentação do mercado de trabalho em níveis (primário e secundário), há as subseções de empregos de acordo com gênero, raça ou nacionalidade.

Inclusive, aspecto interessante da teoria do mercado segmentado, que futuramente serviu de direcionamento nos estudos da migração feminina, é o aspecto da formação de

¹⁸ CAVALCANTI, L. *et al. Op. Cit.*, p. 11-30.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*, p. 19.

um mercado mundial de cuidado, no qual mulheres de regiões do Sul Global migrariam para ocupar nichos de trabalho fortemente segmentados por gênero, ou seja, trabalhos de reprodução social.

Por sua vez, a teoria do sistema mundial defende que a migração é um produto colonial e pós-colonial capitalista exercido pelos países centrais do Norte Global sobre os países pobres da periferia e da semiperiferia. O trabalho de Immanuel Wallerstein, intitulado **Capitalismo histórico e civilização capitalista**, é essencial para essa teoria, uma vez trouxe uma importante conceituação do que seria o sistema-mundo capitalista.

Para Wallerstein, o capitalismo é um sistema histórico baseado fundamentalmente no capital enquanto riqueza acumulada, ou seja, a acumulação dos resultados do trabalho passado com fins de autoexpansão, e determinado sistema deve ser considerado capitalista quando o seu objetivo prioritário consistir em acumular capital. Além disso, o teórico afirma que a “[...] a gênese desse sistema social se situa na Europa no final do século XV, se expandiu no espaço até cobrir todo o planeta no final do século XIX; e que ainda engloba a Terra inteira”²¹.

Por força da sua expansão para todas as áreas do globo, todos os países estão inclusos no sistema-mundo capitalista, ainda que de formas e em condições distintas. Importante lembrar também o que Wallerstein apontou ser uma das principais consequências do sistema-mundo capitalista: a polarização entre áreas centrais e periféricas da economia mundial.

Carlos Nolasco resume de forma bastante didática a maneira como ocorre essa polarização:

O centro é composto por países poderosos, com esmagador poder político e militar, elevado nível de desenvolvimento social, grande investimento tecnológico, e com um avassalador sistema econômico e financeiro. A periferia caracteriza-se por uma posição diametralmente oposta, sem poder, sem desenvolvimento e sem capacidade econômica, limitando-se a produzir matérias-primas, produtos agrícolas e fornecer mão de obra barata ao centro. Numa relação de trocas desiguais, o centro impõe-se e domina a periferia. A semiperiferia funciona como um espaço intermédio no contínuo dicotomizado centro/periferia, possuindo em simultâneo características do centro que a impedem de ser caracterizada como periferia, e características da periferia que a impedem de ser considerada como centro.²²

Portanto, para a teoria do sistema-mundo as migrações internacionais são produto dos desequilíbrios decorrentes da inserção capitalista nos países menos desenvolvidos. Leonardo Cavalcanti *et al.*²³ assinalam, como exemplo das consequências da penetração do capitalismo nos países periféricos, o caso da ampliação das zonas agropecuárias e de processamento de exportação que desalojam o trabalho rural e os padrões tradicionais de emprego e subsistência econômica, criando mão de obra para emigração.

²¹ WALLERSTEIN, I. *Op. Cit.*, p. 19.

²² NOLASCO, C. *Op. Cit.*, p. 22-23.

²³ CAVALCANTI, L. *et al. Op. Cit.*, p. 11-30.

As teorias histórico-estruturais não deixaram de ser alvo de críticas. Nolasco²⁴ e Cavalcanti *et al.*²⁵ afirmam que, apesar de serem uma alternativa ao olhar clássico sobre as migrações internacionais, há uma exacerbação na importância da ligação entre os passados coloniais e a dominação capitalista entre os países de origem e de destino. De igual modo, a abordagem histórico-estrutural, de acordo com os seus críticos, também falha ao ter o migrante como um agente passivo no jogo das grandes potências mundiais e dos processos globais regidos pela lógica do capitalismo.

Todas as teorias acima apresentadas trouxeram elementos importantes para análise do fenômeno das migrações internacionais, em que pese as críticas acima destacadas. No que tange a teoria histórico-estruturalista, esta não deve ser totalmente descartada, principalmente, quando pensada em consonância com o conceito de governamentalidade de Michel Foucault e contextualizada com a lógica neoliberal. Compreende-se a crítica de que os migrantes internacionais talvez não sejam sujeitos meramente passivos e tenham autodeterminação quanto ao ato de migrar. Porém, deve-se recordar a noção de governamentalidade proposta por Foucault: uma forma de conduzir vidas.

Essa condução de vidas dá-se pela construção de necessidades, diretamente relacionada com as imagens do mundo ideal, o “culto do vencedor” que aflige pessoas provenientes de classes populares desprovidas de capital cultural para serem inseridas no mercado de trabalho. Tal cenário decorre das consequências da governamentalidade neoliberal, em que o mercado continua sendo o lugar de verificação, ditando as regras, os costumes, as políticas, os estilos de vida e deixando à margem aqueles que não se enquadrarem na sua lógica.

Assim, para se adequar nessa lógica neoliberal, uma das possibilidades é migrar. Não se quer com isso dizer que as migrações internacionais decorrem exclusivamente do neoliberalismo. Não se pode negar a influência de fatores políticos e conflitos étnicos – os quais, não raro, possuem interesses econômicos nos bastidores. Contudo, também não se pode desconsiderar a influência da aliança capitalista com o neoliberalismo nas mobilidades transnacionais. Na próxima seção, passamos a analisar alguns quadros migratórios em que a governamentalidade não apenas mobilizou vidas, como também hostilizou e explorou indivíduos.

3.A GOVERNAMENTALIDADE NEOLIBERAL MOVENDO VIDAS: MIGRAÇÕES SUL-NORTE (MSN), TRABALHADORES DESTACADOS NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA E MIGRAÇÕES SUL-SUL (MSS)

Para Massey apud Cavalcanti *et al.*²⁶, as migrações modernas podem ser divididas em quatro períodos: a) período mercantil (1500-1800); b) período industrial (1800-1925); c) período de migração limitada (de 1925 até o final da II Guerra Mundial); e d) período pós-industrial (1960).

²⁴ NOLASCO, C. *Op. Cit.*, p. 22-23.

²⁵ CAVALCANTI, L. *et al. Op. Cit.*, p. 11-30.

²⁶ *Ibid.*, p. 15.

No primeiro período, os fluxos migratórios eram principalmente protagonizados pelos europeus em virtude dos processos de colonização ou do crescimento econômico do capitalismo mercantil. Já no período industrial, as migrações eram basicamente Norte-Sul ou Norte-Norte, com a saída de europeus para os países da América do Norte e América do Sul. Nesse mesmo intervalo de tempo, países como o Brasil, Uruguai, México e Cuba receberam milhares de europeus. Inclusive, importante pontuar uma das razões que proporcionaram esse fluxo a essas regiões do globo: a Primeira Guerra Mundial.

O período industrial também é chamado por estudiosos, como Maria Bassanezi²⁷, como período de migração de massa. No caso brasileiro, naquela época, o Brasil se apresentava como um país que necessitava de gente para levar adiante sua expansão econômica e ocupar seu território. Para alcançar tal objetivo, construiu-se uma consistente política migratória que privilegiava famílias brancas e europeias, homens e mulheres, para trabalharem nas lavouras de café.

O terceiro período ou de migração limitada decorre em muito da crise no período entre guerras, a Grande Depressão de 1929 e a Segunda Guerra Mundial. As migrações sofreram oscilações, seguidos decréscimos até sua interrupção. Por fim, o último período, o pós-industrial, as migrações internacionais ganharam novos contornos e os países que nos períodos anteriores eram receptores de imigrantes, agora passam a ser emissores e tais fluxos se direcionam aos países centrais. É a chamada Migração Sul-Norte (MSN).

Sobre a divisão dos fluxos migratórios em Sul-Norte e Norte-Sul, ela é realizada, como esclarece Bojana Babic²⁸, a partir de parâmetros de desenvolvimento humano e econômico. Nesse sentido, pode-se considerar enquanto pertencentes ao “Sul” aqueles países que apresentam níveis baixos ou medianos nos índices como Produto Interno Bruto *per capita* e Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Caso prefira-se assumir um critério político, o “Sul” poderia ser os países que estariam “em desenvolvimento”, visão difundida tendo como marco a década de 60, do século passado. Já os países do “Norte” seriam os países centrais.

No contexto das migrações Sul-Norte, não há espaço para acolhimento. Isso porque não há uma política migratória de atração de migrantes do Sul Global, pois

[...] as trajetórias de chegada, instalação e assentamento de migrantes do Sul Global nos países do Norte são representadas, em muitas ocasiões, de forma miserabilista e etnicista, como se migrantes fossem estranhos, extemporâneos e atrasados, portanto, ‘evoluíveis’, educáveis ou consentáveis, ou seja, figuras de carência e alteridade. A sua presença é representada constantemente como um grave problema ou ameaça social”²⁹.

Exemplo mais claro das Migrações Sul-Norte é a ida de mexicanos, brasileiros e outros indivíduos de países da América Latina para os Estados Unidos da América. Como não houve

²⁷ BASSANEZI, M. S. Mulheres que vêm, mulheres que vão. *In*: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M. (org.). **Nova história das mulheres no Brasil**, 2012. cap. 8, p. 169-193.

²⁸ BABIC, B. **Migrações Sul-Sul**. *In*: CAVALCANTI, L. *et al.* (org.). **Dicionário crítico de migrações internacionais**, 2017. cap. 93, p. 476-484.

²⁹ CAVALCANTI, L. *et al.* *Op. Cit.*, p. 15.

política migratória de atração, tal público é considerado indesejável. O fluxo migratório pretendido por países como Estados Unidos e do continente europeu consiste na massa humana de imigrantes qualificados com data definida para a chegada e partida. Afinal, é essa massa humana que configura a força produtiva para produção e expansão de capital.

Em sentido contrário, o imigrante indesejável é a mão de obra pouco qualificada a qual vai se tornar uma força produtiva excedente, depois de ter sido hostilizada e expropriada para satisfazer as necessidades de mão de obra na época fordista. Hoje, parte desses trabalhadores não podem ser, segundo a verdade mercadológica, absorvidos pelo mercado e se cria uma demanda excessiva de políticas sociais destinadas a uma massa humana improdutivo. Isso, o governo neoliberal não pode aceitar e representa um verdadeiro pesadelo, para o qual foi inventado o conceito de **flexibilidade** do mercado de trabalho, que legitima a abjeção dos trabalhadores em excesso do ponto de vista da acumulação de capital.

Logo, para conter esse fluxo de massa humana improdutivo, são criadas políticas restritivas às migrações internacionais, as quais não se aplicam aos chamados “trabalhadores destacados”³⁰ na Europa, dispositivo de *dumping social* interno na União Europeia, que permite o rebaixamento global dos salários e das condições de trabalho nos países do bloco econômico.

Isso porque, conforme observa Genara Carvalho³¹, os trabalhadores destacados via de regra são oriundos de Estados-membros de menor desenvolvimento econômico e social do bloco econômico, e são recrutados para exercer a mesma função de trabalhadores nos países mais desenvolvidos, entretanto, com remunerações consideravelmente menores. Dessa maneira, prevalece o interesse corporativo empresarial em reduzir os custos de mão de obra, a fim de que os seus produtos se tornem mais baratos e, conseqüentemente, mais competitivos no mercado.

Além da flexibilidade do mercado de trabalho, os países do Norte Global buscaram outras soluções para os migrantes indesejados: as políticas restritivas e a criminalização das migrações³², ou seja,

[...] um processo por meio do qual instrumentos legais e discursivos são mobilizados no sentido de interpelar a mobilidade humana a partir de códigos e leis do sistema de justiça criminal. Esse processo enseja a discriminação de migrantes, refugiados e outros grupos tornados estigmatizados em seus deslocamentos e estratégias de mobilidade e está essencialmente relacionado à prática de Estados-nacionais, por meio de estruturas de repressão e controle.³³

³⁰ O destacamento de trabalhadores, segundo Genara Carvalho, consiste no deslocamento temporário de trabalhadores, no âmbito da União Europeia, os quais possuem um vínculo empregatício pré-existente, para exercer a sua atividade habitual em outro Estado-membro do bloco econômico. CARVALHO, G. S. G. **O trabalhador destacado como objeto de dumping social na União Europeia**, 2017.

³¹ *Ibid.*

³² *Crimmigration* ou “crimigração”, em português, é uma expressão cunhada por Juliet Stumpf acerca do fenômeno entendido pela estudiosa como a distinção promovida tanto pela legislação migratória como pela legislação penal entre *insiders* e *outsiders*, de modo a, simultaneamente, incluir e excluir, servindo-se da legislação criminal para reforçar sanções aos imigrantes. STUMPF, J. The crimmigration crisis: immigrants, crime and sovereign power. **American University Law Review**, 2006, p. 367-419.

³³ DIAS, G. M.; SPRANDEL, M. A. Criminalização das migrações. In: CAVALCANTI, L. *et al.* (org.). **Dicionário crítico de migrações internacionais**, 2017. cap. 27, p. 153.

Dias e Sprandel³⁴ relacionam a criminalização das migrações com o neoliberalismo, na medida em que as mobilidades representam uma ameaça à estabilidade dos países hegemônicos. Em razão disso, as agendas punitivas neoliberais dessas nações passam a voltar-se aos imigrantes e refugiados, reforçando as estratégias de controle a grupos estigmatizados e novas formas de dominação racial.

Na América Latina e no Caribe, não se observa essa tendência presente nos países do Norte Global. Frequentemente, são tecidas críticas às políticas restritivas de imigração no Norte. Contudo, Dias e Sprandel³⁵ indicam que coexistem iniciativas de defesa das migrações com leis que as criminalizam. Nesse aspecto, Natália Padovani³⁶ comenta sobre a relação da guerra às drogas e as políticas de criminalização nos governos da América do Sul e Central. Tais políticas de criminalização são direcionadas às populações mais pobres e racializadas nos países. Então, com a tendência de transnacionalizar as políticas de repressão, criminaliza-se toda a América Latina e, por questões raciais, também se criminaliza indivíduos do continente africano.

Por outro lado, no que tange às Migrações Sul-Sul (MSS), tal fenômeno é caracterizado pelo crescimento, durante a primeira década do século XXI, de fluxos migratórios oriundos da África e da Ásia para países do continente sul-americano por força do endurecimento de políticas restritivas na Europa³⁷ e nos Estados Unidos da América. Como exemplo, tem-se o caso do Haiti, país de forte cultura emigratória que passa a redirecionar os seus fluxos migratórios a outros países da América do Sul e, principalmente, para o Brasil, em virtude das restrições impostas por países como Estados Unidos e França. As MSS, segundo Bojana Babic³⁸, possuem diferentes causas, além das apontadas acima, também pode-se indicar a pobreza, a mobilidade de baixo custo, as condições políticas, os menores diferenciais de renda e as fronteiras precárias.

Entretanto, não raro, os países de destino nesse fluxo migratório no eixo Sul-Sul não configuram como locais onde os imigrantes desejam fazer sua morada permanente. Um desses quadros é o relatado por Joseph Handerson³⁹ ao analisar a dinâmica da mobilidade haitiana no Brasil, no Suriname e na Guiana Francesa. Em sua pesquisa, o estudioso também de origem haitiana, verificou essa dinâmica de imigrantes haitianos na região

³⁴ *Ibid.*, p. 153-157.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ PADOVANI, N. C. **Sobre casos e casamentos:** afetos e “amores” através de penitenciárias femininas em São Paulo e Barcelona, 2015.

³⁷ Segundo José Lyra, tais restrições possuem um fundamento econômico: para a Europa, não é interessante a migração, somente aquela voltada para mão de obra temporária ao trabalho, a que pode ser explorada e melhor gerida para dar produção de lucros para o sistema capitalista. As migrações de indivíduos que visam permanecer em solo europeu, por sua vez, são alvo uma de guerra que os etiqueta como inimigos e se utiliza de instrumentos jurídicos de duvidosa constitucionalidade. Por exemplo, na Itália, é castigado com pena de até três anos aquele que alugar um imóvel a um imigrante irregular, e funcionários públicos, exceto médicos e professores, são obrigados a denunciar imigrantes sem “papéis”. LYRA, J. F. D. C. **Imigração:** criminalização e subsistema penal de exceção, 2013.

³⁸ BABIC, B. *Op. Cit.*

³⁹ HANDERSON, J. **Diaspora: as dinâmicas da mobilidade haitiana no Brasil, no Suriname e na Guiana Francesa**, 2015.

norte do Brasil, constatando que o país, para os haitianos, representava um caminho para destinos como França e Estados Unidos, onde eles, os migrantes haitianos, realmente gostariam de se estabelecer para fins de trabalho e/ou estudo.

Como dito anteriormente, os países da região Sul, no contexto das MSS, são economias subdesenvolvidas, mas com determinado nível de expressão econômica na lógica do capitalismo. Apesar de ser uma mobilidade de baixo custo, sem tantas restrições como nos países centrais, não significa dizer que os migrantes estão livres da exploração econômica, tenham dificuldades de acesso a serviços básicos de saúde e ocupem trabalhos sob precárias condições. Aliás, em certos quadros, revela-se como uma estratégia econômica de receber mão de obra imigrante.

Em análise ao contexto das migrações na Pan-Amazônia, em especial na região de fronteira de Boa Vista no Estado de Roraima, Francilene Rodrigues e Iana Vasconcelos⁴⁰ entrevistaram mulheres oriundas da Venezuela e da Guiana. De acordo com as observações das autoras, as mulheres da Guiana, em sua maioria, encontram-se trabalhando em serviços informais, como vendedoras em feiras públicas, ou, então, exercem trabalho doméstico, como diaristas e babás.

Ainda sobre esse contexto do trabalho doméstico pesa também o fato de que, no Brasil, essa atividade é regulamentada, todavia, muitas das mulheres imigrantes, por desconhecimento, exercem a atividade doméstica sem as garantias trabalhistas que lhes são devidas. Ou seja, são contratos de trabalho informais que estão acompanhados por um imaginário servil e de desvalorização.

Jaqueline Bertoldo⁴¹ também aponta que a atividade doméstica é um “solo perigoso” para as mulheres imigrantes, sendo difícil, uma vez que se passa a trabalhar no ambiente familiar, exercer alguma profissão fora do âmbito de trabalho de assistência. Disso decorre que as possibilidades de mobilidade social das mulheres imigrantes são escassas. Ainda que possuam qualificação de nível superior, enfrentam dificuldades de validação dos seus diplomas no país. Dessa maneira, nesse circuito do trabalho doméstico, há um confinamento que impede a visibilidade dos seus problemas e, por consequência, a defesa dos seus direitos.

É um ciclo de dominação cuja raiz se encontra no contexto do capitalismo neoliberal:

A exploração da mão de obra migrante se dá justamente pela impossibilidade de fazer valer direitos dentro do espaço público, como é o caso da validação de diplomas ou acesso à educação. A mão de obra migrante está no sistema capitalista para ser explorada conforme as demandas do mercado, sempre condicionando esses homens e mulheres àqueles cargos não desejados pelos nacionais; cuja qualificação não é necessária; cujas condições são precárias e em que prevalece a informalidade⁴².

⁴⁰ RODRIGUES, F. S.; VASCONCELOS, I. S. Migração, gênero e empoderamento das migrantes na Pan-Amazônia. *Revista Textos & Debates*, 2010, p. 251-268.

⁴¹ BERTOLDO, J. Migração com rosto feminino: múltiplas vulnerabilidades, trabalho doméstico e desafios de políticas e direitos. *Revista Katálysis*, 2018, p. 313-323.

⁴² *Ibid.*, p. 319.

Não muito diferente da exploração no trabalho doméstico, tem-se também o trabalho precário, mal remunerado e análogo à escravidão nas fábricas de costura em larga escala, muito presentes no Estado de São Paulo.

Esses aspectos são exemplos claros da influência da aliança do capitalismo e da governamentalidade neoliberal nas migrações internacionais, uma vez que tratam de fluxos entre regiões onde há consideráveis diferenças quanto à acumulação de capital. Porém, essa governamentalidade não apenas impulsiona as mobilidades transnacionais como também, para atendimento dos interesses do capital, hostiliza vidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a analisar a influência da governamentalidade neoliberal no contexto das migrações internacionais. Conclui-se que, apesar das mobilidades transnacionais serem um fenômeno complexo e possuem causas diversas, não se pode refutar totalmente, mesmo com suas limitações, as teorias histórico-estruturalistas, as quais buscam explicar o ir e vir de pessoas pelo globo como uma consequência da expansão do capitalismo.

Ademais, a expansão do capitalismo está diretamente relacionada à governamentalidade neoliberal, onde o mercado ainda continuou sendo o lugar de verificação como era no liberalismo. Assim, essa governamentalidade, que conduz vidas, cria estilos, necessidades e estabelece o que, quem e em quais condições se é “vencedor” na sua lógica. Para perseguir tais ideais e também para fugir de contextos de exclusão, frequentemente a solução é migrar.

Todavia, ao migrar, essa mesma governamentalidade reproduzirá lógicas de exclusão e exploração que são inerentes ao sistema capitalista. Por isso, ratifica-se que o estudo sobre as migrações internacionais deve estar necessariamente atrelado a categorias analíticas, como governamentalidade, neoliberalismo e capitalismo. Afinal, por mais que as razões sobre migrar sejam diversas, o capitalismo está presente em todo o globo e influenciará a vida de todos aqueles que nele se deslocam.

REFERÊNCIAS

BABIC, B. Migrações Sul-Sul. *In*: CAVALCANTI, L. *et al.* (org.). **Dicionário crítico de migrações internacionais**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2017. cap. 93, p. 476-484.

BASSANEZI, M. S. Mulheres que vêm, mulheres que vão. *In*: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M. (org.). **Nova história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2012. cap. 8, p. 169-193.

BASSEGIO, L.; UDOVIC, L. Mulher migrante. *In*: SYDOW, E.; MENDONÇA, M. L. **Direitos humanos no Brasil 2008**. São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2008. p. 181-185.

BERTOLDO, J. Migração com rosto feminino: múltiplas vulnerabilidades, trabalho doméstico e desafios de políticas e direitos. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 21, n. 2, p. 313-323, maio/ago. 2018.

CARVALHO, G. S. G. **O trabalhador destacado como objeto de dumping social na União Europeia**. 2017. 88 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

CAVALCANTI, L. *et al.* Um convite às teorias e conceitos sobre migrações internacionais. *In*: CAVALCANTI, L. *et al.* (org.). **Dicionário crítico de migrações internacionais**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2017. Introdução, p. 11-30.

DARDOT, P.; LAVAL, C. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIAS, G. M.; SPRANDEL, M. A. Criminalização das migrações. *In*: CAVALCANTI, L. *et al.* (org.). **Dicionário crítico de migrações internacionais**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2017. cap. 27, p. 153-157.

FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 15. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, M. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HANDERSON, J. **Diaspora: as dinâmicas da mobilidade haitiana no Brasil, no Suriname e na Guiana Francesa**. 2015. 430 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

LYRA, J. F. D. C. **Imigração**: criminalização e subsistema penal de exceção. Curitiba: Juruá, 2013.

NOLASCO, C. Migrações internacionais: conceitos, tipologias e teorias. **Oficina do CES**, Coimbra, n. 434, mar. 2016.

PADOVANI, N. C. **Sobre casos e casamentos**: afetos e “amores” através de penitenciárias femininas em São Paulo e Barcelona. 2015. 400 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2015.

PIZARRO, J. M. Remessas (econômicas e sociais). Tradução de Delia Dutra. *In*: CAVALCANTI, L. *et al.* (org.). **Dicionário crítico de migrações internacionais**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2017. cap. 120, p. 630-636.

RODRIGUES, F. S.; VASCONCELOS, I. S. Migração, gênero e empoderamento das migrantes na Pan-Amazônia. **Revista Textos & Debates**, Boa Vista, n. 18, p. 251-268, jan./jun. 2010.

SOUZA, L. T.; SMITH, A. S. P. O. O caso das dinamarquesas: luzes sobre o refúgio para mulheres em situação de violência doméstica e familiar no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 34, n. 2, p. 335-356, jul./dez. 2018.

STUMPF, J. The crimmigration crisis: immigrants, crime and sovereign power. **American University Law Review**, Washington, v. 56, n. 2, p. 367-419, 2006.

WALLERSTEIN, I. **Capitalismo histórico e civilização capitalista**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

O CONTROLE DA REPRODUÇÃO ESTÁ NO CORAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO SÓCIO-POLÍTICA. A DISCUSSÃO SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DA PRÁTICA DA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ VOLUNTÁRIA NO BRASIL

THE CONTROL OF REPRODUCTION IS AT THE HEART ON THE SOCIOPOLITICAL ORGANIZATION DISCUSSION ON THE DECRIMINALIZATION OF THE PRACTICE OF INTERRUPTION OF VOLUNTARY PREGNANCY IN BRAZIL

Viviana Mendes Ribeiro

*Doutoranda do Departamento de Direito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio
Professora e Cofundadora do IPLA – Comunidade de Pensamento
vivianamribeiro@gmail.com*

RESUMO

Este artigo propõe um breve histórico político sobre a perda do controle da reprodução pelas mulheres, acontecimento histórico que, como será verificado, ocupa o centro da organização política do Estado Moderno e do capitalismo, conforme o pensamento da feminista marxista Silvia Federici. Consequentemente, a conquista do direito à interrupção da gestação pelas mulheres não trata, apenas, de um direito de liberdade individual delas, sintetizado pelas palavras de ordem de certa vertente do movimento feminista “meu corpo, minhas regras”. Trata, principalmente, de uma das questões que ocupa o coração da política; o fato de que, no Brasil, a questão ainda encontre tantas dificuldades para avançar, apesar do custo social da realização de abortos inseguros – automutilações, lesões graves, óbitos e criminalizações, especialmente das mulheres pobres – ser superior aos benefícios que se pretende alcançar com a condenação legal da conduta, denota o enraizamento profundo, na estrutura social brasileira, do patriarcalismo autoritário, no qual Estado e capitalismo cooperam entrelaçando e mantendo as desigualdades sociais, de gênero e de raça.

Palavras-chave: Controle. Reprodução. Mulheres. Capitalismo. Política.

ABSTRACT

This article proposes a brief political history about the loss of control over reproduction by women, a historical event that, as will be seen, occupies the center of the political organization of the Modern State and capitalism, according to the thought of the Marxist feminist Silvia Federici. Therefore, the conquest of the right to termination of pregnancy by women is not just a women’s right to individual freedom, synthesized by the slogans of a certain aspect of the feminist movement as “my body, my rules”. However, this is one of the issues that occupy the heart of politics. The fact that, in Brazil, the issue still faces so many

difficulties to move forward, although the social cost of performing unsafe abortions – self-harm, serious injuries, deaths and criminalization, especially of poor women – is greater than the benefits that are intended to be achieved with the criminalization of this conduct, it denotes the deep rooting, in the Brazilian social structure, of authoritarian patriarchy, in which State and capitalism cooperate intertwining and maintaining social, gender and race inequalities.

Keywords: Control. Reproduction. Women. Capitalism. Politics.

Data de submissão: 14/07/2020.

Data de aceitação: 19/02/2021

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: O CONTROLE DA REPRODUÇÃO ESTÁ NO CORAÇÃO DA POLÍTICA – A MARCA DA HISTÓRIA 1. OS ARGUMENTOS JURÍDICOS DO HC 124.306 1.1 O caso concreto 1.2 Da violação aos direitos fundamentais das mulheres 1.3 Violação ao princípio da proporcionalidade 2. DEBATE SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO BRASIL – AUDIÊNCIA PÚBLICA REALIZADA NA ADPF 445 2.1 Estudo do Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres – Defensoria Pública Estadual de São Paulo CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO: O CONTROLE DA REPRODUÇÃO ESTÁ NO CORAÇÃO DA POLÍTICA – A MARCA DA HISTÓRIA

Friedrich Engels em **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**, publicado em 1884, baseado nas anotações deixadas por Karl Marx sobre o **Ancient Society**¹, do antropólogo Lewis Morgan, associa a configuração da família em um modelo monogâmico-patrilinial ao surgimento da propriedade privada. Sociedades chamadas por Morgan de “selvagens” tinham como características, em linhas gerais: o nomadismo, relações familiares definidas pelo vínculo do parentesco – e não o sanguíneo –, relações não monogâmicas e a determinação de filiação reconhecida apenas pelo lado materno, ou seja, a descendência era estabelecida apenas pela linhagem matrilinear. Nessas sociedades, as mulheres ocupavam um lugar central e não eram hierarquicamente inferiorizadas em razão das atividades que desempenhavam. Todos contribuíam para o sustento da comunidade. Elas eram concebidas como semideusas, pois os homens desconheciam seu papel na reprodução humana².

¹ MORGAN, L. H. **La société archaïque**, 1971.

² MURARO, R. M. Prefácio. In: KRAEMER, H.; SPRENGER, J. **O martelo das feiticeiras**, 2017.

Com o estabelecimento da agricultura, a domesticação de animais e a criação do gado, novas relações sociais se estabeleceram em virtude do surgimento de estoque, da sofisticação dos utensílios e da geração de riquezas, assim, teria aparecido o problema: a quem pertence essas riquezas? O homem, enquanto responsável por procurar a alimentação e deter as ferramentas de trabalho para tal tarefa, tornou-se proprietário dos instrumentos, enquanto à mulher pertencia os instrumentos domésticos. Conseqüentemente, o homem tornou-se proprietário do estoque de alimentação, do gado e, mais adiante, dos escravos. Como a linhagem da descendência era apenas materna, não se conhecia a descendência paterna, e isso impossibilitava a transmissão dessas propriedades para o descendente considerado.

À medida que as riquezas aumentavam, o homem fortalecia sua importância social e familiar superior e, com efeito, nasceu o desejo de tirar vantagem dessa posição para que suas propriedades pudessem ser transmitidas a seus filhos considerados. Assim, de acordo com Morgan-Engels, as relações familiares se alteram para o modelo monogâmico, com o objetivo de controlar a reprodução humana e, assim, a designação de descendência muda da linhagem matrilinear para a linhagem patrilinear. Conforme assevera Engels:

A derrubada do direito materno representou *a derrota do sexo feminino no plano da história mundial*. O homem assumiu o comando também da casa, a mulher foi degradada, escravizada, tornou-se escrava do desejo do homem e mero instrumento de procriação³.

As conclusões apresentadas por Engels em **A origem da família, da propriedade privada e do Estado** suscita, até hoje, diversos debates e divergências⁴, por diferentes vertentes antropológicas⁵ e filosóficas políticas⁶, divergências essas possibilitadas, inclusive, pelo desenvolvimento dos métodos antropológicos de análise; porém, há uma concordância entre as (os) pesquisadores quanto às características definidoras da estrutura social patriarcal: ela determina a descendência por meio da linhagem patrilinear e a organização da vida coletiva aparece como atividade predominantemente masculina.

A pensadora feminista marxista Silvia Federici, em seu livro **Calibá e a bruxa**, faz uma análise acerca da genealogia da formação dos Estados Modernos e dos processos de acumulação primitiva de capital que possibilitaram o surgimento do capitalismo, de acordo com o pensamento formulado por Marx, inserindo na análise da formação do capitalismo o fenômeno da caça às bruxas – perseguição, tortura e morte de milhares de mulheres, promovidas pelo Tribunal da Inquisição e pelo Estado, entre os séculos XV e XVII. Nesse

³ ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**, 2019, p. 60.

⁴ Divergências sobre insuficiências do estudo, conclusões sem premissas, origens da formação dos processos analisados e certas incongruências entre os manuscritos/versões de Marx e as (re)edições de Engels.

⁵ Ultrapassa os limites deste artigo apresentar as diferentes análises antropológicas que divergem das premissas e/ou as conclusões do livro **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Ver as obras: **Antropologia estrutural**; **Cultura na prática**; **A sociedade contra o Estado**; **O gênero da dádiva**: problemas com as mulheres e problemas com a sociedade na Melanésia; e **A criação do patriarcado**: história da opressão das mulheres pelos homens.

⁶ No âmbito da filosofia política, ver as obras: **Mil platôs**: capitalismo e esquizofrenia e **Marx nas margens**: nacionalismo, etnia e sociedades não ocidentais.

estudo, a autora pretende responder as seguintes questões: por que no momento de formação dos Estados Modernos e do surgimento do capitalismo se realizou um massacre de mulheres nunca visto antes na história? Qual a relação entre esse massacre de mulheres com o surgimento dos Estados Modernos e do capitalismo e quais foram as suas consequências? E a pergunta que se extrai das entrelinhas: qual é a relação, afinal, entre o Estado, o capitalismo e o patriarcado?

Federici apresenta, em linhas gerais, as seguintes teses para essas interrogações: i) a expropriação das terras comunais e dos meios de produção, a escravização das populações nativas das Américas e da população negra do continente africano, o desenvolvimento do mercantilismo e do colonialismo nas Américas com a extração e o roubo dos metais preciosos remetidos para a Europa, esses não foram os únicos processos integrantes da acumulação primitiva do capital e da força de trabalho, devendo ser incluído também os acontecimentos históricos da Inquisição e a caça às bruxas; ii) por meio da caça às bruxas, consolidou-se, na estruturação da sociedade moderna, a degradação social das mulheres e a legitimação social da violência contra elas, configurando-as como agentes sociais que devem ser temidos, odiados e exterminados; iii) tal estatuto social degradado institucionalizou e legitimou as práticas sociais de violência contra as mulheres, uma inovação na história da sociedade patriarcal, a partir da disseminação e interiorização dos afetos de ódio e medo em relação às mulheres nas relações sociais; iv) essa degradação operou um duplo efeito a favor do capitalismo: a sujeição das mulheres à reprodução da força de trabalho e da vida, e a divisão da unidade da classe trabalhadora em razão do gênero; v) a caça às bruxas promoveu a retirada violenta do controle da reprodução das mulheres, transformando a reprodução em assunto de Estado e centro da organização da política. Para fins deste artigo, interessa-nos analisar, neste momento⁷, apenas a última tese mencionada.

Até o século XIV, práticas de controle da reprodução – contracepção, interrupção da gravidez e infanticídio – eram realizadas pelas mulheres e tinham certa tolerância social, especialmente quando realizadas por mulheres pobres. Com a ocorrência da grande crise demográfica que dizimou 1/3 da população europeia – em alguns lugares até 50% da população – pela fome, peste e guerras, foi produzida uma enorme crise de escassez da mão de obra e, com efeito, a classe camponesa da época foi fortalecida na luta e houve insurgências contra as arbitrariedades do sistema feudal. Foi nesse contexto histórico que o Tribunal da Inquisição intensificou as perseguições, torturas e mortes – em nome do combate aos grupos heréticos – voltando-se, gradativamente, para as mulheres, de modo que, no início do século XV, a mulher acusada de bruxaria era o principal alvo de perseguição, e o crime de bruxaria era definido pelos inquisidores como a maneira pela qual os Demônios⁸ intervinham na humanidade, inserindo o mal e combatendo a ordem suprema de Deus. Essa intervenção dos Demônios se dava por meio de relações sexuais e as mulheres eram entendidas como as mais

⁷ A proposta teórica apresentada por Sílvia Federici em sua obra, não apenas em **Calibá e a bruxa**, é objeto de análise da pesquisa de doutorado, em desenvolvimento, da autora deste artigo. Para Federici, o acontecimento histórico da Inquisição foi indispensável para o advento do capitalismo, em razão da destruição do comum possível entre mulheres, acompanhado da expropriação da terra e da divisão da classe trabalhadora pelo gênero.

⁸ Este artigo reproduz a forma da gráfica do vocábulo **Demônios** conforme conservado na edição brasileira do **Martelo das feiticeiras**, mencionada adiante.

fracas por essência⁹ mental, espiritual, moral e fisicamente, maldosas por natureza; por isso, mais suscetíveis a cair nas armadilhas dos Demônios e arrastar os homens e a sociabilidade política com elas. Esta tipificação do crime de bruxaria encobria, na verdade, a questão concreta que se almejava alcançar: retirar o controle da reprodução exercido pelas mulheres por meio de suas práticas e saberes compartilhados, subjugando-o ao controle do poder estatal, neste momento histórico exercido pela Igreja e, posteriormente, pelo Estado.

O crime de bruxaria era caracterizado pela realização de práticas de controle da reprodução. Também foi difundido amplamente que as mulheres, em comunhão com os Demônios, possuíam poderes de infertilizar os homens. A tipificação do delito de bruxaria é apresentada na Questão VI do **Martelo das feitiçeras**, manual da Inquisição, produzido pelos perseguidores Heinrich Kraemer e James Sprenger, em 1484, documento penal e processual penal orientador das práticas da Inquisição:

QUESTÃO VI

Sobre as bruxas que copulam com Demônios. Por que principalmente as mulheres se entregam às superstições diabólicas.

Há também, a respeito das bruxas que copulam com Demônios, muitas dificuldades ao considerarem-se os métodos pelos quais a abominação é consumada. Da parte dos Demônios: primeiro, de qual dos elementos que compõem o corpo ele se utiliza; segundo, se o ato é sempre acompanhado da injeção do sêmen recebido de outro homem; terceiro, quanto ao momento e ao lugar, ou seja, se pratica o ato mais frequentemente em determinado momento do que em outro; quarto, se o ato não é visível aos que estão perto. Da parte das mulheres, cumpre indagar se apenas as que foram concebidas dessa forma obscena são frequentemente visitadas pelos Demônios, ou se o são apenas aquelas oferecidas aos Demônios pelas parteiras por ocasião de seu nascimento; e por fim, se o deleite com o ato venéreo é de algum tipo mais fraco. Não podemos responder a todas essas questões por estarmos empenhados somente num estado geral. [...] Vamos nos deter por ora, no problema das mulheres; e, em primeiro lugar, tentaremos explicar por que essa perfídia é mais encontrada em pessoa do sexo frágil e não em homens. Nossa primeira indagação será de caráter geral – quanto às condições gerais das mulheres; a segunda será particular – quanto ao tipo de mulher que se entrega à superstição e à bruxaria; e por fim a terceira, específica às parteiras, que superam todas as demais em perversidade.

[...] *Qual o tipo de mulher que se entrega, mais que todas as outras, à superstição e à bruxaria*

Cumpre dizer, conforme se demonstrou na questão precedente, que três parecem ser os vícios que exercem um domínio especial sobre as mulheres perversas, quais sejam: a infidelidade, a ambição e a luxúria. São estas, portanto, mais inclinadas que as outras à bruxaria,

⁹ Ou seja, por natureza constitutiva biológica das mulheres.

por mais se entregarem a tais vícios. Como desses três vícios predomina o último, por serem as mulheres insaciáveis etc., conclui-se que, dentre as mulheres ambiciosas, as mais profundamente contaminadas são as que mais ardentemente tentam saciar a sua lascívia obscena: as adúlteras, as fornicadoras e as concubinas dos poderosos. Existe, conforme se lê na Bula Papal, sete métodos pelos quais elas contaminam, através da bruxaria, o ato venéreo e a concepção; primeiro: fomentando no pensamento dos homens a paixão desregada; segundo: obstruindo a sua força geradora; terceiro: removendo-lhes o membro que serve ao ato; quarto: transmutando-se em bestas pela sua magia; quinto: destruindo a força geradora nas mulheres; sexto: provocando o aborto; sétimo: fornecendo em sacrifício crianças aos Demônios, além de outros animais e frutas da terra, com o que causam enormes males¹⁰.

Com efeito, as mulheres perseguidas e acusadas eram todas as possivelmente envolvidas em práticas de controle reprodutivo: a gestante, as suas familiares, as suas amigas e, principalmente, a parteira, a figura social que realizava com exclusividade os partos^{11,12}: “as que superam as demais em perversidade”¹³.

Partindo do pressuposto que o momento do surgimento do capitalismo coincide com a Inquisição realizada pela Igreja Católica e a formação do Estado, Federici sustenta que conforme o Estado se consolidava, ele passou a atuar como regulador da relação entre as classes, controlador da reprodução e disciplinador da força de trabalho¹⁴. A continuidade do controle da reprodução pelo Estado, a partir do século XVI, expressa tanto o recebimento do legado das práticas dos Tribunais da Inquisição como a necessidade do controle para o estabelecimento do capitalismo:

Como destacou Eli Hecksher, “um desejo quase fanático por aumentar a população predominou em todos os países durante o período em que o mercantilismo esteve em seu apogeu, no final do século XVII” [...] mesmo antes do auge da teoria mercantilista, na França e na Inglaterra o Estado adotou um conjunto de medidas pró-natalistas que, combinadas com assistência pública, formaram o embrião de uma política reprodutiva capitalista. Aprovaram-se leis que bonificavam o casamento e penalizavam o celibato, inspiradas nas que foram adotadas no final do Império Romano com o mesmo propósito. Foi dada uma nova importância à família enquanto instituição chave que assegurava a transmissão da propriedade e a reprodução da força de trabalho. Simultaneamente, observa-se o início do

¹⁰ KRAEMER, H.; SPRENGER, J. **O martelo das feiticieras**, 2017, p. 90, 99,100.

¹¹ FEDERICI, S. **Calibá e a bruxa**, 2017, p. 34.

¹² Mais tarde, nos séculos XVI e XVII, com a consolidação do exercício do controle reprodutivo pelo Estado por meio de políticas de assistência social em alguns casos e da criminalização em outros, com a previsão de pena de morte para as mulheres acusadas de infanticídio, as parteiras também respondiam por tal crime, abrindo espaço para a entrada dos médicos nas salas de parto.

¹³ KRAEMER, H.; SPRENGER, J. **O martelo das feiticieras**, 2017, p. 90.

¹⁴ FEDERICI, S. **Calibá e a bruxa**, 2017, p. 164.

registro demográfico e da intervenção do Estado na supervisão da sexualidade, da procriação e da vida familiar. No entanto, a principal iniciativa do Estado com o fim de restaurar a proporção populacional desejada foi lançar uma verdadeira guerra contra as mulheres, claramente orientada a quebrar o controle que elas haviam exercido sobre seus corpos e sua reprodução. [...] Desse modo, a partir de meados do século XVI, ao mesmo tempo que os barcos portugueses retornavam da África com seus primeiros carregamentos humanos, todos os governos europeus começaram a impor penas mais severas à contracepção, ao aborto e ao infanticídio¹⁵.

A partir do século XVI, inúmeros éditos reais foram decretados na França, Inglaterra e Escócia, objetivando aumentar a vigilância estatal para assegurar que as mulheres não interrompessem a gestação. Elas eram obrigadas a registrar cada gravidez e poderiam ser condenadas à morte caso os bebês falecessem antes do batismo, sendo as mães culpadas ou não pela morte dos filhos. Mulheres sem maridos, encarregadas da criação dos filhos, eram vigiadas publicamente e era ilegal apoiá-las. Nos séculos XVI e XVII, muitas foram processadas pelos Estados, acusadas por violações das normas reprodutivas e infanticídio¹⁶.

Outro elemento importante a ser retido desse processo histórico que permanece no presente: as mulheres que eram perseguidas, torturadas e mortas eram as da classe camponesa, muito pobres e, dentre elas, as muito idosas (estas fora da idade reprodutiva, porém, parteiras e curandeiras):

Na maioria das áreas da Europa, as acusadas eram muito pobres e seus acusadores estavam em melhor situação do que elas. Embora a maioria dos acusadores fossem vizinhos que também viviam na pobreza, ainda assim possuíam mais bens do que as suas vítimas. A feiticeira era, em muitos casos, a mais pobre entre os pobres, dependendo de seus vizinhos, para não morrer de fome. [...] No século XVI, os pobres estavam se tornando ainda mais pobres; mais camponeses foram forçados a esmolar ou a roubar para sobreviver. As mulheres mais velhas e solitárias, especialmente vulneráveis a esse esmagamento econômico, começaram a ser vistas como incômodas. Quando não as ajudavam, as pessoas se sentiam culpadas, um estado desconfortável que era frequentemente exacerbado quando as mendigas as amaldiçoavam por sua recusa. Então, quando uma desgraça acontecia, as pessoas voltavam-se contra as mendigas¹⁷.

A condição das mulheres na estruturação da sociedade patriarcal¹⁸ na Era Moderna, apresentada por Federici, atualiza o enunciado de Engels acerca da grande derrota

¹⁵ FEDERICI, S. **Calibá e a bruxa**, 2017, p. 173,174.

¹⁶ FEDERICI, S. **Calibá e a bruxa**, 2017, p. 176.

¹⁷ BARSTOW, A. L. **Chacina de feiticeiras**: uma revisão histórica da caça às bruxas na Europa, 1995, p. 45.

¹⁸ A autora deste artigo compreende **patriarcado** não apenas como uma norma da relação entre homens e mulheres, hierárquica e de domínio social das mulheres pelos homens, mas também como uma lógica. Uma lógica de dominação que se expressa na dominação de gênero, na apropriação da terra, na organização do Estado, na organização das relações sociais. Uma apresentação mais detida dessa questão ultrapassa o objeto deste artigo.

histórica das mulheres, em razão da perda do controle da reprodução e, simultaneamente, amplia a análise do capitalismo realizada por Marx, pois insere nos pressupostos de funcionamento do capitalismo a opressão das mulheres. Assim, Federici demonstra como o capitalismo coloca a seu serviço as estruturais sociais patriarcais conjugadas com a formação dos Estados Modernos, produzindo uma triangulação¹⁹ necessária entre capitalismo, Estado e patriarcado, na qual o Estado, ao controlar a reprodução, assujeita as mulheres à função reprodutiva – fornecedoras de mão de obra, por parte da classe trabalhadora, e fornecedoras dos herdeiros, por parte da classe dominante – e, ainda, promove a continuidade da ruptura da unidade da classe trabalhadora ao sustentar um emaranhado de violências socialmente legitimadas contra as mulheres²⁰, figurando a sua criminalização e penalização por condutas antirreprodutivas, uma das expressões dessas violências.

A retomada do controle da reprodução pelas mulheres implicaria profundas transformações na organização da política e no fortalecimento da luta pela fundação de uma nova sociabilidade democrática anticapitalista.

1. OS ARGUMENTOS JURÍDICOS DO *HABEAS CORPUS* 124.306

Posto o problema relativo ao controle reprodutivo promovido pelo Estado Moderno, cujas raízes são concomitantes ao desenvolvimento do capitalismo, será analisado nas próximas seções, o estado do debate no campo jurídico no Brasil, sobre a descriminalização da prática do aborto e o direito das mulheres à interrupção voluntária da gravidez, com base nos votos do *Habeas Corpus* 124.306; nos debates ocorridos na Audiência Pública realizada nos dias 03 e 06 de agosto de 2018, sobre o tema objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, em trâmite no Supremo Tribunal Federal e no estudo analítico realizado pelo Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (NUDEM-DPESP) a partir da propositura de 30 *Habeas Corpus* em ações penais e medidas socioeducativas em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), nos quais mulheres figuravam como réis, acusadas da autoria da tentativa ou prática de aborto.

¹⁹ A bem da verdade, trata-se de uma relação quadrangular: Estado Moderno, lógica de dominação do capitalismo, lógica de dominação do patriarcado e lógica de dominação do racismo. Uma apresentação mais detida dessa relação ultrapassa o objeto deste artigo.

²⁰ Ultrapassa os limites deste estudo desenvolver a fórmula **emaranhado de violências socialmente legitimadas contra as mulheres**, pois essa ideia é sustentada não apenas na análise apresentada por Federici sobre o fenômeno da caça às bruxas, mas também em uma longa trajetória legislativa que, desde o Código de Hamurabi até o século XX, legitimou, de variadas maneiras, a punição das mulheres pelos homens, inclusive com a morte, no que diz respeito a condutas sexuais. É suficiente para o momento, concentrarmos-nos na concepção de que a criminalização da interrupção da gestação é um dos aspectos deste emaranhado de violências socialmente legitimadas contra as mulheres.

1.1 O caso concreto

Os pacientes do *Habeas Corpus* 124.306 são processados nos autos do processo de número 0312390-33.2014.8.19.0001, em trâmite perante o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ, acusados de provocar aborto com consentimento da gestante (art. 126 CP) e outras tipificações penais. Em 21/03/2013, o Juízo concedeu a liberdade provisória aos pacientes. Em 25/02/2014, a 4ª Câmara Criminal deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), decretando a prisão preventiva dos pacientes, com fundamento na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. Face a essa decisão, a defesa impetrou *Habeas Corpus* (HC) perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que não foi conhecido pela Corte, porém, o mérito foi analisado e a decretação da prisão preventiva foi mantida. Assim, o *Habeas Corpus* 124.306 foi impetrado perante o Supremo Tribunal Federal (STF), requerendo a concessão de ordem para desconstituir a decisão do STJ que manteve a prisão preventiva dos pacientes, antes do trânsito em julgado do processo principal.

As bases jurídicas arguidas pela defesa consistiram em requerer que fosse conferida a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124 a 126 do Código Penal (CP), que tipificam o crime de aborto para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada até o primeiro trimestre e para afirmar: i) o entendimento da Turma de que a criminalização do aborto é incompatível com os direitos fundamentais, a saber, direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, pois elas não podem ser obrigadas pelo Estado a manterem uma gestação indesejada, bem como o Estado tem o dever de promover o amplo acesso à saúde pública a todas as cidadãs e cidadãos; ii) a preservação da autonomia das mulheres no que diz respeito a suas escolhas existenciais; iii) a preservação da integridade física e psíquica das gestantes; iv) a promoção da igualdade jurídica de gênero, uma vez que os homens não engravidam e a equiparação plena de gênero depende do respeito a vontade das mulheres nessa matéria; v) que se trata de direito público à saúde e os efeitos da criminalização da conduta afetam sobremaneira as mulheres pobres que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, multiplicando-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos; vi) a violação ao princípio da proporcionalidade, pois a criminalização não é adequada para tutelar a vida do nascituro, visto o número de abortos praticados no país, implicando apenas o impedimento da realização da prática segura; vii) a compreensão de que o Estado possui meios mais eficazes do que a criminalização para a prevenção da prática, tais como promoção de educação sexual, distribuição de contraceptivos e amplo amparo à mulher que deseja ter filhos, mas se encontra em condições adversas; viii) o entendimento de que a criminalização gera custos sociais ainda maiores do que seus benefícios, sejam: problemas de saúde pública e óbitos.

Trata-se, portanto, de precedente importante do STF referente à defesa dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres ao afirmar a inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre.

O Relator do HC, Ministro Marco Aurélio, admitiu a impetração do referido instrumento legal como substitutivo do Recurso Ordinário Constitucional, considerando que o HC

é a via direta para garantia da liberdade de ir e vir quando ameaçada por mandado de prisão expedido ou em iminência de o ser; assim, concedeu a ordem da desconstituição do decreto de prisão preventiva, mas não se manifestou sobre a inconstitucionalidade dos artigos 124 a 126 da Lei Penal.

Os fundamentos para concessão da ordem apresentados pelo Ministro foram: i) a tentativa de fuga do flagrante é exercida como direito natural e deve ser entendida como afirmação do direito de não autoincriminação, conforme o art. 8, item 2, alínea “g” do Pacto de São José da Costa Rica, não configurando justificativa para determinação da prisão preventiva; ii) não se encontravam presentes os requisitos processuais que autorizam a determinação da prisão preventiva, tais sejam, risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução do processo ou à aplicação da lei penal, tendo em vista que no caso em análise a instrução processual transcorria normalmente; iii) a decretação da prisão preventiva quando ausentes os requisitos processuais que a autoriza, viola o princípio da presunção de inocência.

O Ministro Luís Roberto Barroso requereu voto-vista e manifestou tanto a possibilidade de, excepcionalmente, conceder de ofício a desconstituição da decretação da prisão preventiva, considerando a inadequação da via eleita – *HC* – como para analisar a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação até a 12ª semana, pois um dos argumentos elencados para fundamentar a prisão preventiva foi a invocação genérica da gravidade abstrata do delito de provocar aborto com o consentimento da gestante.

No que diz respeito à matéria processual, o Ministro Luís Roberto Barroso acompanhou o Ministro Relator, no sentido de não ser admissível a decretação da prisão preventiva quando ausentes os requisitos exigidos pelo Código de Processo Penal (CPP). Quanto à análise da inconstitucionalidade da tipificação penal prevista no art. 126 do CP (provocar aborto com o consentimento da gestante), o Ministro argumentou que: i) a criminalização da conduta viola os direitos fundamentais das mulheres; ii) expressa violação ao princípio da proporcionalidade; iii) há meios mais eficazes do que a criminalização para tratar a questão, cabendo ao Estado assegurar que o procedimento seja raro e seguro.

1.2 Da violação aos direitos fundamentais das mulheres

O Ministro Luís Roberto Barroso inicia a exposição de suas razões afirmando que os direitos fundamentais devem ser entendidos como direitos humanos incorporados ao ordenamento constitucional, devendo ser respeitados por todos os Poderes estatais, sendo certo que dos direitos fundamentais decorrem deveres de abstração e atuação por parte do Estado e da sociedade. Outra característica essencial dos direitos fundamentais é que eles devem ser afirmados e respeitados mesmo em oposição à maioria e que são dotados de aplicabilidade direta e imediata, o que legitima a atuação do STF para sua proteção ou quando houver omissão legislativa, uma hipótese em questão. Quando direitos fundamentais entram em rota de colisão entre si, a solução deve valer-se do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. No caso em análise, estão em colisão o direito à vida do nascituro e os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

O Ministro, então, sustenta que a criminalização da interrupção voluntária da gestação é compreendida, majoritariamente no mundo democrático e desenvolvido, como grave violação a diversos direitos fundamentais das mulheres, tais sejam: i) autonomia, pois viola o núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana e, sendo assim, este núcleo deve ser protegido das interferências do Estado e da sociedade; ii) integridade física e psíquica das mulheres, diretamente relacionadas ao direito à saúde e à segurança; iii) direitos sexuais e reprodutivos, pois o tratamento penal dado ao tema no Brasil afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; iv) igualdade de gênero, pois, em razão da histórica posição de subordinação e opressão das mulheres pelos homens, caberia ao Direito neutralizar as injustiças históricas, econômicas e sociais, assegurando às mulheres o direito de decidir sobre a reprodução. Por fim, o Ministro afirma que a criminalização da conduta produz efeitos ainda piores para as mulheres pobres, agravando a discriminação social. Tendo em vista que, em razão da criminalização, o Estado deixa de oferecer às cidadãs os cuidados necessários para a realização segura do procedimento, isso induz elas a utilizarem-se de métodos clandestinos e inseguros, configurando o aborto como a quarta causa de mortalidade materna no Brasil.

1.3 Violação ao princípio da proporcionalidade

Sobre esse aspecto, argumentou o Ministro Luís Roberto Barroso: i) o legislador, ao produzir leis que criminalizam condutas, deve observar o respeito aos direitos fundamentais dos acusados tanto no plano material quanto no plano processual e, no momento da elaboração legislativa, deve considerar o compromisso de proteção para com a sociedade, resguardando valores, bens e direitos fundamentais dos seus integrantes. Quando o objeto da lei penal incidir sobre restrições aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade é de observância obrigatória, pois é ele que proíbe o excesso e que avalia a insuficiência do dispositivo legal; ii) sobre a criminalização da interrupção voluntária da gravidez, é preciso observar que os referidos artigos proibitivos datam de 1940, devendo ser revistos à luz dos novos valores constitucionais resguardados pela Constituição da República de 1988; iii) decorrem do princípio da proporcionalidade a avaliação quanto à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, se a via penal é adequada ou não para tutelar o direito à vida do feto.

Quanto à adequação, o Ministro assevera que a criminalização da interrupção voluntária da gravidez é ineficaz para resguardar a vida do feto, pois não resulta na redução da prática e, por outro lado, implica gravemente práticas inseguras e altas taxas de mortalidade materna. Quanto à necessidade, avalia-se que há outros meios mais eficazes e menos restritivos aos direitos fundamentais das mulheres como, por exemplo, educação sexual; ampliação do acesso aos métodos contraceptivos; e expansão das políticas públicas de suporte às mães – acesso às creches, assistência social, saúde e educação –, de modo a proporcionar às mulheres os serviços públicos necessários para criação dos filhos. Por último, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, a via penal para o tratamento da questão causa um único efeito que é a realização de abortos inseguros,

com alto custo social, tanto para o Sistema Público de Saúde quanto para a vida das mulheres e a criminalização das mulheres pobres.

O Voto do Ministro Luiz Edson Fachin também se limitou à análise preliminar sobre a admissibilidade do *HC*, manifestando-se contrário; porém, acompanhando os demais, concedeu a ordem de ofício. Ele não analisou a inconstitucionalidade dos artigos penais em questão, mas registrou em ata que na semana do julgamento do referido *HC* foi divulgada a Carta Apostólica **Misericórdia et misera** do Papa Francisco, onde foi acentuada a possibilidade de absolvição, por parte da Igreja Católica, de mulheres e profissionais de saúde que, porventura, tenham alguma participação na interrupção da gravidez após a confissão.

A Ministra Rosa Weber apresentou voto concorrente, acompanhando o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso que trouxe argumentos adicionais ao debate sobre a experiência comparada da questão, apresentando os seguintes precedentes: i) da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Roe versus Wade*, no qual foi decidido pela inconstitucionalidade da criminalização da interrupção da gravidez, estabeleceu-se critérios para a disciplina legislativa do aborto: até o primeiro trimestre, a conduta é permitida e de livre escolha da mulher; até o segundo semestre, o Estado poderia regular o exercício do direito, com objetivo de proteger a vida da mulher gestante; e no último trimestre, a conduta é proibida; ii) da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Artavia Murillo y outros versus Costa Rica*, no qual analisou-se a possibilidade da fertilização *in vitro*, e, para tanto, enfrentou a necessidade de manifestar-se sobre a tutela dos direitos e da autonomia reprodutiva das mulheres e sobre a natureza dos direitos do embrião e do feto. A decisão foi no sentido de afirmar os direitos reprodutivos das mulheres e sua autonomia, bem como asseverar que o direito à vida do embrião e do feto não é um direito absoluto, mas gradual e incremental, conforme seu desenvolvimento, cabendo, portanto, exceções; iii) da Corte Europeia de Direitos Humanos, nos casos *Paton versus United Kingdom*; *Vo versus France*; *Evans versus United Kingdom*; e *A, b and C versus Ireland*, nos quais igualmente se consolidou que a proteção do direito à vida do embrião e do feto não é absoluta, devendo haver proporcionalidade entre a proteção desses e a proteção dos demais direitos, notadamente, os direitos da mulher e sua autonomia reprodutiva.

2. DEBATE SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO BRASIL – AUDIÊNCIA PÚBLICA REALIZADA NA ADPF 445

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 445 foi protocolizada junto ao STF em 22/03/2017, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), tendo como Relatora a Ministra Rosa Weber, objetivando a declaração de não recepção parcial pela Constituição da República de 1988 dos artigos 124 e 126 do Código Penal Brasileiro, a fim de excluir de seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação realizada nas primeiras 12 semanas. Os referidos dispositivos penais, oriundos do CP de 1940, estariam em desacordo com a Constituição, pois são incompatíveis: i) com a dignidade da pessoa humana; ii) com a cidadania das mulheres; iii) com o dever de promoção da não discriminação como princípio fundamental da República; iv) com os direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade, à

proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar (Constituição, art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, *caput* e incisos I e III; art. 6º, *caput*; art. 96 e art. 226, inciso 7).

A pretensão, portanto, visa garantir às mulheres o direito constitucional à interrupção da gestação nas primeiras 12 semanas, de acordo com a sua autonomia, sem a necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir o acesso aos procedimentos médicos necessários pelo Sistema Público de Saúde, assegurando, igualmente, aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento por meios seguros.

Dos dias 3 a 6 de agosto de 2018, foi realizada a Audiência Pública junto ao STF, visando promover o amplo debate sobre o tema, incluindo diversos setores da sociedade, tais como: especialistas, institutos científicos nacionais e internacionais, associações médicas, Ministério da Saúde, universidades, organizações religiosas, diversos institutos e conselhos vinculados a pesquisas jurídicas, Defensorias Públicas Estaduais de São Paulo e Rio de Janeiro, bem como a Defensoria Pública da União e a Frente Parlamentar em Defesa da Vida e da Família. Cada um dos representantes das respectivas instituições e os participantes individuais (não vinculados a qualquer instituição) tiveram o tempo de 20 minutos para apresentarem suas exposições²¹.

Ao todo, foram realizadas 54 intervenções, divididas em quatro seções: área médica e científica – 14 intervenções; área social (movimentos sociais e outras associações) – 16 intervenções; área religiosa – 11 intervenções, contando com representantes das religiões: católica, evangélica, batista, luterana, espírita, israelita e muçulmana; e área jurídica – 13 intervenções²².

Majoritariamente, as manifestações foram favoráveis sobre os seguintes tópicos: i) competência do STF para decidir sobre a questão; ii) necessidade de declarar a inconstitucionalidade dos artigos 126 e 128 do CP, conferindo-lhes a devida interpretação conforme a constituição, portanto, a maioria das entidades sociais e institucionais ouvidas manifestou-se a favor da descriminalização da prática da interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação.

A seção da área médica e científica²³ apresentou os dados que confirmam as teses jurídicas em defesa das mulheres acusadas da prática de aborto: i) a criminalização não coíbe a conduta; ii) mulheres de todas as classes realizam abortos; iii) a consequência efetiva da criminalização é colocar em risco a vida das mulheres mais vulneráveis, implicando a morte de muitas dessas; iv) criminalizar a prática do aborto é, do ponto de vista do Estado, descumprir o dever de cuidado exigido como direito de toda cidadã e cidadão, pois obriga as mulheres a

²¹ A gravação da Audiência Pública está disponível no canal do STF no YouTube e a transcrição das exposições se encontra em relatório no link: <https://bit.ly/3gYxprM>.

²² Algumas instituições apresentaram dois ou mais representantes que compartilharam o tempo de 20 minutos de exposição, tendo sido contabilizado, neste artigo, como número de intervenções por seção, apenas as instituições representadas e não as falas individualizadas quando a instituição apresentou mais de um representante.

²³ Das exposições dessa seção, oito manifestaram-se a favor da descriminalização do aborto e um contrário, curiosamente, trata-se de uma exposição individual, não representativa de nenhuma entidade, embora o expoente, o médico carioca Raphael Câmara, tenha se posicionado como porta-voz dos médicos.

recorrerem a métodos que colocam em risco a própria integridade física e a vida, negando-lhes a assistência médica necessária. Uma informação relevante foi apresentada pelo médico José Gomes Temporão, representante da Academia Nacional de Medicina: nenhum outro tema de saúde, considerando a possibilidade de evitar ou diminuir os danos, é tratado desta forma, ou seja, com a negativa do cuidado e com a criminalização²⁴. Nessa seção, apenas uma manifestação individual, do médico Raphael Câmara, foi contrária à descriminalização da prática do aborto e as razões limitaram-se a negar todos os dados apresentados pelos colegas relativos aos números de mortes, de mulheres presas e que indicam a redução da prática em países que possuem uma legislação menos restritiva, bem como colocar em dúvida a segurança do método abortivo quando realizado em condições adequadas.

Na seção da área social, constituída por organizações e movimentos sociais²⁵, além de corroborarem os principais argumentos trazidos pela comunidade científica, apresentaram argumentos adicionais sobre a subnotificação dos casos de óbito em decorrência do aborto realizado sem as condições adequadas para a saúde da mulher, pois o aborto é quase impossível de ser descoberto como *causa mortis* se não for informado pela mulher antes do óbito e trata-se de mulheres que não informam a gravidez, muito menos que induziram o aborto²⁶. Houve a exposição realizada por Adriana Abreu Magalhães Dias, representante do Instituto Baresi, afastando o argumento de que a legalização da prática do aborto efetivaria uma eugenia ao possibilitar às mulheres a decisão da continuidade da gestação caso o feto apresente doenças incapacitantes²⁷. Dentro dessa seção, destaca-se, ainda, a exposição feita por Viviane Petinelli, representante do Instituto de Políticas Governamentais, manifestando-se contrária à descriminalização, apresentando um argumento oposto ao apresentado anteriormente pela comunidade médica e científica sobre a redução da prática de abortos quando a conduta é descriminalizada. Entretanto, os representantes das organizações de saúde e científicas argumentam, com base em dados recolhidos de diversos países que: i) países com taxas de aborto mais elevadas são aqueles nos quais a prática é criminalizada; ii) a mortalidade materna relacionada a abortos inseguros é praticamente zero em países de alta renda e de reduzida desigualdade social, no caso de países em que a prática seja legalmente restritiva ou com leis permissivas, fator que explicita como a criminalização configura-se como uma grave situação de injustiça e desigualdade²⁸. A representante do Instituto de Políticas Governamentais contra-argumentou alegando que a legalização da prática do aborto produz uma maior incidência do método e pode implicar, a médio e longo prazo, um *déficit* demográfico, provocando uma redução da taxa de fecundidade, desequilibrando a administração pública demográfica, bem como produzindo uma superoneração do Sistema Público de

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública. Interrupção voluntária de gravidez. ADPF 442**, 2018, p. 46.

²⁵ Oito exposições favoráveis à descriminalização e três contrárias.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Interrupção voluntária de gravidez. **ADPF 442**, 2018, p. 200.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Interrupção voluntária de gravidez. **ADPF 442**, 2018, p. 133-145.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Interrupção voluntária de gravidez. **ADPF 442**, 2018, p. 61.

Saúde²⁹. As outras organizações sociais que se manifestaram contrárias à descriminalização da prática do aborto os argumentos giraram ao redor da defesa do feto abortado como um valor superior aos direitos fundamentais das mulheres³⁰.

Na seção da área religiosa, a única em que as exposições contrárias à descriminalização superaram as exposições a favor³¹, destacam-se os seguintes aspectos: representantes católicos, evangélicos (Assembleia de Deus e Batistas) e espíritas manifestaram-se contra a descriminalização, apresentando exclusivamente argumentos científicos e jurídicos, e não argumentos religiosos-morais – pressupostos científicos discutíveis sobre o início da vida a partir da fecundação e jurídicos que asseguram o direito à vida como fundamental do nascituro. Apenas Moshin Ben Moussa, representante da Federação das Associações Muçulmanas do Brasil (FRAMBRAS) expressou argumentos teológicos, dentre todos os que realizaram exposições, para manutenção da legislação penal brasileira com base na legislação islâmica³². Quanto aos argumentos favoráveis à descriminalização, assim se manifestaram: Maria José Fontelas Rosado Nunes, representante do Católicas pelo Direito de Decidir; Instituto dos Estudos da Religião, representado por Lusmarina Campos, pastora da Igreja Evangélica de Confissão Luterana no Brasil³³; e a Confederação Israelita do Brasil, representada pelo Rabino Michel Schlesinger. A representante do Católicas pelo Direito de Decidir argumentou, dentre outras razões, que a criminalização da prática implica pena de morte para as mulheres; o Rabino aconselhou que o Estado deve acolher as mulheres nas suas escolhas; e Lusmarina, pastora da Igreja Evangélica de Confissão Luterana, a única a trazer para o debate o lembrete da perseguição histórica das mulheres realizada pela Igreja Católica durante a Inquisição, afirmou que os argumentos contrários à descriminalização são, antes de tudo, argumentos cristãos patriarcais:

Há séculos, um cristianismo patriarcalizado é o responsável por penalizar e legitimar a morte de mulheres. A criminalização religiosa das mulheres

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Interrupção voluntária de gravidez. **ADPF 442**, 2018, p. 210-216.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Interrupção voluntária de gravidez. **ADPF 442**, 2018, p. 145-157. O argumento em defesa do feto abortado também aparece na exposição do primeiro representante da Conferência Nacional dos Bispos (CNB) – páginas 302 a 308.

³¹ Oito exposições contrárias à descriminalização e três a favor.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Interrupção voluntária de gravidez. **ADPF 442**, 2018, p. 430-436.

³³ Lusmarina Campos é teóloga pelo Seminário Teológico Batista do Sul do Brasil; Bacharel em Direito e Ciências Sociais; Mestra em Direito e Doutoranda pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; pastora da Igreja Evangélica de Confissão Luterana no Brasil; trabalhou no Instituto de Estudos da Religião e, atualmente, é colaboradora desta instituição. Ela foi presidente do Conselho de Igrejas Cristãs do Estado do Rio de Janeiro e, hoje, é membro de sua diretoria, assim como do Conselho Estadual de Defesa e Promoção da Liberdade Religiosa do Estado do Rio de Janeiro. Possui trajetória internacional pelo movimento ecumênico do Conselho Mundial de Igrejas e da Federação Luterana Mundial, organizações engajadas na defesa da democracia, dos direitos humanos, da liberdade religiosa e da justiça de gênero; ela compõe o comitê organizador da Consulta Global de Comemoração do 20º Aniversário da Década Ecumênica de Solenidade das Igrejas com as Mulheres, do Conselho Mundial de Igrejas, realizada de 1 a 6 de outubro de 2018, na Jamaica. Seu trabalho conecta direitos humanos e teologia, a partir de uma perspectiva de gênero.

por causa do aborto necessita ser colocada neste contexto histórico. [...] por que as tradições religiosas que são construções históricas insistem em disseminar e reproduzir a misoginia controlando os corpos das mulheres e penalizando-as psicologicamente por causa do suposto pecado e da culpa, e também criminalmente? As inquisições contra mulheres continuam, mesmo travestidas por outras faces e formas. Outrora, foram as fogueiras reais; hoje, as fogueiras simbólicas, mas não menos perversas, que insistem através de um poder religioso, que age contra a dignidade das mulheres, via poder político, e se mantém institucionalmente³⁴.

Lusmarina prosseguiu sustentando que a descriminalização da prática do aborto efetiva o direito à igualdade, preserva a liberdade religiosa e de consciência, realiza o princípio da laicidade do Estado e efetiva a democracia.

Na última seção, da área jurídica, na qual a Defensoria Pública da União figura como *amicus curiae*, as entidades e instituições públicas que participaram do debate posicionaram-se favoráveis à descriminalização e afirmaram, em uníssono, que a descriminalização é a interpretação devida à luz da Constituição da República, bem como é conforme as diretrizes dos Direitos Humanos internacionais³⁵. Contrapuseram os argumentos que defendem a criminalização da prática, dizendo que: i) há uma negação das estatísticas³⁶; ii) os defensores da punição desconsideram a análise conforme a Constituição da República de 1988 e os compromissos internacionais do Brasil, no âmbito dos direitos humanos internacionais; iii) a criminalização pressupõe o direito à vida do feto como superior ao direito da vida das mulheres.

2.1 Estudo do Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres – Defensoria Pública Estadual de São Paulo

O Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (NUDEM-DPESP) foi criado em 2008 em decorrência de reivindicações do movimento de mulheres de SP pela criação de um espaço institucional no âmbito da defensoria para buscar a garantia dos seus direitos. Este pleito foi realizado durante o primeiro ciclo de conferências das defensorias paulistas em 2007. O NUDEM-DPESP atua em diversas situações de violações de direitos humanos das mulheres, em uma perspectiva coletiva, fomentando e cobrando políticas públicas, bem como atuando na promoção da educação em direitos e na assessoria de Defensores. As temáticas de atuação do NUDEM são: violência doméstica; violência obstétrica; violência sexual; assédio; *cyberbullying*; direito sexual e reprodutivo; não exigência de exames ginecológicos em concursos públicos; direito das profissionais do sexo; direito de mulheres criminalizadas, em situação de prisão e em situação de rua; garantia ao aborto legal; e luta pela descriminalização e legalização da prática da interrupção da gravidez; dentre outras, com foco no atendimento da popu-

³⁴ CAMPOS, L. **Relatório das exposições realizadas na Audiência Pública**, 2018, p. 356-357.

³⁵ Dez exposições favoráveis à descriminalização e três contrárias.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Interrupção voluntária de gravidez. **ADPF 442**, 2018, p. 493, 508.

lação mais vulnerável onde os marcadores sociais de desigualdade de raça, classe, sexualidade e gênero se combinam de forma extremamente danosa³⁷.

Em 2017, o NUDEM-DPESP impetrou 30 *Habeas Corpus* em ações penais e medidas socioeducativas em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), nos quais mulheres figuravam como réis, acusadas da autoria da tentativa ou prática de aborto. A partir desses *HC* foi produzido um estudo analítico com o perfil majoritário das mulheres processadas; a maneira como elas chegaram ao sistema de segurança pública; e a situação processual. Em relação ao perfil dominante, constatou-se que se tratavam de mulheres: i) jovens, em idade reprodutiva; ii) mães, cuidadoras, provedoras de filhos e solteiras; iii) em vulnerabilidade econômica, sendo as principais provedoras das famílias e nenhuma com remuneração superior a R\$ 2.500,00; iv) de baixa escolaridade, realizando atividades profissionais como: auxiliares administrativas, atendentes, auxiliares de produção, balconistas, calçadistas, ajudantes em geral, operadoras de caixa, ajudantes de cozinha, feirantes, manicures e vendedoras; v) moradoras das periferias; vi) réis primárias e com bons antecedentes.

Essas mulheres chegaram ao sistema de segurança pública por meio da prática de denúncia realizada pelos profissionais de saúde em violação ao Código de Ética Médica e à legislação. Em relação à situação processual, foi constatado que, até o momento de intervenção da referida Defensoria, pela impetração de *Habeas Corpus* com a finalidade de trancamento das ações penais em curso, não havia sido interposto qualquer recurso ou *HC* em defesa das mulheres acusadas. Todas eram vítimas de violações aos direitos à intimidade, à privacidade, ao devido processo legal e ao efetivo acesso à justiça. Em três casos, não havia prova da materialidade da conduta imputada como criminosa. As teses defensivas apresentadas foram: i) atipicidade da conduta diante da inconstitucionalidade da criminalização, devendo ser reconhecida por meio do controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal; ii) trancamento da ação penal por ausência de justa causa, pois a persecução criminal era baseada em notícia crime ou instrução probatória decorrente da quebra de sigilo profissional por parte dos servidores públicos vinculados à saúde; iii) em alguns casos, ausência de prova da materialidade da conduta imputada. Dois dos casos se tratavam da realização de aborto legal.

Dos vinte e cinco *HC*, vinte e três tiveram a ordem denegada; um não foi conhecido; e um foi prejudicado. Cinquenta e cinco desembargadores participaram desse conjunto de *HC*, desses, apenas três eram desembargadoras (5,45%). Nos cinco casos em que se concedeu a ordem, três tiveram participação de desembargadoras (60%). Dentre eles, quatro casos havia falta de justa causa por ausência de materialidade delitiva, pois não havia indício da prova de gestação, aborto ou provocação do aborto; e um havia falta de justa causa, pois a notícia crime partiu de um profissional de saúde, reconhecida a violação do dever de sigilo médico³⁸.

³⁷ SÃO PAULO. 30 **habeas corpus**: a vida e o processo de mulheres acusadas da prática de aborto em São Paulo, 2018.

³⁸ O estudo realizado pela Defensoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (DPGE), em 2018, **Entre a morte e a prisão**: quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto no Rio de Janeiro, apresenta os mesmos resultados do estudo do NUDEM-DPESP, exposto neste trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do NUDEM-DPESP demonstra um dos paradoxos da sociedade brasileira. Por um lado, tanto o acórdão do HC 124.306 quanto as manifestações majoritárias proferidas na Audiência Pública realizada no âmbito das discussões da ADPF nº 442 parecem demonstrar uma tendência à consolidação do entendimento de que os artigos 124 a 126 do Código Penal devem ser declarados inconstitucionais, à luz da interpretação conforme a Constituição da República de 1988. Por outro lado, no nível público institucional que mantém relação direta com a população, seja o judiciário, seja o serviço público de saúde, a suspeita ou a prática do aborto é efetivamente criminalizada, exclusivamente em relação às mulheres pobres, com a realização, inclusive, de diversas violações aos direitos das mulheres, especialmente, a quebra do sigilo profissional médico e de outros profissionais da saúde, com inúmeros casos em que elas são algemadas ainda nos leitos dos hospitais. O posicionamento do médico Raphael Câmara na Audiência Pública da ADPF 442 é sintomático sobre o problema quando ele se apresenta em nome da classe médica:

Eu estou aqui pelos médicos. Foram os médicos que mandaram centenas de e-mails para eu estar aqui para representar a opinião do médico. Eu vejo vários médicos aqui, todos a favor da liberação do aborto, mas eles não representam a gente!

Na Argentina, grupos de médicos se recusam a fazer aborto, médico, mesmo que a lei passe. Quem vai fazer esses abortos? Vamos dizer que liberem. Quem vai fazer? A maioria vai alegar objeção de consciência³⁹.

Isso sem mencionar os inúmeros obstáculos encontrados pelas mulheres nos casos de aborto legal e a dificuldade de efetivarem o acesso a esse direito. Estudos demonstram que cerca de 7% dos casos de estupro resultam em gravidez. Nesses casos, as mulheres têm o direito de interromper a gestação. No entanto, apenas 67,4% tiveram acesso ao serviço de aborto legal na rede pública de saúde. É bastante conhecido o caso da menina de nove anos, residente no Agreste pernambucano, estuprada pelo padrasto e grávida de gêmeos. Obtida a autorização judicial, o arcebispo de Olinda e Recife pronunciou: “o crime que o padrasto cometeu era grave, mas não tanto quanto o aborto” e excomungou a mãe, a equipe médica, o juiz, a promotora e a assistente social envolvidos no processo. O hospital infantil e maternidade local se recusaram a fazer o procedimento por pressão da igreja e religiosos. ONGs e movimentos sociais se uniram à promotoria para conseguirem um hospital que realizasse a operação, enfim concluída em Recife⁴⁰.

Uma hipótese possível para esta discrepância entre a discussão da questão em nível teórico e as práticas sociais pode ser o fato de que o princípio de laicidade do Estado bem como diversas outras diretrizes da Constituição da República encontram resistências disseminadas no corpo social. Estas resistências são de múltiplas ordens: moral, religiosa, corporativa etc.⁴¹

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Interrupção voluntária de gravidez. ADPF 442, 2018, p. 79.

⁴⁰ SUAREZ, J. *As mulheres ainda lutam por direito a contracepção e ao aborto legal em comunidades pernambucanas*, 2018.

⁴¹ Este tema será objeto de trabalhos futuros.

Ainda sobre os debates no âmbito da ADPF 442, é importante ressaltar que, embora as discussões girem em torno da afirmação do direito à liberdade individual das mulheres sobre o controle da reprodução, é inegável que a descriminalização da prática implica e modula a política. Alçar este direito individual à categoria dos direitos fundamentais é imprescindível, pois diz respeito ao grau de democracia alcançado por determinada sociedade, o que demonstra que a questão trata de uma discussão que não concerne apenas ao direito individual das mulheres, mas que compõe a política e a democracia de maneira incontornável.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, K. B. **Marx nas margens**: nacionalismo, etnia e sociedades não ocidentais. Tradução Allan M. Hillani, Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2019.

BARSTOW, A. L. **Chacina de feitiçeiros**: uma revisão histórica da caça às bruxas na Europa. Tradução Ismênia Tupy. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Seção 1, p. 23911.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Interrupção voluntária de gravidez. ADPF 442, Brasília, DF, p. 1-623, 3 ago. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3gYxprM>>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 124.306 da 1ª Turma. **Inteiro Teor do Acórdão**, Brasília, DF, 9 ago. 2016.

CLASTRES, P. **A sociedade contra o Estado**: pesquisas de antropologia política. Tradução Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

DELEUZE, G.; GUATTARI, F. **Mil platôs**: capitalismo e esquizofrenia. 2. ed. Tradução Peter Pal Pelbart, Janice Caiafa. São Paulo: Editora 34, 2012. vol. 5.

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução Nelio Scheneider. São Paulo: Boitempo, 2019.

FEDERICI, S. **Calibá e a bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. Tradução Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017.

KRAEMER, H.; SPRENGER, J. **O martelo das feitiçeiros**. 28. ed. Tradução Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Record, 2017.

LERNER, G. **A criação do patriarcado**: história da opressão das mulheres pelos homens. Tradução Luiza Sellera. São Paulo: Cultrix, 2019.

MORGAN, L. H. **La société archaïque**. Traduit H. Jaouiche. Paris: Éditions Anthropos, 1971.

MURARO, R. M. Prefácio. In: KRAEMER, H.; SPRENGER, J. **O martelo das feitiçeiros**. 28. ed. Tradução Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 9-21.

RIO DE JANEIRO. Defensoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – DPGE. **Entre a morte e a prisão**: quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: DPGE, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/36ZtTZk>>. Acesso em: 20 maio 2020.

SAHLINS, M. **Cultura na prática**. 2. ed. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007.

SÃO PAULO. Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – NUDEM. **30 habeas corpus**: a vida e o processo de mulheres acusadas da prática de aborto em São Paulo. São Paulo: NUDEM, 2018. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/41/Documentos/30%20habeas%20corpus.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2020.

STRAUSS, L. **Antropologia estrutural**. Tradução Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Ubu, 2017.

STRATHERN, M. **O gênero da dádiva**: problemas com as mulheres e problemas com a sociedade na Melanésia. Tradução André Villalobos. Campinas: Unicamp, 2006.

SUAREZ, J. As mulheres ainda lutam por direito a contracepção e ao aborto legal em comunidades pernambucanas. **Pública**: Agência de Jornalismo Investigativo, São Paulo, 21 ago. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/30aVVzY>>. Acesso em: 15 maio 2020.

CIÊNCIAS CRIMINAIS

CRIMINAL SCIENCES

“TÁ LÁ O CORPO ESTENDIDO NO CHÃO”: UMA ANÁLISE DO CONTEXTO DOS HOMICÍDIOS PROCESSADOS NO TRIBUNAL DO JÚRI DE CAMPINA GRANDE/PB

“THERE IS THE BODY EXTENDED ON THE FLOOR”: AN ANALYSIS OF THE CONTEXT OF HOMICIDES PROCESSED IN THE COURT OF THE JURY OF CAMPINA GRANDE/PB

Diana Freitas de Andrade

*Mestranda em Desenvolvimento Regional – Universidade Estadual da Paraíba
Defensora Pública Federal
dianafreitasdeandrade@dpu.gov.br*

RESUMO

A violência tem ocupado um lugar central no debate político e científico contemporâneo. Neste artigo, este fenômeno é examinado a partir de uma forma específica da violência: os crimes de homicídio. Esse recorte se faz necessário porque nem todas as formas de violência são passíveis de registro e porque, mesmo nos casos em que existem esses assentamentos, os dados contabilizados representam apenas uma mínima parcela da violência realmente perpetrada. Este estudo se propõe a traçar o contexto de ocorrência de homicídios a partir da análise das informações coletadas nos processos judiciais do Tribunal do Júri de Campina Grande/PB, com crimes ocorridos entre os anos de 2000 a 2010. A amostra foi composta por 116 processos, foram analisados 289 sujeitos, sendo 173 réus e 136 vítimas. Analisando-se os dados, verificou-se que o homicídio é uma manifestação violenta que envolve pessoas cujos locais de residência se concentram em alguns bairros, sobretudo da Zona Oeste da cidade. Ademais, a constatação de que os bairros onde mora a maior parte de réus e vítimas também são aqueles onde mais ocorrem os homicídios indica a relevância dessa distribuição espacial dos assassinatos. Por outro lado, os crimes derivam de um amplo acesso a armas de fogo e, em algumas ocasiões, relacionam-se a contextos de uso de álcool e à dinâmica do tráfico e uso de drogas.

Palavras-chave: Violência. Homicídio. Tribunal do júri.

ABSTRACT

Violence has occupied a central place in the contemporary political and scientific debate. In this article, the violent phenomenon is examined from a specific form of violence: homicide crimes. This cut is necessary because not all forms of violence are subject to registration, and because, even in the cases where these settlements exist, the accounted data represents only a minimal portion of the violence actually perpetrated. The present study proposes to trace the context of homicide occurrence, based on the analysis of the information collected in the judicial processes of the Jury Court of Campina Grande / PB, with crimes that occurred between the years 2000 to 2010. The sample was composed of 116 cases, 289 subjects were

analyzed, being 173 defendants and 136 victims. Analyzing the data, it was found that homicide is a violent manifestation involving people whose places of residence are concentrated in some neighborhoods, especially in the West Zone of the city. In addition, the finding that the neighborhoods where most defendants and victims live are also those where homicides occur most indicates the relevance of this spatial distribution of murders. On the other hand, crimes derive from wide access to firearms and, on some occasions, are related to contexts of alcohol use and to the dynamics of drug trafficking and use.

Keywords: Violence. Murder. Jury court.

Data de submissão: 11/07/2020

Data de aceitação: 11/09/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. VIOLÊNCIA LETAL, DIREITO E O *CORPUS* DA PESQUISA: OS PROCESSOS DO TRIBUNAL DO JÚRI DE CAMPINA GRANDE/PB. 2. CONTEXTO DOS HOMICÍDIOS. 2.1 Bairro de ocorrência do crime/ Bairro de residência de réus e vítimas. 2.2. Emprego de arma de fogo. 2.3. Uso de álcool. 2.4. Uso/tráfico de drogas. 2. 5. Pluralidade de autores. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a violência tem ocupado um lugar central na pauta política, midiática e social, passando a ser encarada como núcleo irradiador de uma sensação de insegurança por todo o mundo. Ilustrativo desse pânico generalizado é o resultado da pesquisa realizada em 2017 pelo Lapop sobre a percepção da violência na América Latina, a qual revelou que o Brasil integra o topo do ranking dos países em que a população mais tem medo de ser vítima de homicídio: 42% dos brasileiros têm muito medo de serem assassinados, enquanto 43% sentem algum ou pouco medo. Apenas 15% não cultivam nenhum receio dessa violência letal¹. No mesmo sentido, um levantamento feito pelo Instituto Datafolha apontou que a violência/segurança é a segunda maior preocupação dos brasileiros².

Tanto em noticiários e conversas diárias quanto em campanhas eleitorais, os temas afetos ao crime – agora sob a rubrica de segurança pública – deslocaram da discussão pública assuntos relacionados à educação, previdência, saúde e demais direitos sociais. Subjacente a isso, tem-se a ideia de que o poder punitivo estatal está apto a resolver todos os conflitos

¹ LATIN AMERICAN PUBLIC OPINION PROJECT, **O medo de ser assassinado na América Latina**, 2017.

² Saúde e violência são os principais problemas para os eleitores brasileiros, segundo Datafolha. **Portal G1**, 11 set. 2018.

sociais, seja mediante a mera tipificação de determinada conduta como crime, seja por meio do endurecimento das penas ou da ampliação da parcela da população penalmente imputável (reduzindo-se a maioria penal, por exemplo).

É por isso que não há como se pensar a sociedade contemporânea sem atribuir um papel verdadeiramente protagonista ao fenômeno da violência.

A definição de violência, neste estudo, ocorre por sua contraposição ao conceito de poder, tal como teorizado pela filósofa alemã Hannah Arendt. Nessa perspectiva, a violência é tida no máximo como um meio para consecução de um fim absoluto (o poder, o agir em conjunto), podendo mesmo chegar a ser justificada, embora nunca legitimada. É justamente nos momentos de desagregação do poder que a sociedade se torna mais vulnerável aos atos de violência, correndo-se o risco de que os meios substituam os fins³. Outras definições do fenômeno às quais também se alinha este trabalho foram levadas a cabo por Michel Wieviorka, para quem a violência traduz a existência de problemas sociais que não são transformados em debates e em conflitos de sociedade, sendo assim o negativo do conflito institucionalizável⁴, e por Loic Wacquant, que argumenta contra o protagonismo da violência do Estado penal no tratamento dos problemas causados pelas camadas mais pobres da população, deslocando-se ao segundo plano o tratamento social da miséria⁵.

No entanto, apesar de se alinhar a Arendt, Wieviorka e Wacquant em suas abrangentes definições do fenômeno violento, esta investigação tem como foco de análise a evolução da violência no município de Campina Grande/PB. Assim, para uma melhor apreensão do objeto de pesquisa, serão tomados como indicadores da violência os crimes de homicídio praticados no município. Esse recorte se faz necessário tanto porque nem todas as formas de violência são passíveis de registro, quanto porque, mesmo nos casos em que existem esses assentamentos – como ocorre com os crimes – os dados contabilizados representam apenas uma mínima parcela da violência realmente perpetrada.

Porém, não é exclusivamente em razão de o subregistro ser menor no caso dos homicídios que serão esses o critério adotado nesta pesquisa para apontar a violência. Na verdade, a utilização desse indicador também parte da consideração de que, ainda que a violência possa assumir diversas formas, se manifestando tanto em condutas tipificadas como crime quanto em atos cotidianos que escapam à legislação penal, é no ato de ceifar a vida humana que o fenômeno violento se exprime em seu mais alto grau.

Este estudo se propõe, em suma, examinar aspectos relativos ao fenômeno dos crimes de homicídio ocorridos em Campina Grande entre os anos de 2000 e 2010, submetidos à jurisdição da 1ª Vara do Tribunal do Júri do município. O foco de análise se volta para o bairro, horário e dia da semana em que ocorreram os crimes, para a existência de pluralidade de autores, para o emprego de arma de fogo, para a relação do crime com o uso/tráfico de drogas e para a ocorrência do homicídio em contexto de uso de álcool.

³ ARENDT, H. **Sobre a violência**, 2001, p. 41.

⁴ WIEVIORKA, M. Violência hoje. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, vol. 11 (sup.), p. 1147-1153, 2007. p. 1050.

⁵ WACQUANT, L. **As prisões da miséria**, 2011, p. 11.

1. VIOLÊNCIA LETAL, DIREITO E O *CORPUS* DA PESQUISA: OS PROCESSOS DO TRIBUNAL DO JÚRI DE CAMPINA GRANDE/PB.

Na linha das abordagens do fenômeno violento expostas acima, pode-se afirmar que a apreensão de todas as manifestações da violência, mesmo que limitadas a uma determinada região, é uma tarefa fadada ao insucesso. Isso porque o conceito da violência envolve aspectos intangíveis (e, por isso mesmo, dificilmente traduzíveis em indicadores) do sujeito e das relações sociais por ele travadas, de modo que, em razão da própria amplitude do objeto de estudo, esta pesquisa se centrará em apenas uma das múltiplas formas que a violência pode assumir no mundo social: o homicídio.

Homicídio é a denominação dada pelo artigo 121 do Código Penal brasileiro ao crime de matar alguém. Sob essa definição jurídica estão abrangidas figuras que o anterior código (de 1890) nominava como parricídio, matricídio ou fratricídio. Na definição de Cezar Bitencourt:

Homicídio é a eliminação da vida de alguém levada a efeito por outrem. Embora a vida seja um bem fundamental do ser individual-social, que é o homem, sua proteção legal constitui um interesse compartilhado do indivíduo e do estado⁶.

O interesse juridicamente protegido (bem jurídico) pelo Estado ao estatuir o crime de homicídio é a vida. Para o filósofo italiano Giorgio Agamben, o princípio da sacralidade da vida se tornou tão assente na contemporaneidade que praticamente não há discussões sobre sua origem. No entanto, o pensador ressalta que, na Grécia clássica, origem da maior parte dos conceitos éticos-políticos da civilização ocidental, esse princípio tanto não existia que sequer havia um termo que condensasse a complexidade e a carga semântica que hoje associamos ao vocábulo vida. No período grego clássico, a vida em si não era considerada sacra, e para assim tornar-se ela tinha que passar por vários rituais que visavam a distingui-la de seu contexto profano⁷.

Apesar dessa ressalva quanto à origem do consenso geral sobre a particular importância da vida, Agamben reconhece que

A nossa política não conhece hoje outro valor (e, conseqüentemente, outro desvalor) que a vida, e até que as contradições que isto implica não forem solucionadas, nazismo e fascismo, que haviam feito da decisão sobre a vida nua o critério político supremo, permanecerão desgraçadamente atuais⁸.

O jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, por sua vez, destaca a importância de lançar o olhar para o crime sob a perspectiva das vítimas da forma de violência mais grave, sendo imprescindível dar ouvidos às palavras dos mortos. Valendo-se de uma linguagem simbólica,

⁶ BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa, 2012, pp. 109-110.

⁷ AGAMBEN, G. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I., 2010, p. 71.

⁸ *Ibid.*, p. 17.

o autor afirma que os cadáveres falam a partir de seu mutismo, e que muitas vezes seu discurso chega a ser eloquente. Em sua acepção, diante de todas as palavras que possam ser ditas:

por mais complexas ou simplistas que possam ser e quase sempre enredadas em discussões intermináveis –, parece uma grosseria – e não nos incomoda que efetivamente o seja – afirmar que *a única realidade são os mortos*⁹.

No âmbito do Direito Penal, não é apenas no homicídio que a vida (e a morte, como seu negativo) assume relevância. Em diferentes crimes, embora a conduta de eliminar a vida de outra pessoa não seja o alvo principal da norma incriminadora, o resultado letal pode dar azo a uma maior reprovabilidade da conduta, e, conseqüentemente, a uma exasperação da punição. É o que ocorre, por exemplo, nas lesões corporais seguidas de morte, omissão de socorro, rixa, abandono de incapaz, abandono de recém-nascido ou nos crimes contra os costumes, de perigo comum etc.¹⁰

No Brasil, a Constituição da República determina que os crimes dolosos contra a vida, de que é exemplo o homicídio intencional, estejam submetidos à jurisdição dos tribunais do júri. Assim, os dados sobre os crimes de violência letal serão coletados nos autos judiciais, nos quais estão catalogados, além de laudos periciais, fotografias e demais provas técnicas/documentais que interessam à causa, também os depoimentos das autoridades policiais, peritos, testemunhas, autores e vítimas (no caso dos delitos tentados) do crime.

Para os fins visados por esta pesquisa, interessará apenas a análise dos processos referentes aos crimes de homicídio (artigo 121 do Código Penal), tentados ou consumados, levados a cabo em Campina Grande. Aqui está incluída a forma tentada do crime porque nela o dolo (intenção e vontade) do agente é o de matar, e o resultado pretendido só não é alcançado por circunstâncias que são alheias à sua vontade (artigo 14, II, do Código Penal).

Os processos analisados foram escolhidos com base na data em que o crime foi cometido, devendo esta – e não naquela em que a ação penal foi ajuizada – obrigatoriamente estar situada no período entre os anos 2000 e 2010. Nesse período, houve 1.820 processos distribuídos a esses órgãos jurisdicionais e, dada a impossibilidade de se examinar todos esses expedientes, a técnica de amostragem utilizada foi a casual simples, assim que os processos que viriam a integrar a amostra foram selecionados ao acaso, dentro de cada ano da série temporal em referência. Além disso, para o cálculo do tamanho da amostra, foi considerado sobretudo o tempo disponível para a realização da coleta de dados nesta pesquisa, chegando-se a estipular um erro amostral (margem de erro) de 9%, definindo-se uma amostra de 113 processos.

2. CONTEXTO DOS HOMICÍDIOS

Após a exploração inicial do *corpus* da pesquisa, elaborou-se um instrumento de coleta de dados sobre o bairro, horário e dia da semana em que ocorreram os crimes, para a

⁹ ZAFFARONI, E. R. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar, 2012, p. 21.

¹⁰ BITENCOURT. *Op. Cit.*, p. 110.

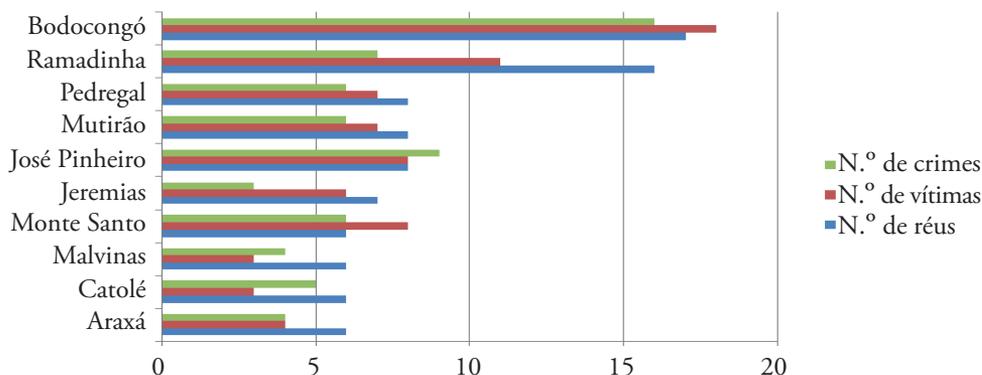
existência de pluralidade de autores, para o emprego de arma de fogo, para a relação do crime com o uso/tráfego de drogas e para a ocorrência do homicídio em contexto de uso de álcool.

2.1 Bairro de ocorrência do crime/ Bairro de residência de réus e vítimas

Quanto ao local de ocorrência de crimes, a unidade administrativa selecionada foi o bairro. O bairro também foi tomado como unidade de análise na busca de informações sobre o local de residência de réus e vítimas. Como residência dos réus, foram apontados 46 bairros diferentes, além da zona rural e de dois casos de residência em outras cidades (um em Cabedelo/PB, outro em Goiânia/GO). Quanto às vítimas, foram 38 bairros, além da zona rural. Já com relação ao local de ocorrência dos crimes, tem-se que os homicídios foram praticados em 37 bairros distintos, além da zona rural. Para 3 réus e 3 vítimas, não houve bairro de residência informado, lacuna essa inexistente quanto aos crimes, já que para todos foi indicado o local de sua ocorrência.

O bairro de Bodocongó foi o local apontado como residência do maior número de réus e de vítimas, além de ter figurado como o local de maior ocorrência dos homicídios. No total, são 17 (10%) réus e 18 (13%) vítimas residentes no bairro, o qual também foi o cenário para a prática de 16 (11%) dos crimes. A Ramadilha foi o segundo local mais indicado como domicílio de réus (16 indivíduos, ou 9%) e vítimas (11 indivíduos, ou 8%), embora tenha ocupado a terceira posição quanto à ocorrência dos crimes (7 homicídios, ou 6%). Em seguida, figurando como terceiro bairro mais apontado como residência de réus e vítimas, está o José Pinheiro, onde vivem 8 (5%) réus e também 8 vítimas (6%). O José Pinheiro, contudo, é o segundo bairro onde mais ocorreram os homicídios: foram 9 crimes (8%). Os dados referentes aos dez bairros mais implicados na situação de homicídios (seja como local de residência dos sujeitos ou como palco da prática do crime) são apresentados no gráfico a seguir.

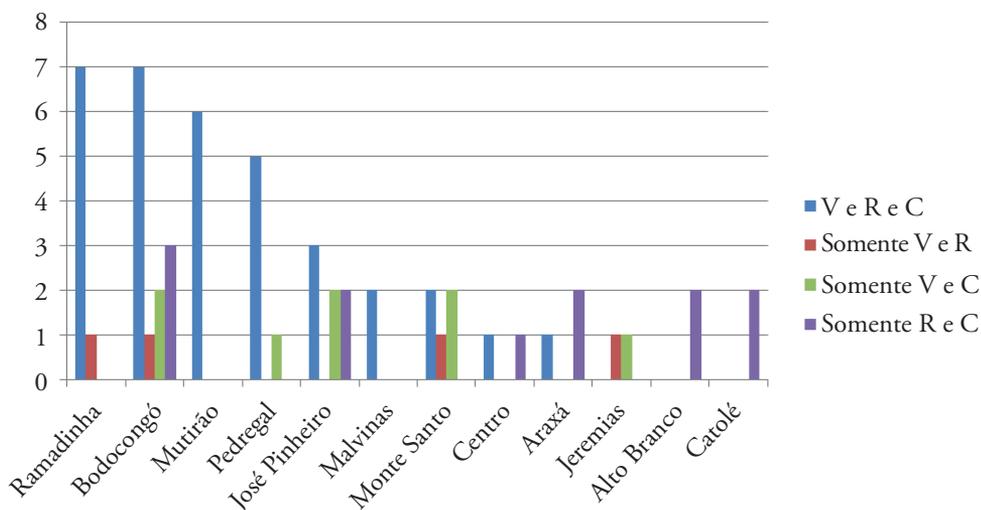
Gráfico 1 – Distribuição de réus e vítimas conforme bairro de residência e distribuição de crimes conforme bairro de ocorrência (Campina Grande, 2001-2010)



Fonte: Processos do 1.º Tribunal do Júri de Campina Grande.

A análise das implicações dos bairros nos homicídios aqui examinados pode ser feita de forma combinada, possibilitando que se aponte, nos processos que integram a amostra, o número de vezes em que convergem, no mesmo homicídio, o bairro de residência do réu (R), o da vítima (V) e o bairro de ocorrência do crime (C). Também é importante verificar o número de coincidências existentes em apenas duas das variáveis acima listadas, ou seja, a quantidade de casos em que convergem somente o bairro de residência do réu e o da vítima (sendo o crime praticado em outro local), o bairro de residência da vítima e de ocorrência do crime (sendo o réu residente em outro local), e, por fim, o bairro de residência do réu e de ocorrência do crime (sendo a vítima residente em outro local). O gráfico a seguir aponta as convergências verificadas nos 12 bairros em que essas coincidências ocorreram pelo menos por 2 vezes.

Gráfico 2 – Número de coincidências entre bairro de residência da vítima (V) e/ou do réu (R) e/ou de ocorrência do crime (C) (Campina Grande, 2001-2010)



Fonte: Processos do 1.º Tribunal do Júri de Campina Grande.

Nos dados expostos acima, vê-se que, quando há alguma coincidência entre as variáveis postas à análise (V, R e C), ela na maioria das vezes se dá entre todas elas, revelando contextos em que vítima e réu moram no mesmo bairro em que o homicídio é cometido. Essa coincidência foi constatada em 34 (29%) processos da amostra, e os bairros onde ela mais ocorreu foram Bodocongó (7 casos) e Ramadinhã (7 casos). A segunda sobreposição mais acusada nesta combinação de variáveis foi a existente entre o bairro de residência do réu e o de ocorrência do crime (R e C), sendo ela apontada em 12 processos da amostra. Aqui, Bodocongó (3 casos) novamente figurou como o local de maior registro dessa convergência. A justaposição entre as variáveis bairro de residência da vítima e bairro de ocorrência do crime (V e C) foi constatada em 8 processos, enquanto a convergência entre o bairro de residência da vítima e o do réu (V e R) existiu em apenas 4 casos.

Analisando-se essas combinações entre as variáveis, vê-se que a relação dos homicídios com o lugar em que as vítimas e os réus residem é extremamente forte, sendo que, apenas nos 12 bairros acima listados, vê-se que em 54 processos o crime ocorreu no bairro em que pelo menos um dos sujeitos residia. No total da amostra examinada, constatou-se que essa vinculação da residência de pelo menos um dos sujeitos (ou réu ou vítima) ao bairro onde o crime foi praticado se deu em 87(75%) casos.

Os dados apresentados quanto ao local em que ocorrem os crimes e em que moram as vítimas e réus demonstram que há uma concentração dos homicídios e dos sujeitos neles envolvidos em determinados bairros de Campina Grande. Com efeito, estão na Zona Oeste da cidade tanto Bodocongó, bairro que mais concentra a violência homicida e os sujeitos nela implicadas, quanto Ramadinha e Pedregal, locais que ocupam o segundo e terceiros lugares nos *rankings* apresentados nas tabelas expostas acima. Na verdade, esses bairros não são apenas próximos uns dos outros: eles são limítrofes, o que delinea com contornos ainda mais fortes essa concentração da violência homicida na cidade.

A concentração dos homicídios em determinados bairros da cidade de Campina Grande sinaliza uma confirmação do que sustentado por Wacquant quanto à marginalidade avançada¹¹. De acordo com o cientista social, essa nova forma de exclusão e marginalização resulta não do atraso, mas das transformações desiguais e desarticuladas dos setores mais avançados das sociedades e economias ocidentais, as quais repercutem nas camadas inferiores da classe trabalhadora, em grupos etnoraciais dominados e, também nos territórios por eles ocupados na metrópole dividida. São palavras do autor:

A menos que novas formas de intervenção política sejam elaboradas para coibir ou redirecionar as forças estruturais que as produzem – entre outras, o crescimento econômico concentrado e a dualização do mercado de trabalho; a casualidade do emprego e a autonomização da economia de rua em áreas urbanas degradadas; o desemprego em massa que conduz a uma completa desproletarização para grandes segmentos da classe trabalhadora, especialmente entre os jovens; e políticas estatais de contenção de gastos urbanos, quando não de total abandono – e que novos mecanismos de medição social sejam postos em prática para reincorporar as populações excluídas, espera-se que a marginalidade urbana continue a aumentar e a difundir-se e, com ela, a violência de rua, a alienação política, a desertificação organizacional e a informalização da economia que infestam cada vez mais os bairros de excluídos das metrópoles na sociedade avançada¹².

Indo além em sua teorização da marginalidade decorrente do avanço desigual das economias e sociedades ocidentais da contemporaneidade, Wacquant sustenta que a reconfiguração atual do capitalismo promove uma transformação significativa na organização e na experiência do espaço. Assim, tomando como unidade de análise os guetos estadu-

¹¹ WACQUANT, L. **Os condenados da cidade**, 2005, p. 169.

¹² *Ibid.*, p. 170.

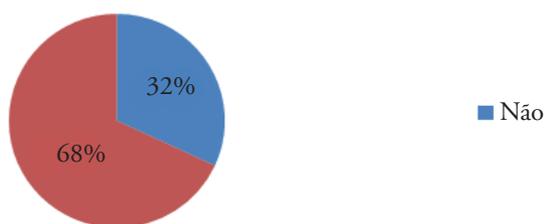
nidenses, as *banlieue* francesas e as *inner cities* britânicas, o autor afirma que essa marginalidade não se difunde igualmente por todas as áreas da classe trabalhadora, tendendo a se concentrar em territórios bem-identificados, bem-demarcados e vistos por pessoas de dentro e de fora como “verdadeiros infernos urbanos onde apenas o refugio da sociedade aceita habitar”¹³. Ademais, Wacquant ainda defende que esses “espaços condenados” são ou tendem a se tornar verdadeiras instalações permanentes da cidade, de modo que, em vez de constituírem “lugares” comunais, “plenos de emoções compartilhadas, de significados conjuntos, de práticas e instituições de reciprocidade, se transformaram em espaços indiferentes de mera sobrevivência e luta”¹⁴.

É de se ver, portanto, que existem regiões da cidade que têm se mostrado um verdadeiro foco de violência homicida. Assim, diante da maior ocorrência de homicídios nessas regiões, onde também reside a maioria dos sujeitos implicados nesses atos, vê-se que tem sido altamente desigual a distribuição da violência homicida dentro de Campina Grande.

2.2 Emprego de arma de fogo

Quanto ao emprego de arma de fogo no homicídio, vê-se que ele se deu em 79 (68%) dos casos, daí se podendo inferir que os crimes são praticados em contextos em que os réus deliberadamente portam ou se valem de um instrumento que tem a única função de viabilizar a prática de uma ameaça ou violência física grave contra outros sujeitos. Afinal, diferentemente dos casos em que a morte resulta de atos em que o autor do crime só dispunha de seu corpo (luta, estrangulamento etc.), de instrumentos perfurocortantes ou de qualquer outro instrumento para impingir o mal, a arma de fogo é um artefato que não ostenta outra finalidade que não a violência.

Gráfico 3 – Emprego de arma de fogo no crime (Campina Grande, 2001-2010)



Fonte: Processos do 1.º Tribunal do Júri de Campina Grande.

¹³ *Ibid.*, p. 172.

¹⁴ *Ibid.*, p. 173.

O elevado índice de mortalidade por armas de fogo também foi constatado em pesquisa nacional realizada por Waiselfisz¹⁵, a qual também apontou que, na Paraíba, o número de mortes por armas de fogo saltou de 11,5/100.000 hab. em 2001, para 32,8/100.000 hab. em 2010, revelando um incremento de 184,2% nesse tipo de mortalidade.

Ao analisar os fatores que concorrem para a explicação desse alto grau de letalidade por armas de fogo, Waiselfisz aponta os seguintes: 1) Facilidade de acesso a armas de fogo: o vasto arsenal de armas à disposição da população, aliado à cultura da violência que culmina na decisão de se valer dessas armas para resolver qualquer tipo de conflito interpessoal (na maior parte das vezes, banais e circunstanciais), geram o terreno fértil para a produção e reprodução da violência homicida no país. Esse canal causal também é indicado no Atlas da Violência¹⁶, segundo o qual boa parte dos crimes violentos letais intencionais é motivado por razões interpessoais, de modo que a pessoa que porta uma arma quando se envolve no conflito potencializa as chances de desfecho fatal da tragédia. ; 2) Cultura da violência: ao contrário da visão amplamente difundida, principalmente nas esferas relacionadas à Segurança Pública, de que a violência homicida do país se encontra imediatamente conectada às estruturas do crime (e mais especificamente à droga), há várias evidências que apontam o contrário: os homicídios ocorrem por motivos banais, fúteis e/ou por impulso; 3) Impunidade: o último fator apontado pelo autor são os altos níveis de impunidade, os quais atuam como estímulo para a resolução dos conflitos por meio de formas violentas. Citando uma pesquisa realizada em 2011 pela Associação Brasileira de Criminalística, o autor destaca que “o índice de elucidação de crimes de homicídio é baixíssimo no Brasil. Estima-se [...] que varie entre 5% e 8%. Esse percentual é de 65% nos Estados Unidos, no Reino Unido é de 90% e na França é de 80%.”¹⁷. Convergindo com essa percepção, o Instituto Sou da Paz¹⁸, ao tentar estabelecer um índice de elucidação de homicídios com base em informações de apenas sete estados brasileiros (únicos que mantinham dados sobre o tema), aponta que somente 20,7% desses crimes resultam em ação penal ajuizada pelo Ministério Público.

A todos esses fatores, o Atlas da Violência adiciona mais um: parte das armas legalmente adquiridas são alvo de roubo ou extravio, abastecendo o mercado ilegal e, com o aumento da oferta, o preço dessas armas ilegais tende a baixar, tornando-as ainda mais acessíveis¹⁹.

2.3 Uso de álcool

A ocorrência dos homicídios em contextos de uso de álcool também foi alvo desta pesquisa. Aqui, o esforço empreendido foi no sentido de captar a proporção de casos em que o homicídio se deu como decorrência de desentendimentos ocasionais surgidos em

¹⁵ WASELFSZ, J. J. **Mapa da violência 2013**: mortes matadas por armas de fogo, 2013.

¹⁶ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência 2019**.

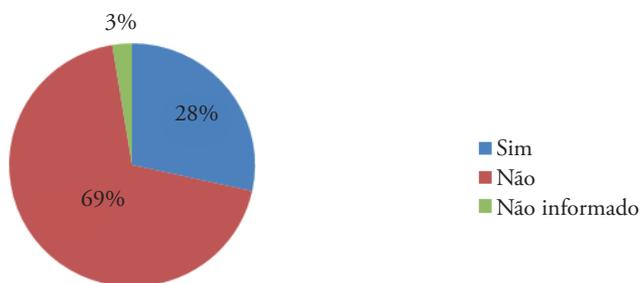
¹⁷ *Ibid.*, 52-54.

¹⁸ INSTITUTO SOU DA PAZ. **Onde mora a impunidade?**, 2017.

¹⁹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Op. Cit.*

contexto de uso de álcool (bares, festas populares, reuniões em casa etc., onde relatado que as pessoas envolvidas no crime estavam ingerindo álcool), bem como do estado de embriaguez do réu e/ou da vítima. Nesse ponto, constatou-se que 28% dos homicídios se deram em uma das hipóteses consideradas como contexto de uso de álcool, contra 69% em que essa influência não foi constatada.

Gráfico 4 – Crimes praticados em contexto de uso de álcool (Campina Grande, 2001-2010)



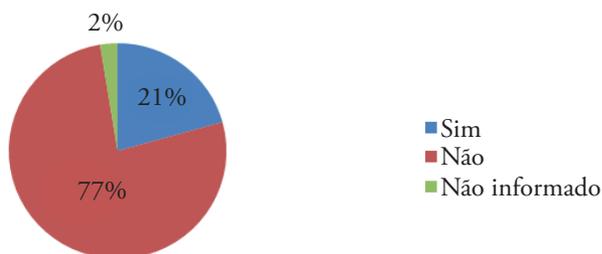
Fonte: Processos do 1.º Tribunal do Júri de Campina Grande.

2.4 Uso/tráfico de drogas

Quanto à relação entre a violência homicida e o uso e/ou tráfico de drogas, é importante esclarecer que, durante a exploração inicial do *corpus* da pesquisa, foram realizadas entrevistas breves e informais com alguns profissionais que mantinham contato permanente e direto com os processos, sendo eles o juiz Bartolomeu Lima Filho, o promotor Marcos Leite, o defensor público Milton Aurélio e os servidores da vara do 1.º Tribunal do Júri de Campina Grande. Ao serem perguntados sobre quais seriam as principais razões pelas quais os homicídios processados na vara teriam sido praticados, todos eles convergiram ao asseverar que as drogas, seguidas pelo uso de álcool, seriam o motivo mais recorrente nos crimes.

Porém, na amostra selecionada, verificou-se que a relação com o uso e/ou tráfico de drogas existe em 24 (21%) casos, estando ausente em 89 (77%) deles. No levantamento desta variável, foi considerada a existência de relação com uso/tráfico de drogas, para o réu, quando ele próprio afirmava ser usuário ou traficante ou, ainda, já ter sido envolvido em algum processo ou prisão por crime relacionado a drogas. Para as vítimas, considerou-se existente essa relação, nos casos de homicídios tentados, quando elas o admitiam ou, nos crimes consumados, quando algum documento no processo apontava que a vítima já tinha sido presa ou processada por um dos crimes previstos na Lei de Drogas ou quando alguma testemunha (geralmente amigo, parente ou companheira) informava que o falecido usava ou traficava entorpecentes.

Gráfico 5 – Crimes relacionados ao uso e/ou tráfico de drogas (Campina Grande, 2001-2010)



Fonte: Processos do 1.º Tribunal do Júri de Campina Grande.

Com efeito, como constatado por Estellita *et al.*²⁰, o envolvimento com drogas não figura como a principal razão para a ocorrência e para a implicação dos sujeitos nos homicídios, sendo relativamente maior o número de crimes atribuídos a vinganças pessoais, violência doméstica e motivos banais. No mesmo sentido, o Conselho Nacional do Ministério Público, ao lançar a campanha “Conte até 10”, considerada pelo próprio órgão como uma campanha de preservação da vida, estimou que, entre 2011 e 2012, de 25% a 80% dos homicídios no Brasil foram praticados por impulso ou motivo fútil, afirmando que:

O quadro de banalização da violência no país é extremamente preocupante. Grande parte dos homicídios – os crimes de efeitos mais graves, porque são praticados contra a vida – poderiam ser evitados com um pouco mais de reflexão sobre a gravidade do ato e das suas consequências²¹.

Assim, retomando uma vez mais o que argumentado por Waiselfisz, ao contrário do que pregado pela mídia e por setores ligados à Segurança Pública, as altas taxas de homicídios no país não se devem imediatamente às estruturas do crime (e mais especificamente à droga), relacionando-se mais estreitamente com uma cultura em que a violência letal é tida como uma forma de resolver discussões, problemas domésticos, brigas cotidianas (desavenças entre vizinhos, por exemplo) ou de dar vazão a impulsos²². Ainda segundo o autor, atribuir à vítima do crime a pecha de marginal, drogado ou traficante contribui para operar um esquema de naturalização e aceitação da violência, o qual tem como um de seus mecanismos a culpabilização da vítima, de modo a justificar a violência que lhe foi dirigida. Indo além em sua teorização, conclui o cientista social:

Dessa forma, uma determinada dose de violência – que varia de acordo com a época, o grupo social e o local – torna-se aceita e até necessária, inclusive por aquelas pessoas e instituições que teriam a obrigação e responsabilidade de protegê-los.

²⁰ ESTELLITA, H; FERREIRA, C. C.; MATSUDA, F. E. **O homicídio em três cidades brasileiras**, 2012.

²¹ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Conte até 10**: motivação dos crimes de homicídios, 2012.

²² WAISELFISZ, J. J. **Mapa da violência 2013**: mortes matadas por armas de fogo, 2013, p. 53.

Nesse sentido, nos aproximamos do conceito de *violência estrutural*, formulada por diversos autores, retomada e aprofundada no Brasil especialmente por Cecília Minayo e Edenilson de Souza. Parece mais adequado denominá-la *violência estruturante*, que estabelece os limites culturalmente permitidos e tolerados de violência por parte dos indivíduos e instituições: a sociedade civil ou do estado; tolerância que *naturaliza* e até justifica a necessidade de uma determinada dose de violência silenciosa e difusa com os setores vulneráveis da sociedade²³.

2.5 Pluralidade de autores

A pluralidade de autores do homicídio também foi objeto de exame. Inicialmente, a intenção era verificar o percentual de casos em que o crime tinha sido praticado por uma associação criminosa de pelo menos três pessoas²⁴. No entanto, a busca por esses dados terminou sendo frustrada em razão do grande número de casos em que a ação penal é ajuizada apenas contra um ou dois réus e, na descrição dos fatos, é afirmado que, embora tenham sido três ou mais os autores do delito, a investigação policial não havia conseguido proceder à identificação de todos os sujeitos.

Com efeito, afirmar que o crime foi ato de uma quadrilha pressupõe algum conhecimento sobre a natureza das relações existentes entre os sujeitos que o cometeram, de modo que seja possível analisar se eles mantinham entre si uma associação com alguma estabilidade ou se, ao contrário, vieram a unir seus esforços apenas para a prática de um homicídio pontual. Por isso, a variável que foi possível levantar neste trabalho se cinge apenas à existência de informação (no processo) sobre a indicação de três ou mais autores do crime, ainda que nem todos tenham sido identificados durante a investigação policial.

Uma vez esclarecido isso, tem-se que o número de crimes praticados por três ou mais sujeitos foi de 22 (19%), em face de 94 (81%) processos em que o ato decorreu da ação de até duas pessoas. Nesses números, vê-se que a larga maioria dos crimes teve sua prática atribuída a uma ou duas pessoas apenas, assim que, para ocorrência dos homicídios em Campina Grande, durante o período analisado, não se mostrou significativa ou decisiva a atuação de agrupamentos de sujeitos, seja numa comunhão esporádica de esforços para a prática de um único crime, seja em formações que eventualmente ostentem as características de associações criminosas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na lacuna aberta pela falta de canais institucionais de mediações sociais, o fenômeno violento encontra terreno fértil, alçando-se a violência ao patamar de uma categoria central para analisar a sociedade contemporânea.

²³ *Id.* **Mapa da violência 2013**: homicídios e juventude no Brasil. Brasília, 2013, p. 98

²⁴ Até agosto de 2013, o crime de quadrilha ou bando estava previsto no artigo 288 do Código Penal, e para sua configuração se exigia o número mínimo de 4 pessoas associadas para o fim de cometer crimes. Depois de agosto de 2013, o crime mudou de nome, passando a ser intitulado “associação criminosa”, e tendo como requisito a associação entre pelo menos 3 pessoas com o fim específico de cometer crimes.

Como se expôs ao longo deste trabalho, em Campina Grande, o padrão da violência delineado a partir dos processos do tribunal do júri da comarca mostra que o homicídio é uma grave manifestação do fenômeno violento que envolve pessoas cujos locais de residência se concentram em alguns bairros da cidade, sobretudo da Zona Oeste.

Ademais, a constatação de que os bairros onde mora a maior parte de réus e vítimas também são aqueles onde mais ocorrem os homicídios indica a relevância dessa distribuição espacial dos assassinatos. Por outro lado, os crimes derivam de um amplo acesso a armas de fogo e, em algumas ocasiões (e não na maior parte delas, como sugere o senso comum), relacionam-se a contextos de uso de álcool e à dinâmica do tráfico e uso de drogas.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, G. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- ARENDT, H. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 ago 2019.
- _____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 dez. 1940. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 ago. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Conte até 10: motivação dos crimes de homicídios**. Brasília, DF: MP, 2012. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2012/Apresentao2.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2017.
- ESTELLITA, H; FERREIRA, C. C.; MATSUDA, F. E. **O homicídio em três cidades brasileiras**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18671/CPJA_Estellita%3B%20Ferreira%3B%20Matsuda.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 5 jul. 2020.
- GELAPE, L. Saúde e violência são os principais problemas para os eleitores brasileiros, segundo Datafolha. **Portal G1**, Rio de Janeiro, 11 set. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/09/11/saude-e-violencia-sao-os-principais-problemas-para-os-eleitores-brasileiros-segundo-datafolha.ghtml>>. Acesso em: 7 jan. 2020.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência 2019**. Brasília, DF: Ipea, 2020. Disponível em: <encurtador.com.br/hwJK3>. Acesso em: 8 jul. 2020.
- INSTITUTO SOU DA PAZ. **Onde mora a impunidade?** São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2017. Disponível em: <http://www.soudapaz.org/upload/pdf/index_isdp_web.pdf>. Acesso em: 3 set. 2018.
- LATIN AMERICAN PUBLIC OPINION PROJECT. **O medo de ser assassinado na América Latina**. São Paulo: Lapop, 2017. Disponível em: <<https://igarape.org.br/temas/seguranca-cidada/instinto-de-vida/>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. **Os condenados da cidade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005

WAISELFISZ, J. J. **Mapa da violência 2010: anatomia dos homicídios no Brasil**. São Paulo: Instituto Sangari, 2010. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

_____. **Mapa da violência 2013: mortes matadas por armas de fogo**. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos, 2013. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

WIEVIORKA, M. Violência hoje. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 1147-1153, 2007. Suplemento.

ZAFFARONI, E. R. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RESENHAS

REVIEW

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA. A CRUEL PEDAGOGIA DO VÍRUS. SÃO PAULO: BOITEMPO, 2020, P. 35.

Por Leticia de Menezes Batista

*Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina
Estagiária de Pós-Graduação da Defensoria Pública do Estado do Paraná- Sede de Londrina.*

“A Cruel Pedagogia do Vírus” é um ensaio elaborado pelo consagrado sociólogo português Boaventura de Souza Santos, professor catedrático jubilado da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, publicado em abril de 2020, pela editora Boitempo.

A obra é composta por cinco capítulos e se propõe a discorrer sobre os ensinamentos da crise sanitária mundial do Coronavírus, a partir de uma análise crítica sociológica, que explica ao leitor as causas do atual momento vivenciado pela humanidade, bem como dos aprendizados a serem extraídos deste contexto.

Em abertura, no denominado capítulo “Vírus: tudo que é sólido se desfaz no ar”, o autor inicia sua reflexão a partir do questionamento advindo das ciências sociais sobre a precisão em definir se a verdade e a qualidade das instituições são aferíveis, da melhor forma, em tempos de crise ou de normalidade, concluindo que ambas as situações são potencialidades de conhecimentos.

Parte-se do pressuposto de que a atual pandemia está inserida em uma sociedade demarcada por crises preexistentes, desde a década de 1980, com a imposição da lógica neoliberal, a versão dominante do capitalismo. O autor aduz que, no sentido etimológico, a crise é excepcional e passageira, e abre horizontes para um melhor estado de coisas, porém quando passageira, impõe a reflexão sobre os fatores que a motivaram.

Em outro aspecto, quando a crise é permanente, tende a ser justificativa para o retrocesso na garantia de diversos direitos sociais. A título de exemplo, dado pelo autor, a atual crise econômica foi usada para explicar os cortes na políticas públicas nas áreas da saúde, educação e previdência social. É através desta intencional alienação que se obsta o conhecimento sobre as reais causas da crise, as quais objetivam legitimar a concentração de rendas e obstruir medidas contra o desastre ambiental.

Pela elasticidade do tecido social, o autor compreende que só não há alternativas, pois o sistema político democrático foi induzido a deixar de discutir as alternativas. Neste sentido, a pandemia recrudescer as desigualdades decorrentes de um sistema que deturba o claro entendimento dos problemas sociais e instaura a falsa sensação de “comunhão planetária” na vivência da pandemia.

Certo é que algumas lições, segundo Boaventura, podem ser extraídas das quedas drásticas da poluição atmosférica, bem como pela constatação de que em países democráticos, devido à circulação de informações, as epidemias tendem a ser menos letais, apesar das violações decorrentes das Fake News.

Nesse sentido, Boaventura menciona que imaginar novas soluções democráticas, requer a diversificação da participação das comunidades e da educação emancipadora, à luz da solidariedade, um desafio à humanidade individualista, que se acostumou a falar em direitos fundamentais, mas não em deveres fundamentais para com o social.

Nesta toada, a sociologia das ausências explica que as zonas de vulnerabilidade multiplicam-se, e é sob esta perspectiva, que autor inicia o segundo capítulo, “A trágica transparência do vírus”, sob à afirmação de que pandemia se insere em contexto de abandono dos cidadãos, encerrados em seus cotidianos, à margem da política, também encerrada nas aspirações do mercado, o “megacidadão”.

Tal qual uma alegoria, Boaventura explica que a pandemia se instaura no âmbito social como deus e os mercados, dos quais só se salvam os mais fortes, os mais santos, os mais jovens e os mais ricos.

Nesta estrutura, erige-se os três modos de dominação principais, presentes desde o século XVII - o capitalismo, o colonialismo e o patriarcado - indissociáveis e imperceptíveis na forma como se articulam e se perpetuam.

Esta normalização, educa e doutrina os seres humanos, constantemente, e sobrevive, apesar das contradições, conforme as palavras de Boaventura **“Todos os seres humanos são iguais (afirma o capitalismo); mas, como há diferenças naturais entre eles, a igualdade entre os inferiores não pode coincidir com a igualdade entre os superiores (afirmam o colonialismo e o patriarcado)”**¹.

Adiante, reitera as artimanhas do capitalismo altamente adaptável, assim como o colonialismo, transmutado em neocolonialismo, imperialismo, dependência e racismo. Já o patriarcado repousa vivo na falsa percepção de que os revolucionários progressos feministas foram suficientes a extingui-lo, quando subsistem e crescem, exponencialmente, os casos de violência doméstica, a discriminação sexistas e o feminicídio.

Contudo, os três poderes todo-poderosos, expõe a verdade sobre a qual se constituem, de forma visível e cruel, nas palavras do autor, através da escandalosa concentração de rendas, pela extrema desigualdade social e pela destruição da vida no planeta. Desta forma, Boaventura alerta como será o trajeto da humanidade, caso continue a preservá-los como todo-poderosos.

Em encerramento ao segundo capítulo, o autor ressalta como a excepcionalidade da exceção requer novos posicionamentos dos intelectuais, pois, como aconteceu com os políticos, cingiram-se em seus próprios espaços institucionais, para problematizar divergências ideológicas dissociadas das necessidades dos cidadãos, e é desta forma, que, segundo o autor, “escrevem sobre o mundo, mas não com o mundo”².

É por essa razão que Boaventura defende que o tempo dos intelectuais de vanguarda acabou, os quais devem reconhecer-se como intelectuais de retaguarda, dispostos a conhecer

¹ SANTOS, B. S. *A cruel pedagogia do vírus*, 2020, p. 12.

² SANTOS, B. S. *A cruel pedagogia do vírus*, 2020, p. 13.

e discorrer sobre às populações marginalizadas em suas demandas vitais. Do contrário, estes cidadãos indefesos não terão a quem recorrer, senão aos que, por interesses próprios, estão predispostos a compreendê-los, como os pastores evangélicos conservadores, apolo-gistas da dominação capitalista, colonialista e patriarcal.

Na sequência, o capítulo 3, “A sul da quarentena”, o autor inicia sob a premissa de que qualquer quarentena é sempre discriminatória e agrava a vulnerabilidade preexistente de muitos grupos, denominados de Sul, um espaço-tempo político, social e cultural, demar-cado pelos três poderes todo-poderosos.

Assim, o autor propõe a análise da quarentena, através perspectiva de cada um dos grupos sociais que mais sofrem com as formas de dominação, iniciando pelas mulheres, as cuida-doras do mundo, atuantes na linha de frente do combate ao Coronavírus, sobrecarregadas pelo trabalho doméstico, e também vitimadas pela violência doméstica que apresenta números crescentes.

Boaventura menciona o grupo dos trabalhadores precários, informais, ditos autônomos, que sofrem há quarenta anos com o retrocesso em seus direitos, em tempos de crise eco-nômica, rapidamente despedidos. Ressalta que, em um contexto social de informalidade, as orientações da OMS para o autoisolamento social não são praticáveis, por obrigarem o trabalhador a escolher entre comer ou ficar em casa passando fome.

Neste grupo, os trabalhadores de rua, cuja subsistência depende da circulação de pessoas, também são diretamente atingidos, como os uberizados da economia informal, igu-almente desprotegidos.

Noutro grupo marginalizado, encontra-se a população de rua, os moradores das periferias pobres da cidade e favelas, habitam as cidades sem direito à cidade, sem condições urbanas pelo direito à cidade, propondo, o autor, a seguinte indagação “É possível o autoisola-mento num contexto permanente de hétero-isolamento imposto pelo Estado?”³, tendo em vista que a vigente emergência sanitária soma-se a muitas emergências preexistentes.

Há também o grupo dos imigrantes indocumentados, refugiados ou populações desloca-das internamente, que, segundo dados da ONU, são 70 milhões de pessoas, em situação permanente de quarentena, que são mortos por doenças para as quais já existem remédios.

Menciona-se, ainda, os grupos de deficientes, vítimas do capacitismo, discriminados pela sociedade, diante das barreiras ao acesso à mobilidade e ao desfrute da sociedade em con-dições igualitárias. Considerando este contexto, o autor propõe novas indagações “Como viverão a nova quarentena, sobretudo quando dependem de quem tem de violar a qua-rentena para lhes prestar alguma ajuda? Como já há muito se habituaram a viver em con-dições de algum confinamento, sentir-se-ão agora mais livres que os «não-deficientes» ou mais iguais a eles? Verão tristemente na nova quarentena alguma justiça social?”⁴.

³ SANTOS, B. S. **A cruel pedagogia do vírus**, 2020, p. 18.

⁴ SANTOS, B. S. **A cruel pedagogia do vírus**, 2020, p. 20.

O último grupo vulnerável mencionado por Boaventura de Souza Santos é o grupo dos idosos, depositados em lares, casas de repouso e asilos, possíveis zonas de alto risco de contaminação, isolados pelos familiares.

Na conclusão do capítulo, o autor reconhece que as vulnerabilidades dos que estão em quarentena no Sul, compreendida como os grupos marginalizados, são inúmeras, havendo as pessoas presas e com problemas de saúde mental a serem consideradas.

Nesta conjuntura da pandemia, todas as vulnerabilidades acabam por expor o incremento da injustiça, discriminação, exclusão social e os sofrimentos impostos a estas populações, ainda mais invisibilizadas pelo pânico social.

Apesar deste contexto cruel, Boaventura, no capítulo 4, “A intensa pedagogia do vírus: as primeiras lições”, demonstra o que pode ser extraído como aprendizado da pandemia, em resposta aos questionamentos iniciais, as quais ensejam uma análise mais detida.

Na lição 1, denominada “O tempo político e mediático condiciona o modo como a sociedade contemporânea se apercebe dos riscos que corre”, Boaventura destaca que as crises graves de progressão lenta tendem a ser despercebidas, como a poluição atmosférica, que mata anualmente 7 milhões de pessoas, segundo dados da Organização Mundial da Saúde.

Por outro lado, as crises agudas e graves, como a pandemia do Coronavírus, com letalidade alta, suscitam respostas rápidas e mobilizam os poderes políticos a resolverem as consequências da crise, em detrimento de suas causas.

Todavia, o autor ressalta que a crise da pandemia é passível de controle e reversão, mas a crise ecológica apenas pode ser mitigada, embora as duas crises estejam intimamente ligadas por um nexo de causalidade, em que a pandemia do coronavírus é a consequência de um modelo social imposto mundialmente desde o século XVII, caracterizado pela exploração ilimitada dos recursos naturais, a violar o próprio lugar da humanidade no planeta, condenada a sofrer pela destruição da Natureza.

Na lição 2, “As pandemias não matam tão indiscriminadamente quanto se julgam”, o autor traz a reflexão de que, apesar de menos discriminatória do que as violências contra trabalhadores empobrecidos, mulheres, trabalhadores precários, negros, indígenas, imigrantes, refugiados, sem abrigo, camponeses, idosos, etc., a pandemia discrimina tanto no que diz respeito à sua prevenção, expansão e mitigação.

Principalmente, considerando que a grande parte da população do mundo não está em condições de seguir as recomendações da Organização Mundial da Saúde, seja por habitarem espaços exíguos, poluídos, ou por serem obrigadas a trabalhar em condições de risco, presos em prisões ou campos de internamento, sem acesso à água e produtos de higiene.

A lição 3, “Enquanto modelo social, o capitalismo não tem futuro”, parte da constatação, segundo Boaventura, de que o neoliberalismo está desacreditado social e politicamente, em face das tragédias a que conduz a humanidade, podendo subsistir como modelo econômico de produção, mas não como a única lógica de ação da sociedade e do Estado.

Por colocar em plano secundário o serviço público, o capitalismo ignora os princípios da cidadania e dos direitos humanos, além de atribuir ao Estado as áreas que não geram lucro. Frisa-se que foi através desta mesma lógica que sobreveio a demonização dos serviços públicos, as ideias de Estado predador, ineficiente e corrupto, bem como a degradação de políticas sociais, a privatização e subfinanciamento do Estado.

Chega-se, agora, ao contexto caótico, no qual o Estado não tem a capacidade efetiva para responder à crise humanitária e as instituições financeiras incentivam os países a endividarem-se, sendo inevitável o pós-crise demarcado por políticas de austeridade e degradação dos serviços públicos, explica Boaventura.

Segundo o autor, o ciclo é formado pelas políticas neoliberais que continuarão a minar a capacidade do Estado e a deixar populações cada vez mais indefesas, e esse movimento se repetirá, pois outras pandemias estão por vir, até que se interrompa o próprio capitalismo.

A partir da lição 4, “A extrema-direita e a direita hiper-neoliberal ficam definitivamente (espera-se) descreditadas”, o autor explica que a extrema direita, articula-se pelo nacionalismo excludente, pela xenofobia, racismo, apologia ao Estado de exceção securitário, pelo ataque à ciência e à liberdade de expressão, bem como pelo discurso de ódio e pela fragilização dos instrumentos democráticos, o qual defende um Estado mínimo, mas pró-digo nos orçamentos militares.

Boaventura ressalta que esta extrema direita ocupa um espaço rotulado pelo fracasso dos governos de esquerda, que se entregaram à fábula do capitalismo de rosto humano. Em tempos de pandemia, falharam mais do que outros por ocultarem informações, descreditarem a comunidade científica, relativizarem as reais consequências da pandemia, além de valerem-se da crise como subterfúgio para tomada de decisões sem transparência. Assim, vale a transcrição literal das palavras de Boaventura de Souza Santos⁵.

Deram a entender que uma dose de darwinismo social seria benéfica: a eliminação de parte das populações que já não interessam à economia, nem como trabalhadores nem como consumidores, ou seja, populações descartáveis como se a economia pudesse prosperar sobre uma pilha de cadáveres ou de corpos desprovidos de qualquer rendimento. Os exemplos mais marcantes são a Inglaterra, os EUA, o Brasil, a Índia, as Filipinas e a Tailândia.

A lição 5, “O colonialismo e o patriarcado estão vivos e reforçam-se nos momentos de crise aguda”, inicia-se sob os dizeres de que as epidemias só são consideradas problemas globais graves, quando as populações mais ricas do norte global são atingidas, como ocorrido com a epidemia SIDA/AIDS. Nesse sentido, os corpos racializados e sexualizados são os mais vulneráveis, sobretudo pela discriminação a que estão submetidos.

Essa lição advém da compreensão de que a vulnerabilidade desses grupos aumentam, porque estão onde os cuidados com a saúde nunca chegam: favelas, periferias, aldeias, prisões, internamento de refugiados. Ademais, realizam as tarefas dos mais riscos, sem proteção, assim como cuidam da vida dos que possuem condições para se proteger.

⁵ SANTOS, B. S. **A cruel pedagogia do vírus**, 2020, p. 26.

A última lição, a lição 6, “O regresso do Estado e da comunidade”, Boaventura aduz que os últimos quarenta anos são marcados pela mercantilização da vida coletiva, das universidades públicas, das parcerias público-privadas, relegando-se às organizações de solidariedade social o comércio da filantropia.

Esta lição final demonstra como o capitalismo neoliberal, de maneira cruel, incapacitou o Estado em face da pandemia, ao fim da qual outras lições também serão ensinadas de maneira cruel, incumbindo aos seres humanos compreendê-las.

No último capítulo desta magnífica obra, denominado “O futuro começa hoje”, Boaventura de Souza Santos, em esperançosa conclusão, menciona que somos capazes de nos adaptarmos a novos modos de vida quando se faz necessário, sendo este o momento propício para refletirmos sobre novas formas de estar no mundo, em comunhão com as demais formas de vida, sobretudo, por representarmos apenas 0,01% da vida existente no planeta.

O autor conclui que pensar em alternativas ao atual modo de vida faz-se necessário, pois outras pandemias virão. É igualmente urgente que reflitamos sobre o retorno à “normalidade”, em face das desigualdades sociais, dos atrasos e cortes nos direitos sociais, bem como do Estado de exceção criado.

Questiona-se “haverá vontade de pensar em alternativas quando a alternativa que se busca é a normalidade que se tinha antes da quarentena? Pensar-se-á que esta normalidade foi a que conduziu à pandemia e conduzirá a outras no futuro?”⁶.

O autor ressalta que o contexto social anterior à pandemia foi demarcado por protestos massivos em muitos países contra as desigualdades sociais, a falta de proteção social e a corrupção, pressupondo que tais manifestações irão aumentar em proporções diretas ao aumento da pobreza já esperada.

Ressalta-se que já se vivia em quarenta política, cultural e ideológica de um capitalismo fechado, marcado por discriminações raciais e sexuais.

Esta quarentena, dentro de outra quarentena, é apenas uma das quarentenas futuras, pois as outras formas de vida já estão a se defender das agressões humanas.

Em início, este cenário levará os governantes a se valerem da repressão de forma a que a população se habitue às novas condições.

Dessa forma, Boaventura de Souza Santos conclui que somente com uma nova aliança entre os processos políticos e civilizatórios, outrora perdida pela (des)ordem capitalista, poderia a humanidade despertar para o senso de humildade, de maneira a se perceber como apenas uma das formas de vida que habita o planeta, a casa comum.

E, finalmente, nas palavras do ilustre autor, “quando formos capazes de superar essa quarentena, estaremos mais livres das quarentenas provocadas por pandemias”.

⁶ SANTOS, B. S. **A cruel pedagogia do vírus**, 2020, p. 30.

A pequena obra, composta por 35 páginas, através do raciocínio crítico, sensível e extremamente qualificado de Boaventura de Souza Santos, pontua os principais aspectos da crise sanitária vigente, a chamada crise preexistente, cruel em essência, pelos modos de dominação impostos- o capitalismo, o patriarcado e colonialismo- atento às vulnerabilidades também preexistentes, silenciadas, violadas em seus direitos e marginalizadas.

Há de se ressaltar as soluções propostas pelo autor, consistentes na aproximação das instituições democráticas com a população vulnerabilizada, através da garantia de acessibilidade aos saberes acadêmicos e científicos, de forma a influir na adoção de novos hábitos, novas alternativas, em comunhão as outras formas de vida terrestre.

À luz destes ensinamentos, afere-se que a Defensoria Pública é a instituição pública constitucionalmente incumbida e capacitada a trazer coesão, consciência e promover voz à população marginalizada no “sul global”, como mulheres, refugiados, trabalhadores, negros, indígenas, deficientes, populações de rua, população carcerária, crianças e adolescentes, idoso e etc.

Essa conscientização concretiza-se, sobretudo, por meio da educação em direitos humanos, de forma a reduzir as desigualdades sociais e estabelecer a aliança entre os processos políticos e civilizatórios.

BOAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS

GOOD INSTITUTIONAL PRACTICES

CONEXÃO VIRTUAL: UMA ANÁLISE ACERCA DO PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO ON-LINE DESENVOLVIDO EM PROJETOS DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES

VIRTUAL CONNECTION: NA ANALYSIS ABOUT THE ON-LINE MEDIATION PROCEDURE DEVELOPED IN FAMILY CONFLICT MEDIATION PROJECTS

Thais Silva Araújo de Amorim Coelho

*Bacharel em Direito pela Faculdade Luciano Feijão (FLF)
Advogada e mediadora de conflitos familiares certificada
pelo NUPEMEC - TJ/CE, atuando no Projeto Laços de Família*

Maria Izabelly Moraes da Silva

*Bacharel em psicologia pela Faculdade Luciano Feijão (FLF)
Psicóloga especialista em saúde mental e mediadora extrajudicial no
Projeto Laços de Família*

Cláudia dos Santos Costa

*Mestre em Gestão Pública
Doutoranda em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - ES
Assistente social e advogada especialista em direito de família e sucessões*

INTRODUÇÃO

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 11 de março de 2020, que o planeta vivencia uma pandemia, em razão da grande propagação do vírus *Sars-CoV-2* (COVID-19)¹. Neste contexto, a mediação realizada por meio da internet ou por meio de outra forma de comunicação que permita a negociação à distância, caso haja concordância entre as partes, já prevista desde 2015 no artigo 46² da Lei de Mediação³, tornou-se usual e conseqüentemente, uma realidade no ano de 2020.

Deveras, em razão da pandemia em comento, resta imprescindível a busca e o aperfeiçoamento de mecanismos que possibilitem a promoção do diálogo, a pacificação social e conseqüentemente a conexão entre pessoas.

Neste sentido, sob a ótica de Cappelletti e Garth⁴ as partes envolvidas em determinado litígio devem ser consideradas, de modo a observar o relacionamento entre elas existente.

¹ Informação extraída de notícia publicada no site da Universidade Aberta do Sistema Único de Saúde. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>>. Acesso em 11 de junho de 2020.

² Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.

³ Trata-se da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

⁴ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**, 1988, p. 72.

Deveras, defendem que os mecanismos que prezem por interferir de maneira apaziguadora, sem manter o foco em posições adversariais, seriam os mais consentâneos no que é referente ao acondicionamento dos relacionamentos.

Destarte, ao se indicar a preservação dos relacionamentos como objeto de suma importância na seara dos conflitos, improvável não ocorrer a associação imediata dessa premissa com a ideia de **laços familiares**. Em verdade, a família é o exemplo mais genuíno de vínculo duradouro que prima pela preservação e continuidade do **laço**, seja este oriundo da afetividade ou da consaguinidade, não cabendo, todavia, conceituação imutável desse instituto, consoante bem indica Hironaka⁵, eis que as famílias “sempre foram um “vir a ser””.

Assim, diante das inimagináveis possibilidades de conexão entre pessoas de uma família, imperioso destacar a multiplicidade de dissentimentos que podem vir a ocorrer no cotidiano, sejam estes provenientes de questões afetivas ou materiais, por exemplo.

Desse modo, voltando-se para disseminação da importância do diálogo, dos métodos consensuais de resolução de conflitos no âmbito familiar, e de igual maneira, atuando com a devida observância do afeto que norteia os relacionamentos que são alvos de atendimento, o “Projeto Laços de Família: Conhecer para amar”, proveniente de uma parceria da Defensoria Pública do Estado do Ceará com Centro Universitário Instituto Superior de Tecnologia Aplicada (UNINTA), atua, há aproximadamente 5 anos, exclusivamente com a mediação de demandas familiares.

O referido projeto, com sede em Sobral, no Estado do Ceará, tem direcionado esforços no sentido de adaptar o fluxo de atendimento presencial da instituição para a modalidade *online*. Assim, visa dar continuidade à missão pretendida: reatar **laços** familiares e conectar pessoas, porém, no presente momento, de modo virtual. Dessa maneira, as pessoas que têm necessitado de atendimento poderão obtê-lo remotamente, sendo oportunizada, portanto, a realização de sessões de mediação *on-line*.

Logo, o presente trabalho científico tem por objetivo descrever o procedimento de mediação virtual desenvolvido pelo Projeto Laços de Família. Especificamente, serão indicadas as fases do atendimento remoto, as benéncias e desafios do procedimento na modalidade virtual, bem como os resultados obtidos através das mediações *on-line* realizadas no período de maio e junho do corrente ano, período imediatamente posterior ao reconhecimento do estado de calamidade pública no estado do Ceará pelo Governo Federal.⁶

1. ATUAÇÃO DO PROJETO LAÇOS DE FAMÍLIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Em 16 de março de 2020, o poder executivo da cidade de Sobral, no Estado do Ceará, decretou estado de emergência no âmbito do aludido município, bem como fixou medidas

⁵ Hironaka (2008, p.54, apud DIAS, 2020, p.48)

⁶ O Governo Federal reconheceu estado de calamidade pública em todo o estado do Ceará através da portaria nº 1.237, publicada em 30 de abril de 2020, no diário oficial da união.

de enfrentamento ao *Sars-CoV-2*, através do decreto nº 2.371⁷. Diante dessas circunstâncias, o projeto Laços de Família, sediado em Sobral, suspendeu as atividades presenciais e iniciou o planejamento de suas práticas direcionadas para o período seguinte, com o escopo de evitar que os usuários dos serviços do projeto ficassem desassistidos, em potencial aqueles que aguardavam pela ocorrência de mediação previamente agendada.

Assim, a instituição, a partir da data supracitada, deu início à realização de contato telefônico com os assistidos que estavam aguardando atendimento, remarcando-o para o mês subsequente. Todavia, em 31 de março, conforme boletim epidemiológico disponibilizado pela Secretaria de Saúde do Município⁸, Sobral possuía 5 casos confirmados de pessoas infectadas pelo COVID-19 e 299 suspeitos. Isto posto, com o aumento constante do número de casos, o município seguia em estado de emergência e conseqüentemente, a coordenação do Laços de Família decidiu por realizar estudos acerca dos métodos que poderiam ser utilizados para manter os atendimentos do projeto, entretanto, de maneira remota.

De fato, no mês de abril as atividades foram centralizadas em ligações telefônicas para informar a suspensão de atividades presenciais por tempo indeterminado, bem como para realizar o acompanhamento das demandas, de modo a verificar cumprimento de acordos pretéritos e averiguar o surgimento de novos conflitos e demandas.

Outrossim, relevante mencionar que ainda em abril foi desenvolvida metodologia de atendimento *on-line* no que tange às mediações. Dessa forma, através da defensora pública atuante no projeto, o fluxo de atendimento presencial foi adaptado para a modalidade virtual, e assim, as mediadoras com atuação no Laços de Família receberam o devido treinamento para dar início à realização do procedimento mediativo através de plataformas virtuais.

Ainda nestas circunstâncias, o aprimoramento do procedimento desenvolvido e a organização devida para atender as demandas, sem desconsiderar os princípios que regem a mediação de conflitos, tornaram-se imprescindíveis diante da publicação do decreto municipal nº 2.418⁹, datada de 07 de maio de 2020, o qual intensificou as medidas de distanciamento social por motivo da grande propagação do Coronavírus, instituindo o momento popularmente conhecido no Brasil como *lockdown*.

Dessarte, além de cautela e zelo necessários ao se desenvolver o procedimento virtual de mediação, inquestionável se fez maior divulgação que esse serviço estava sendo prestado pelo Laços de Família, de maneira que os assistidos e profissionais de áreas relacionadas, tais como serviço social, direito e psicologia, por exemplo, obtivessem conhecimento da prestação desse serviço inovador na cidade. Assim, a por meio da supervisão da Defensoria Pública de Sobral, e de igual maneira, da coordenação do projeto Laços de Família, fora promovido o “Webinário de mediações *on-line* – Relatos de experiências”¹⁰

⁷ Decreto nº 2.371, publicado em 16 de março de 2020 no diário oficial do município de Sobral- Estado do Ceará.

⁸ Boletim epidemiológico diário do município está disponível em: < <http://www.sobral.ce.gov.br/informes/principais/boletim-covid-19-em-sobral>>. Acesso em 13 de junho de 2020.

⁹ Decreto nº 2.418, publicado em 07 de maio de 2020 no diário oficial do município de Sobral- Estado do Ceará.

¹⁰ Evento noticiado em: < <http://www.defensoria.ce.def.br/noticia/mediacoes-on-line-do-nusol-e-projetolacos-de-familia-chegam-a-95-de-acordos-em-sobral/>>. Acesso em 14 de junho de 2020.

através da plataforma zoom, em 28 de maio, o que, irrefutavelmente influenciou no aumento das demandas remotas do projeto no mês de junho. Em verdade, houve aumento de 31,08% no número de atendimentos realizados com relação ao mês de maio, quando se iniciou o procedimento¹¹.

Por conseguinte, a mediação virtual tem funcionado durante o isolamento social como importante instrumento pacificador, atuando na manutenção de vínculos afetados e no desenlace de conflitos potencializados no contexto de isolamento, como os casos de guarda e convivência de menores com o pais e nas demandas que envolvem pensão alimentícia, haja vista que a renda mensal de muitos alimentantes encontra-se afetada pelos prejuízos sofridos pela economia brasileira nesse período, através do aumento no desemprego, conforme pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹².

2. DESCRIÇÃO DO PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO *ON-LINE*

Inicialmente, antes de adentrar às minúcias pertinentes ao procedimento de mediação virtual desenvolvido pela equipe multidisciplinar do projeto Laços de Família e consequentemente validado pela coordenação deste, faz-se imprescindível indicar a gênese das demandas acolhidas no período objeto de estudo, isto é, maio e junho do corrente ano.

Assim, neste cenário, as demandas atendidas podem ser provenientes de:

1. Casos já em trâmite no projeto em período anterior à declaração do estado de pandemia pela OMS, cujas mediações presenciais estavam previstas para os meses subsequentes;
2. Novas demandas espontâneas, surgidas através de contato telefônico dos assistidos¹³ com o projeto, já no momento de isolamento social;

¹¹ Comparação de dados realizada através das estatísticas de maio e junho do Projeto Laços de Família com relação ao número de atendimentos realizados. As estatísticas foram fornecidas pela coordenação administrativa do projeto.

¹² Conforme pesquisa realizada pelo IBGE, no primeiro trimestre do ano de 2020 houve aumento de 12,2% do nível de desemprego no Brasil. Pesquisa disponível em: < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27535-desemprego-sobe-para-12-2-e-atinge-12-9-milhoes-de-pessoas-no-1-trimestre>>. Acesso em 14 de junho de 2020.

¹³ Refere-se aos usuários dos serviços do Projeto Laços de Família. Optou-se pela utilização do aludido termo por ser este o utilizado na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei complementar nº 80/94) para se referir aos que recebem assistência jurídica da Defensoria Pública em razões de vulnerabilidade de ordem econômica e/ou jurídico-social. A legislação indicada encontra-se disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm#:~:text=Art.,considerados%20na%20forma%20da%20lei.>. Acesso em 12 de junho de 2020.

Desse modo, no acolhimento das demandas apresentadas, as quais necessariamente devem ser de cunho familiar¹⁴, é feito o levantamento de informações necessárias no que tange ao caso concreto em si, bem como são providenciadas explicações didáticas acerca do conceito de mediação, da figura do mediador de conflitos e do modo que as mediações têm sido realizadas no decorrer do período de isolamento social. Sucessivamente, é explorado, ainda no momento de acolhimento, se existe a possibilidade de participação dos interessados através dos meios remotos, eis que para participar de uma sessão de mediação *on-line* é indispensável que os mediandos tenham acesso à internet e a um celular ou a um computador, ambos com câmera.

Superada a fase de acolhimento da pessoa que buscou o projeto, sequentemente é providenciado contato, preferencialmente através de ligação, com a pessoa convidada¹⁵ a participar do procedimento. Neste contexto, havendo êxito ao contatar com esta segunda pessoa, é, de igual maneira que no acolhimento da demanda, explanada a dinâmica do procedimento, devendo ser questionado, ao final, se a pessoa aceita participar do procedimento mediativo, bem como se haveria possibilidade estrutural para tanto.

Assim, havendo triunfo sobre a possibilidade de participação e a concordância verbal dos envolvidos acerca da mediação virtual, é criado um grupo no aplicativo *WhatsApp*, o qual terá como participantes o mediador de conflito familiares do projeto Laços de Família, a pessoa que o buscou para atendimento, bem como seu convidado.

Neste contexto, através do aplicativo já indicado é coletada a anuência por escrito¹⁶ dos participantes e, seguidamente, o mediador solicita a estes que enviem ao grupo formado uma imagem nítida de documento de identificação com foto com o intuito de confirmar a identidade destes assistidos. Após a devida confirmação de identidade, o mediador passa a requerer foto de outros documentos atinentes à demanda, tais como certidão de casamento, certidão de nascimento de filhos menores, dentre outros, a depender da demanda que será tratada.

Ocorrendo os envios necessários através de fotografia, o mediador agenda o dia e a hora em que irá ocorrer a mediação, bem como envia um arquivo que contém orientações por

¹⁴ Atualmente, o projeto Laços de Família realiza atendimentos voltados para as demandas de divórcio, dissolução de união estável, reconhecimento de paternidade/maternidade (vínculo biológico ou afetivo), regularização de guarda de menores, regularização de convivência (visitas) de menores com os pais ou outros familiares, fixação, revisão e exoneração de alimentos, bem como promove o diálogo acerca de negociações referentes a débito alimentar proveniente de atraso no pagamento de pensão alimentícia fixada judicialmente ou acordada em título executivo extrajudicial;

¹⁵ Na mediação desenvolvida no projeto Laços de Família utiliza-se a nomenclatura “assistidos” para os participantes da mediação, mas especificamente no que é referente à pessoa que será convidada a participar do procedimento de mediação extrajudicial atribui-se a nomenclatura “convidado (a)”. De fato, a voluntariedade é um dos princípios que orientam a mediação extrajudicial de conflitos, de maneira que só é possível a participação no processo mediativo se assim quiserem, conforme bem ensina o Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça. Por tal argumento é que se utiliza a nomenclatura indicada, eis que, o contato com a pessoa de interesse da que passou pela fase de acolhimento será, indiscutivelmente, um convite.

¹⁶ A anuência é coletada através de mensagem escrita no grupo de *WhatsApp*, como por exemplo: “Aceito participar” ou “Quero participar”.

escrito acerca da mediação virtual¹⁷, o qual fixa, inclusive, o aplicativo que será realizado que será utilizado para a realização da videoconferência, momento em que ocorrerá o efetivo diálogo entre os mediandos. No caso do projeto Laços de Família, a plataforma escolhida para a realização da sessão de mediação é o *zoom*¹⁸.

Por ocorrência do dia e do horário previamente agendados com os mediandos, o mediador procede com o envio de link gerado pela plataforma utilizada, por meio do grupo do *WhatsApp*. Neste cenário, após o devido acesso dos participantes à videoconferência e a realização de teste de funcionamento do áudio e da imagem dos presentes, inicia-se a efetiva mediação em todas as suas fases.

Dessa forma, é realizada apresentação do mediador que presidirá a sessão e em seguida inicia-se a declaração de abertura, momento em que são reiterados princípios da mediação e a dinâmica na qual esta ocorrerá¹⁹. Consecutivamente, inicia-se o momento de fala de um dos participantes e ao fim desta procede-se com a escuta ativa do outro mediando.

Findo o momento de fala e concluído o esclarecimento dos pontos controvertidos da demanda, passa-se à construção de propostas, e, havendo consenso sobre os pontos desejados, o mediador finaliza a fase de negociação e empreende a confecção do termo de acordo.

Destarte, o aludido termo de acordo extrajudicial será lido, ainda em videoconferência, de maneira que os participantes sejam capazes de compreender todo o teor do que fora escrito e finalmente operem a anuência deste, o que funciona em substituição às assinaturas do termo de acordo que antes eram coletadas no atendimento presencial. Neste sentido, importante mencionar que o momento de leitura do acordo e a conseqüente anuência aos seus termos é gravada²⁰ pelo mediador, de maneira a confirmar a formalização do consenso de vontades através do diálogo promovido na mediação virtual.

Por fim, após a ratificação do acordo pela defensora pública atuante no projeto, o mediador realiza o envio do referido termo ao grupo de *WhatsApp* para que os mediandos tenham acesso ao documento originário da mediação. No mais, nesta ocasião o mediador também enviará o comprovante de protocolo do acordo extrajudicial nos sistemas atinentes ao poder judiciário local para fins de homologação judicial.

¹⁷ A carta de orientações reitera algumas características e princípios da mediação, tais como: imparcialidade, confidencialidade, autonomia de vontade das partes e igualdade entre estas, por exemplo. Ademais, são tecidos direcionamentos importantes acerca do local que cada mediando escolherá ficar no decorrer da sessão (importante que seja escolhido local sem barulhos externos ou frequente movimentação de terceiros), bem como sobre a importância de manter o aparelho escolhido (celular ou computador) com a carga necessária e de posicioná-lo de maneira a proporcionar visualização do rosto do mediando e a devida captação de voz.

¹⁸ O mediador realiza as orientações necessárias acerca da plataforma escolhida, bem como ressalta a importância de realizar a instalação antecipadamente com o escopo de evitar imprevistos e comprometer a realização da sessão de mediação.

¹⁹ Conforme Manual de Mediação do Conselho Nacional de Justiça, p. 108.

²⁰ O momento de negociação não é gravado pelo mediador em atenção ao princípio da confidencialidade, disposto no artigo 2º, inciso VII, da Lei de mediação. De fato, consoante prega o artigo 30, §1º, da mesma lei “O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação(...)”.

3. POSSIBILIDADES E DESAFIOS DA PRÁTICA DA MEDIAÇÃO *ON-LINE*

Diante dos casos atendidos pelo projeto Laços de Família que foram submetidos à mediação virtual nos meses de maio e junho é possível observar aspectos positivos da prática, sem ignorar, contudo, os desafios que se apresentam cotidianamente aos mediadores.

Com efeito, acerca do que é benéfico no procedimento em debate, primordial destacar a celeridade que os assistidos obtêm o acesso à mediação. Na prática, o projeto possui, atualmente, 4 mediadores, os quais, ao acolher uma demanda, prontamente já instauram o procedimento descrito no item anterior. Deveras, consoante informações fornecidas pela coordenação administrativa, o lapso temporal entre o acolhimento do assistido e a efetiva realização da sessão virtual de mediação pode ocorrer em até 2 dias úteis após ao primeiro contato com o projeto, aproximadamente, o que pode variar a depender da disponibilidade para participação dos próprios assistidos de determinado procedimento mediativo.

Ainda neste cenário, importante destacar as considerações da defensora pública Emanuela Vasconcelos Leite Costa²¹, supervisora do projeto Laços de Família e do Núcleo de Soluções Extrajudiciais (Nusol), em matéria divulgada no site da Defensoria Pública do Estado do Ceará, no que é referente à prestação das mediações virtuais realizadas neste período:

O meio virtual faz a gente ganhar tempo. E, se não tiver acordo, a gente logo em seguida entra com ação judicial. Ou seja: não há o que a pessoa perder se tentar a mediação. Mas claro que resolver extrajudicialmente é sempre o melhor caminho, especialmente em se tratando de demandas de família. [...]

Multidisciplinar, o Laços de Família também tem proporcionado aos seus mediados suporte psicológico e jurídico, tendo em vista que, nas atuais circunstâncias, a psicóloga, bem com a defensora pública atuantes no projeto têm acompanhado os assistidos através de videoconferência ou por meio de ligações, agendando sessões de atendimento ou orientação jurídica, respectivamente. No âmbito dos atendimentos jurídicos, 10,76% e 5,07% dos assistidos que receberam atendimento do projeto, em maio e em junho, necessariamente nesta ordem, solicitaram esclarecimentos na seara judicial.

Interessante pontuar que a mediação desenvolvida por meios remotos é capaz de romper com as barreiras geográficas, tendo em vista que possibilita a conexão e a comunicação intermediada pelo mediador entre pessoas que residem em cidades ou até mesmo estados distintos, sendo este um argumento para a utilização continuada da mediação *on-line* após o fim do isolamento social, nestas hipóteses.

Neste sentido, a assistida C.C.P buscou o projeto Laços de Família em maio com a intenção de ter um momento de diálogo, através da mediação, com o pai de sua filha, C.R, para tratar especificamente sobre a pensão alimentícia que estaria atrasada desde outubro

²¹ Considerações extraídas da matéria “Mediações online do Nusol e projeto Laços de Família chegam a 95% de acordos, em Sobral”, publicada em 26 de maio de 2020. Disponível em: < <http://www.defensoria.ce.def.br/noticia/mediacoes-on-line-do-nusol-e-projeto-lacos-de-familia-chegam-a-95-de-acordos-em-sobral/>>. Acesso em: 14 de junho de 2020.

de 2019. No momento de acolhimento realizado por contato telefônico, a assistida C.C.P relatou que residia em Aracatiçu, distrito de Sobral, e o genitor da criança residia na cidade de Meruoca, sendo tais localidades separadas por uma distância de 118 km²², aproximadamente. Além disso, informou que possuía apenas o contato telefônico do pai da criança e que já havia firmado, em momento anterior, acordo extrajudicial com o pai da criança e que solicitara cumprimento judicial da sentença homologatória do acordo, porém não havia obtido resultados deste procedimento até o momento em que havia resolvido buscar o Laços de Família.

Então, por meio da mediação virtual realizada no projeto foi possível reunir os pais da menor A.P.R e ambos tiveram a oportunidade de dialogar sobre os motivos pelos quais a pensão alimentícia estava em atraso, bem como de indicar as necessidades de criança. E como desfecho desta história, os genitores celebraram novo acordo extrajudicial, construído a partir de soluções por eles elaboradas. Seguidamente, em acompanhamento à demanda, C.C.P e C.R informaram estar satisfeitos com o diálogo oportunizado e que o novo termo de acordo está mais adequado às suas atuais necessidades, o que, portanto, tem possibilitado o fiel cumprimento de seus termos.

Em contrapartida, a prática inovadora em debate também encontra desafios diários. O maior deles é a exclusão digital e a falta de informação dos assistidos acerca dos recursos tecnológicos utilizados na mediação *on-line*. Embora no Brasil 4 a cada 5 residências tenham internet, consoante se extrai de pesquisa realizada pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Tecnologia da Informação e Comunicação, divulgada pelo IBGE²³, aproximadamente 45,960 milhões de brasileiros não utilizam internet em casa por motivos diversos.

Voltando-se para a atuação do Laços de Família, a grande maioria dos assistidos utiliza internet em casa, seja por meio de *wi-fi*, seja por dados móveis das operadoras. Entretanto, em algumas ocasiões ainda existem demandas que terão que aguardar o retorno das atividades presenciais para obter atendimento, tendo em vista a ausência de rede de dados que possibilite a participação em uma sessão virtual.

Em outras ocasiões, verifica-se que os assistidos possuem internet em casa, porém não dispõe de computador ou celular do modelo *smartphone*, ou seja, os aparelhos que possuem não comportam a instalação dos aplicativos utilizados (*WhatsApp* e *zoom*) na mediação virtual.

Por fim, é razoável pontuar questionamentos acerca da confidencialidade do procedimento mediativo na modalidade remota. Em verdade, este princípio além de encontrar-se

²² Informações oriundas do google maps, disponível em: <<https://www.google.com/maps/dir/Aracatiacu,+Sobral+-+CE/Meruoca,+CE/@-3.7668374,-40.484843,10z/data=!3m1!4m1!4m13!1m5!1m1!1s0x795552aa6e14025:0x6db425285ec7dcc6!2m2!1d-40.0210039!2d-3.8800588!1m5!1m1!1s0x7eae8b5a5960ef5:0x65c7771e5c120886!2m2!1d-40.454378!2d-3.5413981!3e0>>. Acesso em 10 de junho de 2020.

²³ Detalhes da pesquisa disponíveis em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/04/29/internet-chega-a-4-em-cada-5-lares-diz-ibge-excluidos-digitais-somam-45960-mi.htm>>. Acesso em: 14 de junho de 2020.

fixado na lei de mediação como preceito norteador das sessões, é mencionado na em obras científicas como princípio diretamente relacionado aos participantes, como bem ensinam Almeida e Paiva²⁴, vejamos:

Em relação aos participantes, o mediador deve ajuda-los a negociarem o grau de sigilo a ser mantido sobre as informações obtidas durante a mediação e instruí-los em relação à seriedade ética desse compromisso. [...] Alguns acordos de participação em mediação podem determinar que os envolvidos não revelem qualquer detalhe ou informação obtida durante o processo [...] os fatos ali expostos não devem ser divulgados, sob pena de quebra da confiança – um dos pilares da mediação – e a violação do preceito ético.

Então, no contexto da mediação on-line podem vir a ser questionados pontos sobre a confidencialidade, por parte dos mediados. Deveras, não há como se ter controle, por parte do mediador que preside a sessão, no que é referente à presença ou passagem de terceiros (familiares, amigos, desconhecidos), pelo local escolhido pelo mediando para participar da videoconferência, o que, pode vir a comprometer a confidencialidade dos fatos expostos na mediação, a depender do sigilo negociado entre os participantes.

Por fim, importante destacar que os resultados obtidos com a mediação desenvolvida por meios remotos têm apresentado crescimento considerável e o procedimento tem sido cada vez mais aprimorado pelo projeto, de modo que no mês de maio 16 mediações virtuais foram realizadas. Já no mês de junho, o número de mediações realizadas por meios virtuais cresceu para 20, tendo 80% destas originado acordos extrajudiciais satisfatórios entre os participantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do conceito de “vir a ser”²⁵ aplicável ao instituto da família, faz-se necessário “fechar os olhos para um sem-número de fatos sociais essencialmente representativos da família, mas que por vezes não se encaixariam nas letras frias de um invólucro qualquer do direito positivado”²⁶.

Assim, diante da pluralidade que cerca a o instituto da família, inegável que conflitos também plurais, das mais variadas ordens, atinjam-no em algum momento. Nesse sentido, sob o olhar de Cappelletti e Garth (1988) resta imprescindível escolher o meio mais adequado a resolução destes impasses surgidos cotidianamente.

Então, sob esta ótica, defende-se que a mediação de conflitos familiares seja o método autocompositivo mais apropriado para restabelecer o diálogo entre componentes de uma família, de modo a conectá-los e a empoderá-los para que resolvam os próprios conflitos

²⁴ ALMEIDA, D. A. R.; PAIVA, F. Princípios da mediação de conflitos. Separata de: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. **Mediação de Conflitos**: Para iniciantes, praticantes e docentes, 2019, p. 104-105.

²⁵ Hironaka (2008, p.54, apud DIAS, 2020, p.48)

²⁶ Hironaka (2008, p.54, apud DIAS, 2020, p.48)

através de soluções criativas. Assim, em tempos da pandemia decorrente da grande propagação do vírus *Sars-CoV-2*, o Laços de Família tem realizado ações no sentido de dar continuidade à cultura do diálogo e à resolução extrajudicial de conflitos através da mediação, todavia, pelos meios remotos existentes, tais como *WhatsApp* e *zoom*.

Destarte, conforme estudado e já descrito, tem-se que o procedimento adotado pelo Laços de Família, em Sobral, no Estado do Ceará, revela-se como célere, completo e extremamente satisfatório para os assistidos que tem utilizado o aludido serviço de mediação virtual, haja vista que não se faz necessário aguardar o fim do isolamento social para dialogar sobre temática que é objeto de conflito no âmbito familiar. Ainda neste contexto, alguns desafios persistem no que é referente à prática debatida, uma vez que alguns usuários do serviço fazem parte do percentual de excluídos digitalmente e dúvidas acerca da confidencialidade do procedimento ainda pairam sobre este.

Porém, é perceptível que, apesar das dificuldades enfrentadas, conclui-se que a mediação virtual, cujo procedimento fora desenvolvido pela equipe multidisciplinar e posteriormente validado pela coordenação do projeto em comento, é satisfatória a ponto de se cogitar manter a utilização da mediação na modalidade *on-line* em momento posterior ao isolamento social nos casos em que os assistidos residirem em cidades ou estados distintos, por exemplo. Ademais, importante destacar que a mediação *on-line* tem sido relevante na formação de acadêmicos do 10º semestre do curso de Direito da UNINTA, tendo em vista que, através do Núcleo de Práticas Jurídicas, tem sido possível a atuação reflexiva destes, como observadores, nas mediações realizadas no projeto Laços de Família.

Portanto, diante dos resultados apresentados por ocasião do presente estudo, resta inquestionável que os percentuais crescentes de adesão dos assistidos ao procedimento, mais especificamente no mês de junho, denotam que a prática tem funcionado como instrumento de acesso à justiça para essas pessoas, sobretudo, tem representado meio louvável de impedir a potencialização de conflitos no âmbito familiar, através do diálogo facilitado pelo mediador, em atenção aos princípios elencados na lei de mediação vigente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PAIVA, Fernanda. Princípios da mediação de conflitos. Separata de: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de Conflitos: Para iniciantes, praticantes e docentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. cap. 5, p. 101-110. ISBN 978-85-442-2694-0.

BOLETIM | Covid-19 em Sobral. [S. l.], 2020. Disponível em: <http://www.sobral.ce.gov.br/informes/principais/boletim-covid-19-em-sobral>. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016

BRASIL. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. [S. l.], 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 1 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 25 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. [S. L.], 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. **Portaria nº 1.237, de 29 de abril de 2020.** Reconhece o Estado de Calamidade Pública no Estado do Ceará/CE. [S. L.], 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-1.237-de-29-de-abril-de-2020-254675155>. Acesso em: 2 jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. Disponível em: <https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>. Acesso em: 1 jun. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 13. ed. rev. e aum. Salvador: Juspodivm, 2020. ISBN 978-85-442-3075-6.

MEDIAÇÕES online do Nusol e projeto Laços de Família chegam a 95% de acordos, em Sobral. [S. L.], 26 maio 2020. Disponível em: <http://www.defensoria.ce.def.br/noticia/mediacoes-on-line-do-nusol-e-projeto-lacos-de-familia-chegam-a-95-de-acordos-em-sobral/>. Acesso em: 14 jun. 2020.

SOBRAL. **Decreto nº 2.371, de 16 de março de 2020.** DECRETA ESTADO DE EMERGÊNCIA NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE SOBRAL E ESTABELECE MEDIDAS PARA ENFRENTAMENTO DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19), E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. [S. L.], 2020. Disponível em: <http://www.sobral.ce.gov.br/diario/public/files/diario/9bf7ba4ae2931bdf14b3a48b5240d141.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020

SOBRAL. **Decreto nº 2.418, de 7 de maio de 2020.** INTENSIFICA AS MEDIDAS DE DISTANCIAMENTO SOCIAL EM RAZÃO DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19), E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. [S. L.], 2020. Disponível em: <http://www.sobral.ce.gov.br/diario/public/files/diario/daa8c44c20a055b242a06e03b4162ca6.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

UNA-SUS, Ascom SE. Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus. *In: Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus.* [S. L.], 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-hotsaude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 11 jun. 2020.

ESTUDO DE CASO

CASE STUDY

PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE E O DIREITO À SAÚDE: O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

*PERSONS DEPRIVED OF LIBERTY AND THE RIGHT TO HEALTH: LEADING CASE OF THE
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

Por Maria Cecília Lessa da Rocha

Mestre em Direito - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Doutoranda em Direito pela PUC RIO

Defensora Pública Federal

maria.rocha@dpu.def.br

RESUMO

Este estudo de caso tem como objeto de análise a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Hernández vs. Argentina*. A Corte, reiterando seu entendimento segundo o qual os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais são autônomos e vindicáveis nos planos interno e internacional, confirmou o reconhecimento do direito a saúde no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, protegido pelo art. 26 da Convenção Americana, pela Carta da Organização dos Estados Americanos e pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Avançou ao reconhecer a obrigação dos Estados-Partes de assegurar o direito à saúde em favor das pessoas privadas de liberdade e sob tutela estatal.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direito à saúde. Pessoas privadas de liberdade. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This case study analyzes the judgment of the Inter-American Court of Human Rights in the *Hernández vs. Argentina*. The Court, reiterating its understanding that economic, social, cultural and environmental rights are autonomous and vindicating at the domestic and international levels, confirmed the recognition of the right to health within the framework of the Inter-American Human Rights System, protected by Article 26 of the American Convention, the Charter of the Organization of American States and the American Declaration of the Rights and Duties of Man. The Court recognized the obligation of States-Parties to guarantee the right to health for persons deprived of liberty and under state supervision.

Keywords: Human rights. Right to health. Persons deprived of liberty. Inter-American Court of Human Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO AUTÔNOMO E VINDICÁVEL NA ESFERA INTERNACIONAL. 2. DIREITO À SAÚDE E PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE: um estudo de caso. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Este estudo de caso abordará o reconhecimento do direito à saúde como um direito humano, autônomo e vindicável no plano interno, no âmbito dos Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), e internacionalmente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

O **Caso Hernández vs. Argentina** decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte ou Corte IDH), cuja sentença foi proferida em 22 de novembro de 2019, será o objeto de análise. Neste caso paradigma, a Corte IDH teve oportunidade de ratificar seu entendimento segundo o qual o direito à saúde constitui direito autônomo no conjunto dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (Desca), devendo ser assegurado também em favor das pessoas privadas de liberdade e sob tutela do Estado.

1. DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO AUTÔNOMO E VINDICÁVEL NA ESFERA INTERNACIONAL

O direito à saúde como direito humano autônomo e vindicável no plano internacional é extraído do disposto no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹.

A partir do **Caso Lagos del Campo vs. Peru**, a Corte IDH firmou entendimento segundo o qual os direitos econômicos, sociais e culturais e ambientais são autônomos e derivam diretamente do artigo 26 da CADH, ao qual se obrigam os Estados-partes, na forma de seu artigo 1.1. Dele se seguiram outros julgados em sentido semelhante².

¹ Artigo 26 (Desenvolvimento progressivo). Os Estados partes se comprometem a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

² Cf. **Caso Trabalhadores demitidos da Petroperú e outros vs. Perú**. *Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2017. Série C, nº 344. Parágrafo 192; **Caso San Miguel Sosa e outras vs. Venezuela**. *Fundo, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de fevereiro de 2018. Série C, nº 348. Parágrafo 220; **Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile**. *Fundo, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de março de 2018. Série C, nº 349. Parágrafo 100; **Caso Cuscul Pivara e outros vs. Guatemala**. *Exceção Preliminar, Fundo, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de agosto de 2018. Série C, nº 359. Parágrafo 73; **Caso Muelle Flores vs. Perú**. *Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de março de 2019. Série C, nº 375. Parágrafo 175. Também a Opinião Consultiva nº 23/2017, de 15 de novembro de 2017, solicitada pela República da Colômbia, que trata das obrigações do Estado em relação ao meio ambiente dentro do quadro de proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal, com a interpretação e alcance dos artigos 4.1 e 5.1, em relação ao artigo 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Série A, nº 23.

Naquele caso paradigma, a Corte reiterou a interdependência e indivisibilidade existente entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, que devem ser compreendidos de maneira como direitos humanos, sem hierarquia entre si e com força executória. Destacou também que o artigo 26 da Convenção Americana remete precisamente aos direitos que derivam das normas econômicas, sociais e educacionais, científicas e culturais contidas na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA)³.

O entendimento segundo o qual o direito à saúde está englobado nos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, derivando do artigo 26 da CADH, podendo ser judicializado de forma autônoma, foi fixado pela Corte IDH pela primeira vez no **Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile**⁴.

106. No que se refere ao direito à saúde protegido pelo art. 26 da Convenção Americana, a Corte observa que a redação do dispositivo indica que se trata do direito decorrente das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA [...].

118. [...] A Corte especificou que a obrigação geral se traduz no dever do Estado de assegurar o acesso das pessoas aos serviços essenciais de saúde, garantir uma prestação médica de qualidade e eficaz, assim como promover melhorias nas condições de saúde da população.

119. Em primeiro lugar, a consecução da referida obrigação começa com o dever de regular, razão pela qual a Corte indicou que os Estados são responsáveis por regular em caráter permanente a prestação de serviços (tanto público como privados) e a execução de programas nacionais relativos à prestação de serviços de qualidade.

120. Em segundo lugar, levando em consideração a Observação Geral nº 14 do Comitê DESC, este Tribunal referiu-se a uma série de elementos essenciais e inter-relacionados, que devem ser preenchidos em questões de saúde. A saber: disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade.

Neste precedente, a Corte entendeu que “a Convenção Americana incorporou em seu catálogo de direitos protegidos os denominados direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (Desca), por meio de uma derivação das normas reconhecidas na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), bem como das normas de interpretação dispostas no próprio artigo 29 da Convenção; particularmente, que impede limitar ou excluir o gozo dos direitos estabelecidos na Declaração Americana e inclusive os reconhecidos em matéria interna (infra pár. 108). Outrossim, de acordo com uma interpretação sistemática, teleológica e evolutiva, a Corte recorreu ao *corpus iuris* internacional e nacional na matéria para dar conteúdo específico ao alcance dos

³ **Caso Lagos del Campo vs. Peru.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C nº 340. Parágrafos 141-150 e 154.

⁴ **Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile.** Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de março de 2018 Série C nº 349. Parágrafos 99-143.

direitos tutelados pela Convenção (infra pár. 114), a fim de derivar o alcance das obrigações específicas de cada direito”⁵.

A partir, portanto, da interpretação sistemática, teleológica e evolutiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conjugando as normas reconhecidas na Carta da OEA e os direitos estabelecidos na Declaração Americana e outros documentos internacionais, inclusive os direitos reconhecidos em normas de direito interno, a Corte IDH pode dar densidade aos diversos direitos expressão dos Desca, entre eles o direito à saúde.

No **Caso Hernández vs. Argentina**⁶, a Corte reiterou o entendimento sobre o direito à saúde como direito integrante do rol dos Desca, destacando sua natureza de direito autônomo e seu conteúdo vindicável, com atenção especial para o direito à saúde das pessoas privadas de liberdade.

O direito à saúde decorre do disposto no artigo 26 da CADH. Como reiterou a Corte, a natureza e o escopo das obrigações decorrentes da proteção do direito à saúde inclui aspectos que têm aplicabilidade imediata, bem como aspectos de caráter progressivo, incluída aí a obrigação de não retrocesso diante dos direitos alcançados⁷.

Neste ponto, a Corte, reafirmando posicionamento defendido anteriormente, reconheceu a saúde na leitura conjunta como artigo 34, itens “i” e “l” da Carta da OEA, estabelece, entre os objetivos básicos do desenvolvimento integral, o de “defesa do potencial humano mediante extensão e aplicação dos modernos conhecimentos da ciência médica”, bem como as “condições urbanas que proporcionem oportunidades de vida sadia, produtiva e digna”. A estes dispositivos, a Corte acresceu o artigo 45.l da Carta da OEA, segundo a qual “o Homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos”, dentre esses mecanismos enfatizou o “desenvolvimento de uma política eficiente de previdência social”.

Para a determinação do direito à saúde, a Corte deu ênfase também à Declaração Americana, reafirmando entendimento segundo o qual a Declaração contém e define os direitos humanos essenciais a que a Carta se refere, não se podendo interpretar e aplicar a Carta da OEA no campo dos direitos humanos, sem integrar suas normas pertinentes às disposições

⁵ **Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de março de 2018 Série C, nº 349. Parágrafo 103.

⁶ **Caso Hernández vs. Argentina**. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C, nº 395.

⁷ **Caso Hernández vs. Argentina**. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C, nº 395. Parágrafo 81.

correspondentes da Declaração Americana⁸. Assim é que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá, no ano de 1948, estabelece no artigo XI que “toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade”.

A estes argumentos, a Corte somou a interpretação quanto ao disposto no artigo 29 da Convenção Americana⁹, que elenca as normas Direito Internacional geral como fonte de interpretação, consagrando expressamente o princípio *pro persona*. Nessa linha, o parágrafo terceiro do artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹⁰ autoriza o uso de outros meios interpretativos, tais como acordos, prática ou regras relevantes de direito internacional.

Este trabalho interpretativo realizado pela Corte IDH em relação ao direito à saúde, e aos Desca de forma geral, não é despiciendo, vez que a interpretação literal do artigo 26 da CADH poderia levar a uma falta de efetividade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, que dependeriam exclusivamente dos esforços dos Estados-partes para sua implementação e salvaguarda.

O segundo ponto desenvolvido pela Corte IDH diz respeito ao conteúdo do direito à saúde.

A Corte definiu o conteúdo ao direito à saúde enunciado invocando a leitura conjunta e sistêmica dos já referidos artigos 34, itens “i” e “l” da Carta da OEA, XI da Declaração Americana, somado ao disposto no artigo 10 do Protocolo de San Salvador, todos documentos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. No âmbito do sistema universal de proteção aos direitos humanos, elenca o artigo 25 da Declaração Universal de Direito Humanos e o artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômico, Social

⁸ Opinião consultiva OC-10/89, de 14 de julho de 1989. **Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no âmbito do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Serie A nº 10. Parágrafo. 43; e **Caso Muelle Flores vs. Peru**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de março de 2019. Série C, nº 375. Parágrafo 175.

⁹ Artigo 29 (Normas de interpretação). Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

¹⁰ Artigo 31 (Regra Geral de Interpretação) [...] 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

e Cultural¹¹. Por fim, na análise precisa do **Caso Hernández vs. Argentina**, a Corte se referiu ainda a regra do direito interno que consiste no reconhecimento do direito à saúde pela Constituição da Nação Argentina em seu artigo 42¹².

A Corte IDH pode assim reconhecer que “**a saúde é um direito humano fundamental e indispensável para o exercício adequado de outros direitos humanos** e que todo ser humano tem direito ao gozo do mais alto nível possível de saúde que lhes permita viver com dignidade, **compreendida a saúde não apenas como ausência de afetos ou doenças, mas também como estado completo bem-estar físico, mental e social**, derivado de um estilo de vida que permite alcançar pessoas um equilíbrio abrangente”, existindo para o Estado-parte a obrigação geral de proteger a saúde de indivíduos e populações, o que “**se traduz no dever estatal de garantir o acesso das pessoas a serviços essenciais saúde**, garantindo um atendimento médico de qualidade e eficaz, além de promover a melhoria das condições de saúde da população”¹³.

Retomando o *leading case* **Poblete Vilches e outros vs. Chile**, a Corte IDH reiterou que o cumprimento dessa obrigação se configura, inicialmente, pelo **dever de regulamentação**, pelo qual “os Estados são responsáveis por regular permanentemente a prestação de serviços (públicos e privados) e a execução de programas nacionais relacionados à obtenção da prestação de serviços de qualidade”¹⁴. A obrigação estatal implica, ainda, que os cuidados de saúde sejam oportunos e adequados, o que devem

¹¹ Como afirma a Corte IDH “o direito à saúde é reconhecido na alínea “e” do artigo 5 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; no artigo 12.1 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; no artigo 24.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança; no artigo 28 da Convenção sobre a proteção dos trabalhadores migrantes e dos membros de suas famílias; e no artigo 25 da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Esse direito também está incorporado em vários instrumentos regionais de direitos humanos, como no artigo 17 da Carta Social das Américas; no artigo 11 da Carta Social Europeia da 1961, em sua forma revisada; no artigo 16 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos Humanos dos Povos, e recentemente na Convenção Interamericana sobre Proteção de Direitos Humanos da Pessoa Idosa. Além disso, o direito à saúde foi reconhecido na seção II, parágrafo 41, da Declaração e Programa de Ação de Viena¹³², e em outras instrumentos e decisões internacionais”. **Caso Hernández vs. Argentina**. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C, nº 395. Parágrafo 73.

¹² Artigo 42. “Os consumidores e usuários de benefícios e serviços têm o direito, na relação de consumo, à proteção de seus interesses de saúde, segurança e econômicos; à uma informação adequada e verdadeira; à liberdade de escolha e condições de tratamento equitativo e digno”. Além da referência a Constituição da Argentina, a Corte destaca “um amplo consenso regional na consolidação do direito de saúde, que é explicitamente reconhecida em várias constituições e leis internas dos Estados da região, incluindo: Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela. **Caso Hernández vs. Argentina**. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C, nº 395. Parágrafo 75.

¹³ **Caso Hernández vs. Argentina**. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C, nº 395. Parágrafo 76 (grifo nosso).

¹⁴ **Caso Hernández vs. Argentina**. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C, nº 395. Parágrafo 77.

englobar os seguintes aspectos: **a qualidade, acessibilidade; disponibilidade; e aceitabilidade**, o que significa:

121. Em vista disso, esta Corte estima que, aos efeitos das prestações médicas de urgência, os Estados devem garantir, pelo menos, os seguintes padrões:

a) Em relação à qualidade, deve-se contar com a infraestrutura adequada e necessária para satisfazer as necessidades básicas e urgentes. Isto inclui qualquer tipo de ferramenta ou suporte vital, bem como também dispor de recurso humano qualificado para responder diante de urgências médicas.

b) Em relação à acessibilidade, os estabelecimentos, bens e serviços de emergências de saúde devem ser acessíveis a todas as pessoas. A acessibilidade entendida desde as dimensões superpostas de não discriminação, acessibilidade física, acessibilidade econômica e acesso à informação. Fornecendo, desta forma, um sistema de saúde inclusivo, baseado nos direitos humanos.

c) Em relação à disponibilidade, deve-se contar com um número suficiente de estabelecimentos, bens e serviços públicos de saúde, bem como de programas integrais de saúde. A coordenação entre estabelecimentos do sistema resulta relevante para cobrir de forma integrada as necessidades básicas da população.

d) Em relação à aceitabilidade, os estabelecimentos e serviços de saúde deverão respeitar a ética médica e os critérios culturalmente apropriados. Ademais, deverão incluir uma perspectiva de gênero, bem como das condições do ciclo de vida do paciente. O paciente deve ser informado sobre seu diagnóstico e tratamento, e, diante disso, respeitar sua vontade (infra párs.161, 162 e 166)¹⁵.

Esses são, segundo a Corte IDH, os parâmetros dentro do qual o direito à saúde poderá ser vindicado e, uma vez violado, poderá suscitar a responsabilidade internacional do Estado-Parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

2. DIREITO À SAÚDE E PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE: UM ESTUDO DE CASO

Definidos os estândares para o reconhecimento do direito à saúde no âmbito do SIDH, passa-se à **análise do caso concreto, um estudo do Caso Hernández vs. Argentina**, que traz a perspectiva do direito à saúde das pessoas privadas de liberdade.

¹⁵ **Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de março de 2018. Série C, nº 349. Parágrafo 121. A Corte recorreu às diretrizes do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU), no documento “O direito ao gozo do mais alto padrão de saúde possível”. Cf. E/C.12/2000/4 11 de agosto de 2000, Observação Geral do CESCR 14.

Ao apresentar o caso à Corte IDH, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sustentou que enquanto estava privado de liberdade, o Sr. José Luis Hernández teria adquirido a doença; esta não foi tratada oportunamente, nem teve ele acesso a cuidados em condições de equivalência a uma pessoa não privada de liberdade; em consequência teve sequelas neurológicas, como perda absoluta da visão em um olho, incapacidade parcial em um braço permanente e perda de memória.

Para a adequada compreensão do caso, deve-se abordar, resumidamente, a sequência histórica de alguns fatos envolvendo o Sr. Hernández, primeiro em relação ao período em que esteve privado de liberdade, em seguida, quanto a doença que o acometeu e suas consequências para seu estado geral.

O Sr. Hernández foi preso em 7 de fevereiro de 1989, acusado do crime de roubo. Em 14 de fevereiro de 1989, foi decretada sua prisão preventiva. Em 28 de setembro de 1990, Hernández foi condenado a 5 (cinco) anos de prisão pelo crime de roubo agravado pelo uso de arma de fogo. No entanto, em 21 de maio de 1991, a Câmara de Apelação Penal modificou a classificação da ofensa legal para “tentativa de roubo agravada pelo uso de armas”, tendo fixado a pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de prisão. Em 29 de maio de 1991, em razão da boa conduta apresentada, não sendo reincidente e como havia cumprido mais de dois terços da pena definitiva, foi-lhe concedida liberdade condicional. Ao todo, o Sr. Hernández permaneceu privado de sua liberdade por um período de aproximadamente 2 (dois) anos e 3 (três) meses¹⁶.

Quanto a condição de saúde do Sr. Hernández, aponta-se que, em 6 de julho de 1989, a Sra. Raquel San Martín de Hernández, mãe da presumida vítima, informou ao Juízo da causa que seu filho sofria de uma “gripe muito forte e também dor de ouvido a requerer atenção médica, que até o momento não recebeu atenção médica, o que justifica a intervenção do Juízo para que ele receba o tratamento adequado”. Além disso, afirmou ela que seu filho deveria ser transferido para outra unidade prisional, pois o estado em que se encontrava era “deplorável, pois no momento havia mais de 40 detidos, o que que excede a capacidade dessa dependência”. No mesmo dia, o juiz da causa ordenou que fosse realizado um exame médico em Hernández e fornecido o tratamento adequado caso se alguma doença fosse detectada. O Sr. Hernández, no entanto, não recebeu assistência médica.

Em 1 de agosto de 1990, a Sra. San Martín de Hernández denunciou perante o Juízo que por cerca de uma semana o Sr. Hernández havia sofrido sérias dores encefálicas. Em 14 de agosto de 1990, o Juiz da Causa ordenou que fosse prestado atendimento médico ao Sr. José Luis Hernández e informado sobre seu estado de saúde e o tratamento a que foi submetido. Em 15 de agosto de 1990, o Prefeito da Unidade Prisional informou ao Juízo a transferência do Sr. Hernández ao Hospital San Juan de Dios, na cidade de La Plata, por “apresentar um quadro de meningite, desidratação e mau estado geral”. Negado pedido de liberdade, em 31 de outubro de 1990, o Juízo ordenou a hospitalização do Sr. Hernández no Hospital San Martín de la Plata, oficiando ao diretor da

¹⁶ **Caso Hernández vs. Argentina.** Exceção preliminar, mérito, reparações e custos. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C, nº 395. Parágrafos 24-26.

referida instituição para que o Sr. Hernández fosse hospitalização urgentemente, bem como lhe fosse prestada a atenção médica adequada. Em 2 novembro de 1990, o Sr. Hernández foi internado no Hospital San Martín de la Plata, onde permaneceu pelo mês de novembro. Após, o Sr. Hernández retornou à unidade prisional. Como consequência da meningite, Hernández passou a sofrer de distúrbios neurológicos que consistiam na perda da visão em um olho, adquiriram incapacidade parcial e permanente do membro superior esquerdo e perda de memória. Por fim, veio a falecer em 24 de dezembro de 2015, aos 47 anos¹⁷.

Pela dinâmica dos acontecimentos não resta dúvidas de que o Sr. Hernández, durante o período em que esteve privado da liberdade e sob tutela do Estado argentino, foi acometido de doença, posteriormente diagnosticada como “meningite aguda de etiologia por T.B.C.”, o que lhe deixou sequelas neurológicas. Coube, então, a Corte IDH determinar se nesse contexto estaria configurada a responsabilidade internacional do Estado por violação ao direito à saúde do Sr. Hernández¹⁸.

Para apresentar suas conclusões, a Corte analisou se o tratamento médico recebido pelo Sr. Hernández foi adequado, a partir dos parâmetros já apontados, bem como se haveria nexos de causalidade entre os cuidados médicos prestados – ou a falta deles – e os danos que a suposta vítima sofreu à sua saúde.

Antes, porém, a Corte IDH destacou o direito de toda pessoa privada de liberdade a um tratamento compatível com a dignidade pessoal, com instalações compatíveis, bem-estar geral e cuidado de saúde adequados, de modo que o encarceramento não cause a pessoa sofrimento maior do que o esperado do cumprimento da pena.

87. [...] O Tribunal recorda que toda pessoa privada de liberdade tem direito de viver em situação de detenção compatível com sua dignidade pessoal. Da mesma forma, como responsável pelas instalações de detenção, o Estado deve garantir aos presos a existência de condições que salvaguardem seus direitos. Em relação aos cuidados de saúde, o cumprimento dos requisitos de qualida-

¹⁷ **Caso Hernández vs. Argentina.** Exceção preliminar, mérito, reparações e custos. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C, nº 395. Parágrafos 27-46.

¹⁸ Na apresentação da demanda, a CIDH apontou a violação ao artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, dos quais decorre que toda pessoa privada de liberdade tem o direito de viver em condições de detenção compatível com sua dignidade pessoal, o que implica no dever do Estado de salvaguardar a saúde e o bem-estar das pessoas privadas de liberdade e garantir que as maneira e método de privação de liberdade não excedem o nível inevitável de sofrimento inerente a ele. Inicialmente, não se apontou a violação ao artigo 26 da CADH, o que foi reconhecido pela Corte IDH ante os fatos narrados, com base no princípio *iura novit curia*. Ademais, o Estado foi ainda acusado e condenado pela violação aos direitos à liberdade e presunção pessoal de inocência, respectivamente consagrados nos artigos 7.1, 7.3 e 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em detrimento de Sr. José Luis Hernández; pela violação do direito à proteção judicial, consagrado no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento de Sr. José Luis Hernández; e pela violação do direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento da Sra. Raquel San Martín de Hernández, mãe do Sr. José Luis Hernández.

de exige que estabelecimentos, bens e serviços de saúde, além de culturalmente aceitáveis, sejam cientificamente apropriados e de boa qualidade.

Nesse ponto, a Corte se reportou às “Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos”, mundialmente conhecidas como as “Regras de Nelson Mandela”, que dentre as diversas prescrições traz diretrizes mínimas para os serviços médicos no sistema penitenciário dos Estados, as regras 24 a 35. Dentre elas, define que “os reclusos devem poder usufruir dos mesmos padrões de serviços de saúde disponíveis à comunidade e ter acesso gratuito aos serviços de saúde necessários, sem discriminação em razão de sua situação jurídica (Regra 24.1); devendo os serviços de saúde nas unidades prisionais “ser compostos por uma equipa interdisciplinar, com pessoal qualificado e suficiente, capaz de exercer a sua atividade com total independência clínica, devendo ter conhecimentos especializados de psicologia e psiquiatria”, inclusive atendimento dentário (Regra 25.2). Ademais, estabelece que “todos os estabelecimentos prisionais devem assegurar o pronto acesso a tratamentos médicos em casos urgentes”, devendo os reclusos que necessitem de cuidados especializados ou de cirurgia serem transferidos para estabelecimentos especializados ou para hospitais civis (Regra 27.1)¹⁹.

Precisamente quanto ao Sr. Hernández, a Corte IDH entendeu que houve omissão por parte do Estado na adoção de medidas para diagnosticar seu estado de saúde no momento em que tomou conhecimento dos primeiros sintomas, não havendo registro do atendimento médico realizado por ocasião da primeira representação feita por sua mãe ao juízo da causa, em 6 de julho de 1989. Acrescentou que “em pelo menos três ocasiões, em 29 de agosto de 1990, em 27 de setembro de 1990 e em 24 de outubro de 1990, o Sr. Hernández não pode ser internado no hospital correspondente sob a falta de disponibilidade de camas”²⁰, tendo havido intervalos prolongados na prestação do atendimento médico, o que, segundo a Corte, representou um problema de disponibilidade e acessibilidade nos serviços de saúde devidos pelo Estado.

O Estado sustentou que o Sr. Hernández recebeu atendimento médico e tratamento adequado durante o tempo em que esteve detido, sendo atendido nos hospitais de San Juan de Dios, Alejandro Korn e no Hospital de a Unidade Prisional. Contudo, a Corte IDH entendeu que carece o caso de elementos probatórios que permitam determinar o tipo de atendimento médico específico que o Sr. Hernández, não se podendo afirmar ter sido prestado o tratamento adequado. O ônus da prova competia, segundo ao Corte, ao Estado, sobretudo, devido ao controle que exerce sobre a pessoa em situação de

¹⁹ Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf>. Acesso em: 26 maio 2020.

²⁰ **Caso Hernández vs. Argentina**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custos. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C, nº 395. Parágrafo 93.

detenção e o consequente controle das provas sobre sua condição física, sobre as condições de detenção e eventual atendimento médico²¹.

Diante do acervo probatório, a Corte IDH concluiu que, quando ao direito à saúde do Sr. Hernández, o Estado foi responsável pela violação do artigo 26 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento²².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao estabelecer a responsabilidade internacional da Argentina por violação aos direitos humanos em desfavor do Sr. Hernández, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou seu entendimento quanto a vindicabilidade dos Descas no plano internacional, em especial o direito à saúde. E mais, fez ingressar no *corpus iuris* interamericano o paradigma segundo qual a violação do direito à saúde em prejuízo da pessoa encarcerada dará ensejo à responsabilidade internacional do Estado por violação aos direitos humanos. Um significativo avanço na proteção das pessoas privadas de liberdade para todos no continente.

²¹ Afirma-se o seguinte: “O Estado alegou que as manifestações em relação ao estado de saúde da suposta vítima e à falta de atendimento médico adequado, não foram acompanhadas de por qualquer meio probatório. A este respeito, este Tribunal indicou que devido ao controle que o Estado exerce sobre a pessoa em situação de detenção e a consequente controle das evidências sobre sua condição física, condições de detenção e eventual atendimento médico, é o Estado que tem o ônus da prova para fornecer uma explicação satisfatório e convincente do que aconteceu e distorce as alegações sobre sua responsabilidade, por meio de elementos probatórios válidos. A falta de entrega dos elementos de prova que permitam esclarecer o tipo de atendimento recebido por uma pessoa é particularmente grave em casos envolvendo alegações relacionadas à violação do direito à saúde. Em sua condição de garante, o Estado tem a responsabilidade de garantir os direitos do indivíduo sob custódia, bem como fornecer informações e provas relacionadas ao que acontece com o detido”. **Caso Hernández vs. Argentina**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custos. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C, nº 395. Parágrafo 91. Note-se, ainda, que, segundo as Regras de Nelson Mandela, “os serviços de saúde devem elaborar registros médicos individuais, confidenciais, atualizados e precisos para cada um dos reclusos, que a eles devem ter acesso, sempre que solicitado” (Regra 26.1).

²² A Corte decidiu, por 5 votos a favor e 1 contra, que o Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal nos artigos 5.1 e 5.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento do Sr. José Luis Hernández, nos termos dos parágrafos 54 a 61 deste julgamento. Nesse ponto, o juiz L. Patricio Pazmiño Freire discorda; e, por 4 votos a favor e 2 contra, que o Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal e do direito à saúde consagrada, respectivamente, nos artigos 5.1, 5.2 e 26 da Convenção Americana Direitos Humanos, em detrimento de Sr. José Luis Hernández, nos termos dos parágrafos 54 a 96 desta Sentença. Nesse ponto os juízes Eduardo Vio Grossi e Humberto Antonio Sierra Porto discordam. **Caso Hernández vs. Argentina**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custos. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C, nº 395. Parágrafo 183. Os votos divergentes podem ser consultados no sítio da Corte IDH. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>. Acesso em: 26 maio 2020.

REFERÊNCIAS

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. **Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**: observación general nº 14: el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/2000/4. 11 ago. 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Lagos del Campo vs. Peru**: exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C No. 340.

_____. **Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile**: mérito, reparações e custas. Sentença de 8 de março de 2018 Série C No. 349

_____. **Caso Hernández vs. Argentina**: exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C, Nº 395.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 70/175 da Assembleia-Geral, 17 de dezembro de 2015**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos (regras de Nelson Mandela).

ORIENTAÇÕES PARA AUTORES

GUIDELINES 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 da União - <http://revistadadpu.dpu.def.br> -, 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, historiographicals, economics, of the political science, and vice versa. In the same way, it encourages, by means of the reviews, the dissemination of relevant academic texts, sometimes inaccessible to many because they exist only in foreign language. Finally, it also intends to track the evolution of the jurisprudence homeland, through an analysis of relevant judged and related to the proposed theme.

SUBMISSION OF PAPERS

The articles, reviews and good practices/case studies must be unpublished, written in Portuguese, Spanish, French, Italian or English. Papers should be sent to the e-mail: **publicacoes.esdpu@dpu.gov.br**.

The **Articles** should contain from 5500 words. Larger texts will be published, at the discretion of the editor, if their size is justifiable.

The **reviews** contain from 1500 words, and good practices/case studies contain up to 2000 words; and present: header with reference of the original work or of the judged and the author's name. Do not need to be preceded by an abstract.

FORMATTING

The articles should be submitted with the following formatting rules:

- Text Editor: **Word for Windows**;
- Font: **Times New Roman, size 13, for footnotes and long quotations, size 11**;
- Spacing: **1,5cm (between lines)**;
- Alignment: **justified**.

TEXT

The first page of the article should contain:

- The title, in uppercase font, bold and centered (Portuguese and English);
- Abstract in Portuguese, of 100 to 250 words, alignment justified;
- Keywords: up to 5 words, alignment justified;
- Abstract: translated abstract into English (from 100 to 250 words), alignment justified.
- Keywords: up to 5 words translated to English.
- Summary: sections numbered progressively in Arabic numerals.

CITATIONS, FOOTNOTES, AND REFERENCES

Must follow the rules of ABNT (Brazilian Association of Technical Standards) - (NBR - Brazilian norm - 10520 and 6023). The references in the body of the text should be in the footnote template. The author-date system will not be accepted.

ADDITIONAL INFORMATION

All of the rules that govern the publication are available on the website of the Public Defender of the Union - <http://revistadadpu.dpu.def.br> -, 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.



Escola Nacional da Defensoria Pública da União
Setor Bancário Sul, Quadra 2 – Bloco H – Lote 14 – sobreloja - 70.070-120- Brasília/DF
Tel.: (61) 3318-0287
Visite nosso site: <http://revistadadpu.dpu.def.br>
E-mail: publicacoes.esdpu@dpu.def.br



ESCOLA NACIONAL DA
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO



1984-0322