

22

ISSN: 1984-0322

e-ISSN: 2448-4555

DOI: <https://doi.org/10.46901/revistadadpu.i22>

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO



ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA
PÚBLICA DA UNIÃO

Julho/Dezembro de 2024
Brasília/DF

ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Edson Rodrigues Marques

Diretor-Geral da Escola Nacional da Defensoria Pública da União

Rafaella Mikos Passos

Vice-Diretora Geral da ENADPU

CONSELHO EDITORIAL

Érico Lima de Oliveira - Editor-Chefe da Revista da Defensoria Pública da União. Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Defensor Público Federal.

CONSELHEIROS ENDÓGENOS TITULARES

Denise Tanaka dos Santos - Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós-doutora em Direito pela Universidade de Salamanca e Pós-doutora em Direito pela Universidade de Coimbra. Defensora Pública Federal.

Guillermo Rojas de Cerqueira César - Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário de Marília (UNIVEM). Defensor Público Federal.

Ricardo Russell Brandão Cavalcanti - Doutor em Ciências Jurídicas Públicas pela Universidade do Minho - Braga, Portugal, com reconhecimento no Brasil pela Universidade de Marília - SP. Defensor Público Federal.

CONSELHEIROS ENDÓGENOS SUPLENTES

Daniel Mourgues Cogoy - Mestre em Ciências Jurídico-Civis pela Universidade de Lisboa (UL), Portugal. Defensor Público Federal.

Edilson Santana Gonçalves Filho - Mestre e Doutorando em Direito - Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico pela Universidade Federal do Ceará. Defensor Público Federal.

Lutiana Valadares Fernandes Barbosa - Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Defensora Pública Federal.

CONSELHEIROS EXÓGENOS

Alexandre Morais da Rosa - Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Programa de Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

Artur Stamford da Silva - Doutor em Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito 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). Professor Associado 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). Professora da Universidade de Pernambuco (UPE) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas (PPGD-ARIC-FADIC). Advogada.

Clayton de Albuquerque Maranhão - Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Associado da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Cleber Francisco Alves - Doutor 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).

Guilherme Roman Borges - Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Teoria do Direito e Direitos Humanos da Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Católica de Brasília (UCB).

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

N. 22, jul./dez. de 2024
Brasília, DF

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

R. Defensoria Públ. União	Brasília, DF	n. 22	p. 1-274	jul./dez. 2024
---------------------------	--------------	-------	----------	----------------

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  BY-NC 

Esta publicação utiliza o software  iThenticate® para verificação de similaridade.

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Leonardo Cardoso de Magalhães

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Marcos Antônio Paderes Barbosa

CORREGEDORA-GERAL FEDERAL

Flávia Borges Margi

CONSELHO SUPERIOR

Leonardo Cardoso de Magalhães - 1º Ofício do Conselho Superior da Defensoria Pública da União

Marcos Antônio Paderes Barbosa - 2º Ofício do Conselho Superior da Defensoria Pública da União

Flávia Borges Margi - 3º Ofício do Conselho Superior da Defensoria Pública da União

Holden Macedo da Silva - 4º Ofício do Conselho Superior da Defensoria Pública da União

Willian Charley Costa de Oliveira - 5º Ofício do Conselho Superior da Defensoria Pública da União

Daniel Pheula Cestari - 6º Ofício do Conselho Superior da Defensoria Pública da União

José Rômulo Plácido Sales - 7º Ofício do Conselho Superior da Defensoria Pública da União

Leonardo de Castro Trindade - 8º Ofício do Conselho Superior da Defensoria Pública da União

Tarcijany Linhares Aguiar - 9º Ofício do Conselho Superior da Defensoria Pública da União

COORDENAÇÃO, EDITORAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E INFORMAÇÕES

Coordenação de Incentivo à Pesquisa e Publicação - COPP

Palácio da Agricultura, Bloco F, Quadra 01, Setor Bancário Norte, 4º Andar, Brasília/DF- CEP 70.040-908

Tel.: +55 (61) 3318-0287

Site: www.dpu.gov.br/esdpu

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

Revista da Defensoria Pública da União / Defensoria Pública da União. – n. 22

(Jul./Dez. 2024)- .- Brasília : DPU, 2024- .

v. ; 28 cm.

Semestral

Disponível também: <http://revistadadpu.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.



REDE VIRTUAL DE
BIBLIOTECAS



BDJur
Biblioteca Digital Jurídica - STJ



Crossref



latindex



Corte IDH
Protegiendo Derechos

EQUIPE DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Tiago Sales Miranda

Editor Executivo

Daiane dos Santos Soares

Assistente de Editoração

Pedro Henrique Assunção Alvarinho

Assistente de Editoração

Brenda Barbosa de Souza

Assistente de Comunicação Social - Publicidade e Propaganda

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL – ASCOM – PROJETO GRÁFICO

KAZIGU – DIAGRAMAÇÃO

PARECERISTAS DESTA EDIÇÃO

Adam Benedito do Carmo de Sousa – Pós-Doutor em Educação pelo Centro de Pesquisa Integralize. Doutor em Ciência da Educação pela Universidade Martín Lutero (UML). Mestre em Educação Especial: Ramo Cognitivo e Motor pela Universidade Fernando Pessoa (UFP) - Porto, Portugal. Mestre em Gestão Pública pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Analista Técnico em Serviço Social na Defensoria Pública da União.

Alex Feitosa de Oliveira – Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Processual Penal. Defensor Público Federal.

Aline Andrighetto – Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestra em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Professora no Centro Universitário Cenecista de Osório (UNICNEC).

Aline Lemos Reis Bianchini – Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito pela USP. Pesquisadora da Universidade de São Paulo.

Camila Balsa – Doutoranda em Antropologia na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestra em Antropologia Social pela mesma Universidade. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Integra o Núcleo de Antropologia da Política, Estado e Relações de Mercado (NAPER) da Universidade Federal do Paraná. Associada à Rede de Estudos Empíricos no Direito (REED). Membro do Instituto Direito e Inteligência Artificial. Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

Cassio Berg Barcellos – Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Pós-graduação em Processo Civil pela PUC/RS. Delegado de Polícia Federal do Departamento de Polícia Federal do Brasil. Tutor na área de Direitos Humanos, Ética e Processo Penal na Academia Nacional de Polícia (ANP).

Cláudio Tucci Junior – Pós-Doutor em Direito pelo Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Ciências Sociais sob a

perspectiva do Direito pela PUC/SP. Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Paulista. Advogado e Professor da Universidade Santa Cecília / FIPE - USP.

Cleide Aparecida Vitorino – Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Docente da Faculdade Zumbi dos Palmares, da Escola do Parlamento/SP e da Escola Superior da Advocacia (ESA).

Deise Lilian Lima Martins – Doutoranda em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) com bolsa CAPES (atual). Mestra em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) (2018-2021). Especialização em andamento em Processos Didático-Pedagógicos para Cursos na Modalidade a Distância (UNIVESP). Especialista em Direito da Seguridade Social pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) (2015). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) (2010-2014). Integra a 1ª Composição Adjunta da 15ª Junta de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social, atuando na análise e no julgamento de recursos em matéria previdenciária e assistencial.

Derek Assenço Cruz – Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela UFPR, com bolsa do Programa de Excelência Acadêmica (CAPES/PROEX). Especialista em Direitos Humanos pelo Curso CEI/Faculdade CERS. Pós-graduando em Direito e Processo Constitucional pela Faculdade Legale. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Professor Assistente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP).

Erica Antônia Bianco de Soto Inoue – Doutoranda em Sistema de Direitos e Garantias pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestra em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília. Master in Business Administration - Gestão Pública pela FGV. Especialista em Direito Previdenciário pela Ajuridica e em Direito Processual Civil pela UNAMA. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica Dom Bosco. Graduada em Pedagogia pelo Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson (2019). Professora-tutora pela FGV e Procuradora da Prefeitura Municipal de Guarantã.

Flávio Bortolozzi Júnior – Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor tempo integral da Universidade Positivo. Professor das Faculdades Integradas do Brasil. Professor da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst).

Francisco Geraldo Matos Santos – Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Professor da Universidade do Vale do Paraíba - UNIVAP.

Isadora Ferreira Neves – Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) como bolsista CAPES/PROEX. Mestra em Direito Público pela Unisinos. Professora de Direito Constitucional da Universidade Estadual do Tocantins (Unitins).

Larissa de Oliveira Elsner – Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com bolsa pelo Programa de Excelência Acadêmica (PROEX/CAPES). Mestra em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com bolsa pelo Programa de Excelência Acadêmica (PROEX/CAPES). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada, professora e pesquisadora.

Leonardo Felipe de Oliveira Ribas – Pós-doutorando e Professor Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Mestre em Teologia Sistemático-Pastoral pelo Programa de Pós-Graduação em Teologia da PUC-Rio. Diretor de Estudos, Pesquisas e Informações Legislativas da ALERJ.

Paulo Fernando de Britto Feitoza – Doutor em Direito das Relações Sociais - Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Juiz Titular da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Manaus. Professor da Escola Superior da Magistratura do Amazonas (ESMAM).

Renata Ceschin Melfi de Macedo – Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Mestra em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e do Complexo de Ensino Superior do Brasil (licenciada). Advogada criminalista.

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

Renato Duro Dias – Vice-Reitor da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Professor Associado da Faculdade de Direito, Docente Permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social e no Programa de Pós-Graduação em Educação Ambiental da FURG. Doutor em Educação (UFPeI) com período na Universidade de Lisboa, Portugal, com bolsa pelo Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior (PDSE-CAPES). Membro do Banco de Avaliadores do INEP/MEC. Codiretor da Revista Pedagogía Universitária y Didáctica del Derecho (QUALIS A1). Professor do Diploma em Pedagogia Jurídica da Facultad de Derecho da Universidad de Chile. Editor Adjunto da Revista Gênero, Sexualidade e Direito do CONPEDI.

Roberta de Castro Cunha – Doutora em Sociologia pela Universidade Estadual do Ceará. Mestra em Políticas Públicas e Sociedade pela Universidade Estadual do Ceará. Especialista em Gerência de Recursos Humanos pela Universidade Estadual do Ceará. Graduada em Serviço Social pela Universidade Estadual do Ceará. Assistente social da Defensoria Pública da União (DPU).

Willi Sebastian Künzli – Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Possui LL.M. pela University of California, Berkeley, School of Law (2014). Especialista em Direito Empresarial pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Membro do Grupo de Estudos em BRICS - GEBRICS, vinculado à Faculdade de Direito da USP. Advogado.

Wilson Seraine da Silva Neto – Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, menção em Direito Constitucional, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro Consultor da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados (CFOAB).

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO Direção da ENADPU e Conselho Editorial Endógeno da Revista	13
EDITORIAL Érico Lima de Oliveira	17
SEÇÃO TEMÁTICA ESPECIAL	
OS MODELOS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA DOS PAÍSES DO SUL GLOBAL <i>HE LEGAL AID MODELS OF THE COUNTRIES OF THE GLOBAL SOUTH</i>	23
El Ministerio Público de la Defensa en Argentina <i>O Ministério Público da Defesa na Argentina</i> Maria Victoria Mosmann, Macarena Cornejo, Daniel Arturo Isa	25
ACESSO À JUSTIÇA <i>ACCESS TO JUSTICE</i>	51
Estratégias da Defensoria Pública de Goiás para a expansão do acesso à justiça <i>Strategies of the Public Defender's Office of Goiás for expanding access to justice</i> Cristiana Maria Baptista Teixeira Conceição, João Pedro Figueiredo Fraguas	53

Mutirão em prol do livre-alvedrio de identidades: os desafios de indivíduos transgênero ante a retificação do nome e a alteração do marcador de gênero no registro civil e o modelo de assistência jurídica gratuita desenvolvido pela Defensoria Pública do Estado do Ceará com o propósito de transformar essa realidade

Program for simultaneous legal assistance to multiple people in favor of free will of identities: the challenges of transgender individuals in the face of name rectification and gender marker change in the civil registry and the free legal assistance model developed by the Public Defender's Office of the State of Ceará with the purpose of transforming this reality

João Mikael Costa de Carvalho

DIREITOS HUMANOS

HUMAN RIGHTS

93

O julgamento do caso “Barco pesqueiro Changri-lá” pelo Supremo Tribunal Federal: algumas considerações

The judgment of the “Changri-lá fishing boat” case by the Supremo Tribunal Federal: some considerations

Débora Medeiros Teixeira de Araújo

Análise da expansão do poder punitivo à luz da criminologia crítica

Analysis of the expansion of punitive power in view of critical criminology

Neon Bruno Doering Morais

Do sacrifício do trabalhador com deficiência: uma análise crítica do Programa de Reabilitação Profissional do INSS

The sacrifice of workers with disabilities: a critical analysis of the INSS Professional Rehabilitation Program

Wanessa Gonzaga do Nascimento

O direito à utilização do nome social post mortem

The right of use the social name post mortem

Lucas Rosado Martinez

Os direitos humanos do paciente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos <i>The patient's human rights in the case law of the Inter-American Court of Human Rights</i> Walber Rondon Ribeiro Filho, Aline Albuquerque	189
DEFENSORIA PÚBLICA <i>PUBLIC DEFENDER'S OFFICE</i>	217
Protection of social and economic rights by Federal Public Defender's Office: reducing inequalities in access to justice to vulnerable groups in brazilian regions? <i>Proteção dos direitos sociais e econômicos pela Defensoria Pública da União: reduzindo desigualdades no acesso à justiça para grupos vulneráveis nas regiões brasileiras?</i> Lígia Mori Madeira, Leonardo Geliski, Ana Paula Boessio	219
ESTUDO DE CASO <i>CASE STUDY</i>	253
United Nations Human Rights Council and its mechanisms <i>O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e seus mecanismos</i> Erico Lima de Oliveira	255
ORIENTAÇÕES PARA AUTORES <i>GUIDELINES FOR AUTHORS</i>	267

APRESENTAÇÃO

Caríssima leitora, caríssimo leitor, para nós esta é uma edição marcante, não pelo fato de as anteriores não terem sido cuidadosamente elaboradas, planejadas e postas ao desafio do escrutínio da vida, mas por ser a última edição da formação do atual Conselho Editorial endógeno, que completa seu ciclo trienal.

Nesse sentido, entendemos por trazer uma apresentação um pouco diferente da forma tradicional, pois cada parágrafo, ao abordar um artigo, foi escrito por uma conselheira ou um conselheiro, numa maneira de dizermos muito obrigado pela paciência e pela atenção dedicadas a apreciar os trabalhos, pelas horas de trabalho incansável a esse desafio de buscar a excelência em mostrar as temáticas que tocam à Defensoria Pública, em levar conhecimento para além de suas atividades ordinárias, sempre buscando imprimir ao mundo acadêmico, profissional e, por que não, da arte as ideias, diálogo e as divergências do campo jurídico. Por isso, também é um espaço para expressar nosso agradecimento por relevante serviço prestado.

Assim, com esse tom, e visando cumprir a missão da Revista de fomentar e disseminar conhecimento afeto à Defensoria Pública, à promoção dos direitos humanos e ao acesso à justiça, esta edição tem como tema especial **“Os Modelos de Assistência Jurídica dos Países do Sul Global”**.

Entre os textos publicados, o artigo intitulado “El Ministerio Público de la Defensa en Argentina”, de autoria de Maria Victoria Mosmann, Macarena Cornejo e Daniel Arturo Isa, apresenta um estudo detalhado sobre a regulamentação e as funções do Ministerio Público de la Defensa na Argentina. Partindo de uma abordagem sociocultural e jurídica, que destaca a relevância da instituição como uma ferramenta essencial para a promoção da justiça social, o texto discute os desafios ao acesso à justiça naquele país, destacando as barreiras econômicas e sociais enfrentadas por grupos vulneráveis, como crianças, indígenas, migrantes, pessoas privadas de liberdade, entre outros. A assistência jurídica pública e gratuita é apontada como uma medida essencial para garantir a equidade no sistema de justiça, assim como a tutela judicial efetiva, sem descuidar das limitações existentes, como a lentidão no trâmite dos processos.

O artigo também destaca o impacto do Acordo de Escazú no papel do Ministério Público de la Defensa, sobretudo no que se refere a grupos vulneráveis em conflitos socioambientais. Em um dos seus pontos mais relevantes, observa como o modelo argentino de defesa pública evoluiu para abarcar uma visão ampliada de vulnerabilidade, indo além de critérios econômicos, apesar de limitações orçamentárias, apoiando-se no trabalho de defensores qualificados, situação que se assemelha à evolução da Defensoria Pública no Brasil.

Em seguida, com foco na Defensoria Pública do estado de Goiás, outro estudo, intitulado “Estratégias da Defensoria Pública de Goiás para a expansão do acesso à justiça”, apresenta um panorama do sistema de defesa pública no país. Baseando-se em dados qualitativos e quantitativos, a pesquisa mostra como esse importante órgão do sistema de justiça vem equilibrando estrutura e orçamento para prestação de um serviço público de qualidade.

Em seguida, temos o artigo “Mutirão em prol do livre-alvedrio de identidades: os desafios de indivíduos transgênero ante a retificação do nome e a alteração do marcador de gênero no registro civil e o modelo de assistência jurídica gratuita desenvolvido pela Defensoria Pública do Estado do Ceará com o propósito de transformar essa realidade”, de João Mikael Costa de Carvalho. O estudo analisa as transformações e desafios nos processos de alteração e retificação do registro civil da população transgênero no Brasil, com foco especial no programa “Transforma” da Defensoria Pública do Ceará. A pesquisa evidencia que, além das mudanças jurisprudenciais, é fundamental desenvolver estratégias institucionais inovadoras, como mutirões de assistência jurídica gratuita, para garantir efetivamente os direitos e a dignidade das pessoas trans.

Trabalhos relevantes são apresentados nas demais seções, tais como o artigo intitulado “O julgamento do caso ‘Barco Pesqueiro Changri-lá’ pelo Supremo Tribunal Federal: algumas considerações”, que aborda o Recurso Extraordinário n.º 954.858/RJ, julgado em 2021 pelo STF, cuja decisão relativizou a imunidade de jurisdição dos Estados em casos de violações de direitos humanos ocorridas em território nacional, fixando o Tema 944. O texto explora os fundamentos do acórdão, insere a jurisprudência brasileira no contexto internacional e reflete sobre os desafios da adaptação do direito interno às mudanças globais, revestindo-se, portanto, de uma contribuição

significativa para o estudo da proteção aos direitos humanos e da evolução do direito internacional no Brasil.

No artigo “Análise da expansão do poder punitivo à luz da criminologia crítica”, Neon Bruno Doering Morais traz uma profunda reflexão sobre como o sistema capitalista se utiliza do Direito Penal para beneficiar os mais privilegiados e aumentar a desigualdade social no nosso país. Demonstra-se, de forma didática e ao mesmo tempo profunda, o quanto o Direito Penal brasileiro é perverso com as camadas menos favorecidas da população, demonstrando que, ao mesmo tempo que os integrantes dos órgãos do Sistema Penal são oriundos das camadas privilegiadas, os que estão encarcerados são, em sua maioria, pessoas pobres e negras. A referida realidade, conforme aborda o artigo, é legitimada pela própria mídia, que acaba colaborando para que a população tenha em mente que o Direito Penal é um instrumento hábil para resolver um problema brasileiro, quando, em verdade, ele acaba sendo utilizado como uma forma de controle punitivo das pessoas desprivilegiadas, sendo mais uma, entre tantas, das consequências maléficas do capitalismo.

O Programa de Reabilitação Profissional do INSS é tema do trabalho de autoria da Wanessa Gonzaga do Nascimento, com foco nos trabalhadores pobres e com deficiência. Segundo a autora, um dos principais problemas enfrentados está relacionado à falta de integração desse serviço com o campo da saúde do trabalhador, além da rigidez da estrutura hierárquica do programa, demonstrada de forma dolorosa através do estado de caso da Sra. Maria José.

No artigo intitulado “O direito à utilização do nome social *post mortem*”, Lucas Rosado Martinez examina o conflito entre o direito do indivíduo transexual/transgênero ao uso do nome social *post mortem* e a vontade familiar quanto aos registros funerários, analisando, por meio de pesquisa jurisprudencial e doutrinária, os mecanismos jurídicos que possam assegurar a prevalência do direito da pessoa trans após seu falecimento.

O texto relativo aos direitos humanos do paciente na jurisprudência da Corte IDH elenca os principais casos do CIDH que guardam estreita conexão com os direitos amparados pela CADH, *inter alia*, o direito à vida, a proibição da tortura, o direito à liberdade, o direito à informação e o direito à saúde. Um dos grandes referenciais do texto é a identificação do

autoritarismo da região, que se reflete nos direitos do paciente e como a Corte IDH vem modificando esse cenário. Ademais, o artigo recorda um dos princípios basilares do Direito dos Tratados, *pacta sunt servanda*. A partir do momento em que os Estados aceitam a jurisdição da Corte IDH, devem esses cumprir suas decisões.

Por sua vez, o texto relativo à proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais analisa a judicialização desses direitos a partir da atuação da DPU e à luz da jurisprudência dos tribunais brasileiros, mas sem olvidar as tendências do CIDH.

Finalmente, no estudo de caso “*United Nations Human Rights Council and its mechanisms*”, o autor Erico Lima de Oliveira oferece uma análise esclarecedora sobre a distinção entre mecanismos jurídicos e políticos no monitoramento e na aplicação do direito internacional dos direitos humanos.

Esta edição reafirma nosso compromisso com a produção acadêmica de qualidade e com a promoção dos direitos humanos, apresentando análises que contribuem para o avanço do pensamento jurídico e para a efetivação da dignidade humana.

Boa leitura!

Direção da ENADPU e Conselho Editorial Endógeno da Revista

EDITORIAL

O Comentário Geral 32 emitido pelo Comitê de Direitos Humanos ao tratar do artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos menciona diversas vezes a necessidade da assistência jurídica gratuita. Referido dispositivo trata do direito à igualdade perante os tribunais e as cortes de justiça. O artigo 14(3)(d), a seu turno, dispõe que “toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, *inter alia*, de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo”. O Comentário explicita que a “disponibilidade ou ausência de assistência jurídica muitas vezes determina se uma pessoa pode aceder aos processos relevantes ou participar neles de forma significativa. Enquanto o artigo 14 aborda explicitamente a garantia de assistência jurídica em processos criminais no parágrafo 3(d), os Estados são encorajados a fornecer assistência jurídica gratuita em outros casos, para indivíduos que não têm meios suficientes para pagar por ela”¹.

Em 13 de novembro de 2014 entrou em vigor o Decreto 8.343, que promulgou a Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça, firmada pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 25 de outubro de 1980. A Convenção representa um ponto de mudança na assistência jurídica em diversos Estados que ratificaram o instrumento, sobretudo aqueles que estão em situação de extrema vulnerabilidade. Conforme seu artigo 1º, “[os] nacionais e os habitualmente residentes em qualquer Estado Contratante terão o direito de receber assistência judiciária para procedimentos judiciais referentes a matéria civil e comercial em outro Estado Contratante, nas mesmas condições que receberiam caso fossem nacionais ou residentes habituais daquele Estado”.

Observa-se que a assistência está restrita aos procedimentos de caráter civil e comercial, e que esses Estados contratantes devem providenciar a assistência

¹ HRC, Comentário Geral 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial CCPR/C/GC/32, 23 August 2007, par. 10.

conforme seus ordenamentos jurídicos, ou seja, um Estado que não tenha uma Defensoria Pública constituída recorrerá necessariamente a advogados *pro bono*. Esse é um exemplo da necessidade de se adotar uma assistência jurídica uniforme, sobretudo em países do chamado Sul Global, que engloba Estados em diferentes níveis de desenvolvimento.

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por seu turno, editou o Comentário Geral 24, sobre as obrigações dos Estados em virtude do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no contexto das atividades empresariais. O documento se refere às barreiras ao acesso efetivo a soluções para as vítimas de danos humanos, tais como a indisponibilidade de mecanismos de reparação coletiva quando as violações são generalizadas e difusas; e a falta de assistência jurídica. Em outro ponto, o texto também se refere ao compromisso dos Estados-partes de tomar as medidas necessárias para enfrentar esses desafios, a fim de evitar a negação de justiça e garantir o direito a recurso e reparação efetivos, exigindo, portanto, que os Estados-partes removam barreiras substantivas, processuais e práticas a soluções, inclusive através do fornecimento de assistência jurídica².

Percebe-se, portanto, que o direito à assistência jurídica já está presente nos vários espectros do sistema de tratado das Nações Unidas. Esse, a seu turno, compreende não apenas a Declaração Universal de Direitos Humanos, mas também outros tratados, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, a Convenção contra a Tortura, Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outros. Cada tratado procura proteger grupos ou questões específicas que não poderiam caber na DUDH, dada a sua natureza fundamental. Por exemplo, o PIDCP afirma, no seu Artigo 2(2), que “[os] direitos enunciados no presente Pacto serão exercidos sem discriminação de qualquer espécie quanto à raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, nacionalidade ou origem social, propriedade, nascimento ou outro estatuto”.

Além disso, cada tratado possui mecanismos específicos para lidar com potenciais violações dos direitos protegidos. Como exemplificado por

² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, E/C.12/GC/24.

Simma ao analisar a Convenção contra a Tortura: “A Convenção contém apenas um conjunto de obrigações para os seus Estados-partes e em nenhum lugar declara expressamente os direitos humanos individuais de estar livre de tortura; a Convenção pressupõe este direito consagrado em outros tratados de direitos humanos – ‘subjacentes’ à CAT, por assim dizer – como o PIDCP, bem como em regras de direito internacional geral *juris cogentis* sobre o combate à impunidade de crimes internacionais”³. Nesse sentido, o Protocolo Facultativo da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes estabelece, no seu Artigo 2(1), o Subcomitê para a Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes do Comitê contra a Tortura, que tem mandato para visitar qualquer lugar sob a jurisdição e o controle de um Estado-parte onde as pessoas sejam ou possam ser privadas de sua liberdade, seja em virtude de uma ordem dada por uma autoridade pública ou por sua instigação ou com o seu consentimento ou aquiescência, de acordo com o Artigo 4(1) do Protocolo Facultativo.

Como outra ilustração do procedimento específico, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial adotou alertas precoces e procedimentos urgentes quando há indicação da existência de alguns indicadores, *inter alia*, tais como a presença de um padrão significativo e persistente de discriminação racial, conforme evidenciado nos aspectos sociais e econômicos; presença de um padrão de escalada de ódio e violência racial, ou de propaganda racista ou apelos à intolerância racial por parte de pessoas, grupos ou organizações, nomeadamente por funcionários eleitos ou outros funcionários do Estado; adoção de nova legislação discriminatória; políticas de segregação ou exclusão de facto de membros de um grupo da vida política, econômica, social e cultural; falta de um quadro legislativo adequado que defina e criminalize todas as formas de discriminação racial ou falta de mecanismos eficazes, incluindo a falta de procedimentos de recurso.

O Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres estabelece, no seu artigo 8.º, o procedimento de inquérito. Além disso, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no seu artigo 6.º,

³ SIMMA, B. The International Court of Justice. *In*: MÉGRET, F.; ALSTON, P. (ed.). **The United Nations and Human Rights**. 2nd ed. OUP, 2020, p. 163.

estabelece o mesmo procedimento. Além desses paradigmas, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados estabelece, no seu artigo 30.º, n.º 1, o procedimento para solicitar medidas urgentes ao Comitê dos Desaparecimentos Forçados e à Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todas as Pessoas. Trabalhadores Migrantes e Membros das Suas Famílias “é o único tratado fundamental de direitos humanos que atribui explicitamente um papel à OIT no seu mecanismo de supervisão”⁴. Esses são apenas alguns exemplos de soluções estabelecidas por esses tratados para abordar questões específicas.

Além disso, os Comitês estabelecidos pelo sistema de tratados de direitos humanos das Nações Unidas são mais capazes de abordar questões específicas relacionadas com o respectivo tratado. Tal como explicado por Andrew Byrnes ao falar sobre a CEDAW, “na sua jurisprudência, o Comitê fez contribuições significativas em casos que envolvem a extensão das obrigações dos Estados-partes em relação à conduta discriminatória de setores privados (especialmente a violência contra as mulheres), o direito à não discriminação no gozo do direito à saúde (incluindo os direitos reprodutivos), não discriminação no direito consuetudinário de herança e a obrigação dos Estados-partes de abordar os estereótipos de gênero”⁵.

Além disso, mesmo que haja probabilidade de sobreposição de decisões, cada órgão do tratado terá um foco particular ao emitir os seus próprios pontos de vista, que é o objeto e a finalidade do tratado. Sobre essa questão, Andrew Byrnes afirma que “a Recomendação Geral 23 da CEDAW pode ser contrastada com o Comentário Geral 25 do CDH. Ambos cobrem temas semelhantes – direitos de participação na vida política e pública – e, de fato, o texto da CEDAW baseia-se em partes do texto do Comitê dos Direitos Humanos. Mas o Comentário Geral do Comitê dos Direitos Humanos é um documento mais redigido, sem extenso material contextual, que procura estabelecer em termos jurídicos as obrigações de um Estado-parte

⁴ CHETAIL, V. The Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families. In: MÉGRET, F.; ALSTON, P. (ed.). **The United Nations and Human Rights**. 2nd ed. OUP, 2020, p. 625.

⁵ BYRNES, A. The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. In: MÉGRET, F.; ALSTON, P. (ed.). **The United Nations and Human Rights**. 2nd ed. OUP, 2020, p. 429.

nos termos do Artigo 25 do PIDCP. A Recomendação Geral da CEDAW, por outro lado, é muito mais longa e mais discursiva”⁶.

Assim, como demonstrado, convenções como o PIDCP e o PIDESC, apesar da sua enorme importância, ao transformarem os direitos expressos na DUDH em direitos palpáveis, não podem garantir as proteções que essas questões ou grupos necessitam, especialmente em ações urgentes. Grupos como mulheres, refugiados, povos indígenas, crianças e pessoas com deficiência e questões como tortura, discriminação racial e desaparecimentos forçados são objetos de salvaguarda especial por parte da comunidade internacional, porque houve um consenso por parte de um número considerável de Estados de que essas questões/ grupos não foram devidamente protegidos pela Declaração Internacional de Direitos.

O número significativo de tratados de direitos humanos que contemplam outros direitos além da DUDH não significa falha na preservação e defesa desses direitos. Pelo contrário, significa que os Estados estão mais inclinados a proteger os direitos humanos, ratificando esses tratados e incorporando-os na legislação interna. No entanto, para que esses direitos sejam concretizados na prática, é necessário que os Estados, sobretudo os do chamado Sul Global, coloquem à disposição de suas populações, especialmente as mais vulneráveis, um sistema de assistência jurídica que seja eficaz, inclusive em acionar o sistema onusiano de proteção aos direitos humanos quando necessário.

Érico Lima de Oliveira

Editor-Chefe da Revista da Defensoria Pública da União

⁶ BYRNES, A. The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. *In*: MÉGRET, F; ALSTON, P. (ed.). **The United Nations and Human Rights**. 2nd ed. OUP, 2020, p. 416.

SEÇÃO TEMÁTICA ESPECIAL

**OS MODELOS DE ASSISTÊNCIA
JURÍDICA DOS PAÍSES DO SUL GLOBAL**

*THE LEGAL AID MODELS OF THE COUNTRIES
OF THE GLOBAL SOUTH*

EL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA EN ARGENTINA

O MINISTÉRIO PÚBLICO DA DEFESA NA ARGENTINA

Maria Victoria Mosmann

*(Doctoranda - Universidad de Salamanca, Jueza de Primera Instancia de la
Provincia de Salta - Argentina)
mvmosmann@gmail.com*

Macarena Cornejo

*(Especialista Derechos de daños - Universidad del Litoral.
Abogada Auxiliar Juzgado de Minas - Salta)*

Daniel Arturo Isa

*(Abogado - Universidad Católica de Salta. Abogado auxiliar del
Juzgado de Minas - Salta)*

RESUMEN

El presente artículo relata el actual estado de regulación del Ministerio Público de la Defensa argentino a partir de las últimas reformas y cómo ha impactado en ellas el marco convencional. Las desigualdades sociales existentes en Argentina no se limitan solo a lo económico, sino que las situaciones de vulnerabilidad son múltiples y diversas, realidad que en Argentina ha sido recogida por la legislación, con una mirada que busca a su vez la comprensión sociocultural de los destinatarios de la defensa.

Palabras clave: Ministerio público, defensa pública, pobreza, personas en situación de vulnerabilidad

RESUMO

Este artigo descreve o estado atual da regulação do Ministério Público da Defesa da Argentina desde as últimas reformas e como o marco convencional as impactou. As desigualdades sociais existentes na Argentina não se limitam apenas às desigualdades econômicas, mas as situações de

vulnerabilidade são múltiplas e diversas, realidade que tem sido assumida pela legislação na Argentina, com um olhar que busca uma compreensão sociocultural dos destinatários da defesa.

Palavras-chave: Ministério Público. Defesa pública. Pobreza. Pessoas em situação de vulnerabilidade.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 3. LA DEFENSA CIVIL PÚBLICA EN ARGENTINA: EL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA. 3.1 El Ministerio Público de la Defensa. 3.1.1 Los Defensores Públicos Oficiales. 3.1.2 Asistencia oficial para la defensa y ejercicio de derechos distintos de la defensa técnica penal. 3.1.3 Defensores Públicos Oficiales de personas de bajo recursos, en situación de vulnerabilidad o ausentes. 3.1.4 Las víctimas de delito. 3.1.5 Los Defensores Públicos Oficiales de Menores e Incapaces. 3.1.6 Los Defensores Públicos Oficiales Tutores. 3.1.7 Los Defensores Públicos Oficiales Curadores. 3.1.8 Las personas internadas en forma involuntaria por motivos de salud mental. 4. EL IMPACTO DEL ACUERDO DE ESCAZÚ EN EL ROL DE LA DEFENSA PÚBLICA ARGENTINA. 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia en Argentina tiene, en la pobreza y la desigualdad sociocultural, grandes enemigos. En efecto, el planteo de cualquier caso comienza por el asesoramiento jurídico, cuyos costos resultan impositivos para un alto porcentaje de la población, como veremos en el punto siguiente.

Este límite, el económico, no es el único que dificulta o impide el acceso a la tutela judicial efectiva, también lo son otras situaciones de vulnerabilidad como las que transitan los niños, niñas o adolescentes, adultos mayores, indígenas, mujeres, víctimas de delitos, migrantes, personas privadas de libertad, con discapacidad, entre muchas otras. La vulnerabilidad o la pertenencia a grupos vulnerables aparece como categoría a proteger con medidas de acción positiva que permitan su equiparación con quienes no

encuentran obstáculos a su pleno acceso a la justicia, y una de ellas es el acceso a la defensa pública gratuita y de calidad.

2. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

A pesar del amplio reconocimiento normativo del acceso a la justicia como derecho fundamental de todas las personas, los informes producidos a nivel global y regional ponen de manifiesto la persistencia de importantes barreras para su efectivización, que afectan principalmente a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad.

Según datos del Índice de Estado de Derecho de World Justice Project de 2024¹, Argentina ocupa el puesto 63 de 142 países en el índice global con 0,55 puntos en una escala de 0 a 1 (puesto 13 de 32 en el ámbito regional), con una puntuación de 0,56 en materia de acceso a la justicia civil, indicador que valora pautas como acceso a los juzgados, costos en el acceso y de los servicios de asesoría legal, corrupción, duración de los procedimientos y cumplimiento de las decisiones judiciales, lo que sitúa al país en el puesto 57° a nivel global y 11° en la región.

Cabe destacar que esta puntuación resultó idéntica en el aspecto global a la obtenida por el país para los años 2022 y 2023. En conjunto, las calificaciones obtenidas para los tres años anteriores muestran una disminución en los puntajes de 0,58 correspondientes al período 2017 – 2020.

Como resultado particular se destaca que, si bien el subfactor referido al nivel de acceso a la justicia y costos de los servicios legales registró la puntuación de 0,72 (puesto global n.º 13 de 142 países y 5° en la región), se observan puntajes sensiblemente inferiores a la media mundial y regional en aspectos vinculados a la existencia de corrupción en el sistema de justicia civil (0,54), la presencia de influencias indebidas (0,46) y la razonabilidad en los plazos de tramitación (0,72, es decir, el puesto 113 a nivel global). Por otro lado, los resultados acumulados del Índice arrojan un dato alarmante:

¹ WORLD JUSTICE PROJECT (WJP). **Measuring the justice gap**: A People-Centered Assessment of Unmet Justice Needs Around the World, 2019.

por séptimo año consecutivo, el estado de derecho se ha debilitado en la mayoría de los países relevados (el 57% de 2023 a 2024).

Además del Índice Global de Estado de Derecho, la organización World Justice Project llevó a cabo un relevamiento a nivel mundial en el año 2019 titulado «Measuring the justice gap: A People-Centered Assessment of Unmet Justice Needs Around the World», en el que se evidenció que 1.5 mil millones de personas no logran acceder a la justicia civil, administrativa o penal para la resolución de sus conflictos cotidianos; 4.5 mil millones de personas están excluidas de las oportunidades que el derecho otorga – carecen de herramientas legales, tales como documentos de identidad, contratos de alquiler y acuerdos formales de trabajo –; y 253 millones de personas viven en condiciones de extrema injusticia – apátridas, víctimas de modernas formas de esclavitud, y aquellas que viven en estados débiles con elevadísimos niveles de inseguridad².

En el ámbito nacional, el diagnóstico nacional de Necesidades Jurídicas Insatisfechas, realizado como parte del programa «Justicia 2020» durante los meses de mayo a noviembre de 2019, obtuvo como resultado que dos tercios de la población ha experimentado problemas jurídicos en los últimos tres años y que el 16,3% presenta necesidades jurídicas insatisfechas; entendiendo como tales a aquellas necesidades jurídicas frente a las cuales el sujeto no ha actuado, o bien cuando habiendo actuado, se encuentra insatisfecho respecto de las respuestas obtenidas como resultado de su propio accionar o el de terceros³.

En el caso de Argentina, el aspecto socioeconómico impacta directamente en la frecuencia con que se experimentan problemas jurídicos, la cual disminuye en forma considerable a medida que aumenta el nivel económico-social. Según el Informe Final sobre «Acceso a la Justicia y condiciones de desigualdad social», elaborado en 2019 por el Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina (UCA) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 37,5% de las

² WORLD JUSTICE PROJECT (WJP). **Rule of Law Index**, 2024.

³ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN. **Segundo estudio de necesidades jurídicas insatisfechas y niveles de acceso a la justicia (2018-2019)**, 2019.

personas en el estrato muy bajo experimentan este tipo de problemas y un 17,6% en el medio alto⁴.

Esto se replica en los estratos socio-ocupacionales, donde los problemas difíciles de resolver en materia civil aumentan significativamente cuando disminuye el estrato socio-ocupacional: un 36,4% en el estrato trabajador marginal ha experimentado problemas relacionados con su familia⁵ y un 17,2% en el medio profesional, con un salto significativo entre los estratos medios y los restantes.

También se observa que las necesidades jurídicas insatisfechas disminuyen al aumentar el nivel socioeconómico, siendo en el nivel muy bajo mayores que en el medio alto. Esto se refleja de manera similar en los estratos socio-ocupacionales, pues el estrato de trabajadores marginales presenta más necesidades jurídicas insatisfechas que el resto (65,0%). A su vez, la insatisfacción con el resultado – expresada en la existencia de necesidades jurídicas insatisfechas – es más frecuente en los hogares en condición de indigencia y, al mismo tiempo, aumenta en los hogares con carencias en materia de derechos sociales.

3. LA DEFENSA CIVIL PÚBLICA EN ARGENTINA: EL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA

La reforma de la Constitución Nacional acaecida en 1994 trajo aparejada la creación de un Ministerio Público autónomo, con funciones tanto en lo fiscal como en la defensa, disponiendo que:

El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros

⁴ AMADASI, E.; SALVIA, A. (coord.). **Acceso a la Justicia y condiciones de desigualdad social**: informe final, 2019.

⁵ El Informe define a los problemas familiares como «aquellos relacionados con herencias, divorcio, cuota alimentaria, adicciones, peleas económicas entre familiares o adopciones». *Ibidem*, p. 5.

gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

Cabe destacar que la defensa de determinadas personas a cargo del Estado existía en Argentina con anterioridad a la recepción del Ministerio Público⁶ en el artículo 120 C.N. reconoce origen en las ordenanzas provisionales del Cabildo, Justicia y Regimiento de la Ciudad de Buenos Aires del 21 de octubre de 1814⁷. Constituido definitivamente el país, la defensa pública, siguiendo la tradición antes referida, pasó a integrar el poder judicial. A nivel nacional, carecía de un superior jerárquico y se hallaba dividido en dos ramas:

el Ministerio Público de Menores e Incapaces y las defensorías de pobres y ausentes. Mientras el primero – que estaba integrado por los asesores de menores de primera instancia, de cámara y ante los tribunales orales en lo criminal – intervenía en todo asunto judicial que interesara a la persona o bienes de los menores de edad, dementes y demás incapaces, y entablaba en su defensa las acciones y recursos necesarios, sea directa o juntamente con los representantes de aquellos, a las defensorías de pobres y ausentes incumbía, fundamentalmente, en materia civil y comercial, el patrocinio en juicio de las personas que hubiesen obtenido el beneficio de litigar sin gastos, la representación y defensa de los ausentes con presunción de fallecimiento y de las personas cuyo nombre no se conociera o se ignorara su domicilio y,

⁶ En ese sentido describe Candiotti que, en 1814, Gervasio Antonio Posadas, flamante director de las Provincias Unidas, dictó una serie de *Ordenanzas Provisionales del Excelentísimo Cabildo, Justicia y Regimiento de la Ciudad de Buenos Aires* que reafirmaron las funciones tradicionales del cabildo, y declararon vigentes los rasgos centrales de la *Real Ordenanza de Intendentes* de 1782. En ellas incorporó la iniciativa de establecer un asesor letrado para auxiliar a los alcaldes y defensores (de pobres y de menores) en la tramitación de los juicios apelando al «mejor desempeño de la administración de justicia y consultando el mejor acierto de las deliberaciones en puntos de derecho la Junta de Observación – nuevo órgano de carácter legislativo heredero de la Junta Grande – dictó un nuevo *Estatuto Provisional en 1815* que se insertó en la larga disputa por la eficacia de la justicia y las garantías en el proceso, intentando maximizar las garantías del acusado al permitirle designar, más allá del posible patrocinio de un letrado, un veedor con el nombre de *padrino*. Este sería designado «a voluntad del reo», para ayudarlo «en todo aquello en que por el temor, pocos talentos, u otra causa, no pueda por sí mismo expresarse» y para acompañarlo en los diversos pasos del proceso criminal. Con posterioridad, una ley aprobada a instancias de Bernardino Rivadavia para la provincia de Buenos Aires aprobada el 24 de diciembre de 1821 disponía La designación de un defensor de pobres, menores y procurador general de la provincia (con una dotación de mil doscientos pesos) que reemplazaría al del cabildo. CANDIOTTI, M. **Ley, justicia y revolución en Buenos Aires, 1810-1830**: Una historia política, 2015.

⁷ PALACIO, L. E. **Manual de derecho procesal civil**, 2003.

en materia penal, la defensa de los imputados que no hubiesen designado defensor de confianza⁸.

Resulta claro que el factor determinante para recibir asistencia letrada gratuita en las actuaciones judiciales se hallaba limitado al supuesto de ser incapaz, ausente, en cuyo caso el defensor velaba por los intereses de las personas con esas condiciones, o ser una persona capaz pero tener bajos recursos presuponiendo imposibilidad de afrontar los gastos de un abogado particular, atendiendo así a un criterio monetarista.

Luego de la reforma constitucional del año 1994, vista la necesidad de contar con un órgano autónomo que se ocupase no solo de la defensa pública de determinadas personas sino también de la defensa de la legalidad en pos del interés del Estado, se creó el Ministerio Público con sus dos facetas: la de defensa y la fiscal.

El funcionamiento de dicho organismo fue en un primer momento establecido por la Ley n.º 24.946 que en su artículo 1º dispone: que el Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Como principios generales señala el de jerarquía, el de unidad de actuación e independencia. La norma deja establecido que el órgano se encuentra compuesto por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, imponiendo como funciones las de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. b) Representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera. c) Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, salvo cuando para intentarla o proseguirla fuere necesario instancia o requerimiento de parte, conforme las leyes penales. d) Promover la acción civil en los casos previstos por la ley. e) Intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombre de las personas, venias supletorias, declaraciones de pobreza. f) En los que se alegue privación de justicia. g) Velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República. h) Velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal. i) Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la

⁸ PALACIO, L. E. **Manual de derecho procesal civil**, 2003.

protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieran a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos. j) Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales. k) Ejercer la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas penales, y en otros fueros cuando aquellos fueren pobres o estuvieren ausentes. l) Velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación. m) Intervenir en todos los procesos judiciales en que se solicite la ciudadanía argentina.

De la enumeración realizada precedentemente se desprende la asignación de funciones a ser compartidas por ambos componentes y otras que corresponden exclusivamente a uno u otro. Entre las primeras la ley exige la protección de los menores, incapaces e inhabilitados y también ejercer la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas penales, y en otros fueros cuando aquéllos fueren pobres o estuvieren ausentes (inciso k). Con ello la norma recoge la tradición anterior, estableciendo la defensa a cargo del estado de todas las personas en asuntos penales y de los ausentes, menores, incapaces y pobres para el resto de los asuntos – los no penales.

A partir del artículo 33, la ley regula lo atinente al Ministerio Público Fiscal, haciendo lo propio respecto al ministerio público de la defensa a partir del artículo 51. Con posterioridad, el 18 de junio de 2015, se sancionaron leyes con gran incidencia sobre la organización de este órgano. Así la ley 27.149 estableció una nueva regulación respecto al Ministerio Público Fiscal disponiendo la modificación respecto del poder disciplinario del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación, y de la convocatoria de su tribunal de enjuiciamiento y la integración del mismo por vocales abogados con matrícula federal, estableciendo para ello

la derogación de toda norma, acordada, resolución o cualquier disposición reglamentaria parcial o totalmente contrarias a esa ley (artículo 89).

3.1 El Ministerio Público de la Defensa

Por su parte, mediante la sanción de Ley n.º 27.149 (B.O. 18/06/2015) se establecieron nuevas reglas para el Ministerio Público de la Defensa, derogando la ley 24.946 y sus modificatorias en lo pertinente al Ministerio Público de la Defensa y a las disposiciones referentes a sus integrantes, así como toda otra disposición contraria a dicha ley (artículo 85).

La modificación introducida por la norma resulta trascendental e implica un salto cualitativo respecto a la legislación anterior ya que, tanto en su finalidad como en los medios y procedimientos que describe, contiene el desarrollo en el marco normativo nacional y supranacional relativo a la protección de los derechos humanos. Así en el artículo primero establece como su función principal la de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, de acuerdo a los principios, funciones y previsiones establecidas en la dicha ley, agregando «que promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad».

Si bien en la disposición se mantienen los principios que ya se habían legislado expresamente en la normativa derogada esto es Independencia y autonomía funcional (artículo 2) y Autarquía financiera (artículo 3) y principio de jerarquía, disponiendo en relación a este último que la unidad de actuación no afecta la autonomía y especificidad propia del desempeño de los defensores públicos ni puede perjudicar a los asistidos o defendidos, asimismo se establecen principios específicos para el desarrollo de las actividades de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa. En ese sentido, se establecen los siguientes puntos: a) Protección jurídica, que implica que sus miembros cumplan e insten a hacer cumplir la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos, las leyes, las reglamentaciones, los protocolos de actuación y toda disposición para la protección y defensa de la persona, en especial, el acceso a la justicia de

quienes se encuentren en condición de vulnerabilidad o con discriminación estructural, el que estará sujeto a un diligenciamiento preferencial; b) interés predominante del asistido o defendido; c) intervención supletoria, es decir que cesan su participación cuando la persona asistida ejercite su derecho a designar un abogado particular o asuma su propia defensa, en los casos y en la forma que las leyes autorizan, salvo los supuestos de intervención por mandato legal o previsión del servicio de Defensa Pública; d) reserva respecto de los asuntos que lleguen a su conocimiento, cuidando de no afectar a terceros, y de conformidad con las previsiones específicas; e) garantizar la transparencia de su actividad, informar mediante lenguaje sencillo y práctica desformalizada respecto a las disposiciones y criterios que orientan su actuación y los resultados de su gestión, preservando los diversos derechos que puedan encontrarse en juego; f) Gratuidad e intervención, entendiendo que los servicios que presta el Ministerio Público de la Defensa son gratuitos para quienes se encuentren abarcados por las condiciones requeridas en la presente ley y su reglamentación pudiendo establecer los criterios objetivos y subjetivos de limitación de recursos económicos o vulnerabilidad que habiliten la provisión del servicio de Defensa Pública más allá de los casos en los que correspondiere su intervención obligada.

Tal como se puede observar del análisis de los principios explicitados por la norma, ahora la defensa pública se centra especialmente en garantizar el acceso de todas las personas a la justicia, dejando ver que tiene una concepción amplia y acorde con el desarrollo actual de este concepto ya que, por ejemplo, incluye previsiones respecto de la necesidad de brindar información y de utilizar lenguaje claro. Como derivación fundamental de ello se desprende que la actuación de la defensa pública puede ser de carácter necesario conforme lo exige la ley o de carácter voluntario, entendiendo con ello que interviene a pedido de alguna parte que así lo requiera. Y aquí lo trascendental, el criterio para habilitar su actuación, en este último supuesto, deja de ser solo economicista y en cambio se centra en la situación de vulnerabilidad que reviste la persona. El MPD se encuentra compuesto por a) La Defensoría General de la Nación, en su carácter de órgano superior, administra y gestiona la provisión del servicio de Defensa Pública, garantiza su prestación efectiva y adecuada, y diseña y ejecuta sus políticas públicas. b) La Defensoría Pública que es responsable primaria de la representación y asistencia en casos ante diversos fueros e instancias, y c)

El Consejo Asesor del Ministerio Público de la Defensa que es el órgano consultivo del Defensor General de la Nación.

Los integrantes de la defensoría pública son los defensores Públicos ante las distintas instancias, los Defensores Públicos de Víctimas, Defensores Públicos Tutores y Defensores Públicos Curadores.

3.1.1 Los Defensores Públicos Oficiales

La posibilidad de contar con un asesoramiento letrado gratuito en el sistema creado por la Ley 27.149 se verifica a través de la actuación de los defensores públicos oficiales. Ahora bien, la actuación de estos magistrados resulta necesaria e indispensable en el fuero penal cuando el defendido no ha designado un defensor particular. En estos casos resulta totalmente indiferente la situación en la que se encuentre el acusado de un delito, resulta una garantía insoslayable que este cuente con una debida defensa. Así, tienen atribuida la función de ejercer la defensa de las personas imputadas en causas penales en los supuestos en los que se requiera, y realizar las medidas de investigación de la defensa que resulten necesarias, conforme lo previsto por la Constitución Nacional y el Código Procesal Penal de la Nación. La asistencia a las personas que lo requieran debe iniciarse desde que se encuentran detenidas en sedes policiales o de otros organismos de seguridad y hasta la conclusión de la etapa de ejecución de la pena (artículo 42 inc. b). Para la actuación en este fuero también prevé la obligación de realizar visitas y tomar medidas para asegurar la vigencia de los derechos y garantías de los asistidos o defendidos alojados en establecimientos de detención, de internación o que impliquen cualquier forma de privación de la libertad (inc. j) e intervenir en todos los procesos disciplinarios que se realicen en los ámbitos de privación de libertad o de internación (inc. k).

En cuanto a fuero no penal, la norma establece una serie de funciones exclusivas para este ámbito, tales como ejercer el patrocinio y representación en juicio como actor o demandado, en los distintos fueros, de quien invoque y justifique limitación de recursos para afrontar los gastos del proceso, situación de vulnerabilidad o cuando estuviere ausente y fuere citado por edictos (inc. a), ejercer, en los casos que corresponda, la representación del consumidor o usuario ante conflictos en las relaciones de consumo (inc.

c), arbitrar los medios para hallar al demandado ausente (inc. e), ejercer la representación de las personas en sede administrativa cuando la naturaleza de los derechos en juego exija la actuación de un defensor público oficial, de conformidad con la normativa establecida al efecto.

Junto a las funciones propias de cada fuero de actuación, los defensores tienen funciones legales que deben ser ejercidas con independencia de la materia que traten. Estas resultan fundamentales y son: intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos a la resolución judicial de conflictos, con carácter previo a la promoción de un proceso en los casos, materias y fueros que corresponda presentando, en su caso, a los jueces, los acuerdos alcanzados para su homologación (inc. d), contestar las consultas formuladas por personas con recursos limitados para afrontar los gastos del proceso o en situación de vulnerabilidad y asistirles en los trámites pertinentes y dar respuesta a las consultas en materia penal efectuadas por cualquier persona que requiera la asistencia de un defensor público (inc. f), intervenir en todo acto procesal del cual pueda derivarse un beneficio o perjuicio para sus asistidos o defendidos (inc. g), instar el agotamiento de las vías recursivas a fin de proponer la mejor solución jurídica para sus defendidos o asistidos (inc. s), desplegar acciones de abordaje territorial y relevamiento de demandas individuales y colectivas, si las características de la problemática o la situación de vulnerabilidad las exigieran, para la optimización de la prestación del servicio (inc. m) y promover la defensa y protección de los derechos económicos, sociales y culturales mediante acciones judiciales y extrajudiciales, de carácter individual o colectivos (inc. o).

3.1.2 Asistencia oficial para la defensa y ejercicio de derechos distintos de la defensa técnica penal

Existe un vasto campo de actuación en los que se puede recurrir a la asistencia letrada gratuita para cuestiones que diferentes a la defensa técnica penal. Los supuestos de intervención en este caso son amplios, y pueden ser también de carácter complementario, exigido por la norma, principal y voluntario para quién lo requiere.

3.1.3 Defensores Públicos Oficiales de personas de bajo recursos, en situación de vulnerabilidad o ausentes

Es este ámbito, donde la nueva ley orgánica del Ministerio Público de la defensa resulta novedosa y superadora, ya que pasa del modelo tradicional de defensor público de pobres y ausentes, modelo aún muy vigente en muchas jurisdicciones del país, a un modelo de un defensor de la garantía de acceso a la justicia para todas las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, no ya solo a las que lo son en razón de su situación de pobreza. Y aún más, los defensores públicos se encuentran ahora indiscutidamente habilitados a plantear demandas colectivas frente a situaciones de vulnerabilidad estructural que detecten en sus asistidos.

En este marco, se inscribe la Resolución de la Defensoría General n.º 230/2017 que establece las pautas que reglamentan la función a cargo de los Defensores Públicos de Ejercer el patrocinio y representación en juicio como actor o demandado, en los distintos fueros, de quien invoque y justifique limitación de recursos para afrontar los gastos del proceso, situación de vulnerabilidad o cuando estuviere ausente y fuere citado por edictos. En los considerandos de la resolución expresamente se invoca a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que reconocen el derecho de acceso a la justicia en distintos términos – v.gr. derecho a un recurso efectivo, a ocurrir ante los tribunales, a un recurso sencillo y rápido –, que responden a similares conceptos y han sido formulados con un alcance de gran amplitud (cf. art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Asimismo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad destacan «la relevancia del asesoramiento técnico jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad: [...] En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales [...]» (cf. regla 28), a la par que establecen que «[...] se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones [...]» (cf. regla 31).

En ese contexto dispone que la solicitud de patrocinio puede ser realizada por personas humanas o personas jurídicas. En el caso de las primeras, el patrocinio gratuito se habilita cuando se invoque y justifique limitación en los recursos económicos para afrontar los gastos del proceso o situación de vulnerabilidad, ofreciendo una alternativa entre ambas condiciones y, con ello, ampliando el universo de posibles asistidos. A los fines de acreditar la situación económica, se requiere una declaración jurada donde figuren los bienes e ingresos con los que cuenta y la conformación de su grupo familiar, que puede ser auditada por el ministerio. La comprobación de la falsedad injustificada en cualquiera de los datos de situación económica de la declaración jurada implica el cese de la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita, a excepción de que el solicitante aún reuniera los requisitos de procedencia previstos en la reglamentación, que no podrían ser otros que encontrarse incurso en una situación de vulnerabilidad que le dificulte o impida el acceso a la justicia. La pauta objetiva para evaluar el nivel de ingresos máximos es que el requirente no debe superar el monto obtenido de la suma de dos salarios mínimos vitales y móviles vigentes al momento de evaluar la procedencia, ello sin perjuicio de que se podrá evaluar asimismo el grupo familiar y demás personas que tuviera a cargo, pudiendo solicitarse la producción de informes sociales para ello.

La reglamentación expresamente establece que cuando se superen los ingresos mínimos previstos, solo procederá la asistencia gratuita ante la condición de vulnerabilidad particular situación en la que se conjuguen condiciones de vulnerabilidad y la imposibilidad de acceso a la justicia, que en la práctica operan como barreras para el reaseguro de derechos fundamentales. Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, enumerando posibles causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad («Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad», Reglas 3 y 4). La comprobación de la situación de vulnerabilidad es optativa, a diferencia de lo que sucede con el factor económico, pudiendo en este caso verificar

la inexistencia de otro servicio jurídico con especialidad en la cuestión que asuma el caso, bastando para ello con una consulta no vinculante al Colegio Público de Abogados, Universidad Pública de la circunscripción u otra organización que preste patrocinio letrado.

La amplitud de acceso que establece la norma se encuentra sin embargo limitada ya que se exige relación directa que surja evidente entre las condiciones de vulnerabilidad, que afectan el acceso a justicia del solicitante, y la pretensión jurídica por la que se requiere la asistencia de la Defensa Pública.

Regula, luego, el acceso del beneficio de gratuidad por parte de las personas jurídicas previsto en el entendimiento de que el organismo tiene como propósito la protección de derechos humanos, posicionado como garantía de acceso integral a la justicia; principalmente, frente a sucesos que ponen en juego los derechos humanos de grupos en situación de vulnerabilidad, teniendo especialmente en cuenta que los requerimientos para la procedencia en este supuesto deben centrarse en la necesidad de intervenir en litigios relativos a la protección y ejercicio de derechos fundamentales de aquellos grupos de la sociedad – en condición de vulnerabilidad – que nuclea la persona jurídica, además de verificar que esta no cuenta con la provisión de servicio legal – interno o externo – y sopesar que, por sus características, no puede acceder a contratar los servicios de un abogado de la matrícula. La verificación de la inexistencia de otro servicio jurídico con especialidad en la cuestión que asuma el caso también resulta facultativa, bastando para ello con una consulta no vinculante al Colegio Público de Abogados o Universidad Pública de la circunscripción u otra organización que preste patrocinio letrado.

Finalmente, fija las pautas de asistencia gratuita de los ausentes, entendiendo por tales a las personas respecto de las cuales se desconoce el domicilio, es citada por edictos a juicio como demandada y, vencido el plazo, no compareciere. En este caso, se trata de una intervención necesaria, exigida por las leyes procesales, a los fines de garantizar la defensa en juicio de quién resulta demandado y no puede conocer el reclamo que se le efectúa porque se ignora su domicilio. El defensor oficial en este caso debe arbitrar los medios para intentar localizar a la persona ausente, momento en que cesa su intervención.

Un supuesto de intervención de la defensa de la persona demandada que no se encuentra declarado ausente pero que todavía no ha comparecido en el proceso es el previsto en caso de tener que proveer de forma urgente la prueba anticipada conforme dispone el artículo 327 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en tanto establece que «si hubiese de practicarse la prueba se citará a la parte contraria, salvo cuando resultare imposible por razón de urgencia, en cuyo caso intervendrá el defensor oficial».

3.1.4 Las víctimas de delito

La Ley n.º 27.372 modificó la Ley 27.149 estableciendo, en el artículo 11 de esta última, que la Defensoría General de la Nación garantizará la asistencia técnica y patrocinio jurídico de las víctimas de delitos, si por la limitación de sus recursos económicos o vulnerabilidad resultara necesaria la intervención del Ministerio Público de la Defensa, en atención a la especial gravedad de los hechos investigados. Conforme a ello, se instaura la figura de los Defensores Públicos de Víctimas que, según los fueros e instancias asignados, ejercen la asistencia técnica y patrocinio jurídico de las víctimas de delitos en procesos penales, en atención a la especial gravedad de los hechos investigados y siempre que la limitación de recursos económicos o situación de vulnerabilidad hicieran necesaria la intervención del Ministerio Público de la Defensa (artículo 37).

Por su parte, la reglamentación de la norma modificatoria, efectuada por el Decreto 421/2018, establece que el servicio de patrocinio jurídico gratuito sería brindado por la Defensoría General de la Nación, en los delitos de competencia federal y en los de competencia ordinaria de la Justicia Nacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Conforme este mandato legal se dictó la Resolución de la Defensoría General de la Nación n.º 984/21 disponiendo los requisitos de admisibilidad para habilitar la prestación del servicio.

En primer lugar, refiere que la intervención es autónoma, lo que implica que debe ser solicitada por quien pretende la asistencia ya que la misma no responde a una necesidad impuesta legalmente.

También limita la intervención en estos casos, solo para aquellos en que se determine la especial gravedad de los hechos investigados y siempre que se acredite la limitación de los recursos económicos o situación de vulnerabilidad de la víctima. Los dos últimos parámetros son similares a los ya establecidos por la Resolución DGN 230/17 para el caso de gratuidad en el fuero no penal. A ellos se añade la condición de la especial gravedad de los hechos investigados. Para lo cual tiene en consideración el bien jurídico afectado; la magnitud del daño causado; la complejidad en la investigación de los hechos; así como la trascendencia institucional del suceso denunciado, de conformidad con las misiones y objetivos de este Ministerio Público. Agrega como última pauta a tener en cuenta que podrán ponderarse aquellos casos en los que un patrón de impunidad indique que solamente la intervención del Ministerio Público o de la Defensa, en el marco del proceso penal, aparezca como un remedio a una situación compleja. Si bien la norma otorga indicaciones que deben tenerse en cuenta a la hora de admitir estas intervenciones, lo cierto es que dependerá de la expresión en conjunto que se haga de la situación.

3.1.5 Los Defensores Públicos Oficiales de Menores e Incapaces

Regulados en los específicos de sus funciones mediante las disposiciones del artículo 43 de la Ley n.º 27.149, su actuación procede cuando se encuentren comprometidos los derechos e intereses de NNyA o, de personas respecto de quienes haya recaído sentencia en un proceso referente al ejercicio de la capacidad jurídica, o de implementación de apoyos y salvaguardias, deberán, en las instancias y fueros en los que actúan cumplir con los siguientes deberes y atribuciones. Conforme lo establece el artículo 103 del Código Civil y Comercial, su actuación es complementaria en tanto las leyes aplicables exigen su participación, en todo asunto judicial que afecte derechos, intereses o bienes de niños, niñas y adolescentes. Pero, también, puede actuar en forma principal cuando los derechos o intereses de sus asistidos estén comprometidos y existiera inacción de sus representantes. Resulta destacable que la norma los habilita a actuar también en el ámbito extrajudicial ante la ausencia, carencia o inacción de los representados, cuando estén comprometidos los derechos económicos, sociales y culturales.

Conforme se ha establecido en el artículo 36, párrafo 2, del Código Civil y Comercial en un proceso de determinación de la capacidad la persona tiene derecho a presentarse con asistencia letrada en el proceso y si no opta por elegir un abogado de su confianza, el Estado, a través de la figura del juez, debe necesariamente designarle uno de oficio. Por lo tanto, el abogado defensor designado por el juez actúa subsidiariamente, ya que no coexiste con el abogado particular. Es uno u otro. Por cierto, la norma no prevé la posibilidad de que el interesado actúe sin asistencia letrada, por lo que, ante la falta de designación particular, la designación subsidiaria de oficio se impone⁹.

3.1.6 Los Defensores Públicos Oficiales Tutores

Las competencias de estos magistrados se encuentran diseñadas en el artículo 44 de la Ley n.º 27.149. Actúan para brindar protección a los derechos, intereses o bienes de un niño, niña o adolescente; cuando no haya una persona que ejerza la responsabilidad parental, cuando exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes; o ante situaciones de conflicto de intereses entre menores que posean el mismo representante legal; cuando los padres o tutores no puedan ejercer la administración sobre uno o más bienes; hasta el discernimiento judicial de la tutela en los casos de urgencia.

3.1.7 Los Defensores Públicos Oficiales Curadores

Encuentran sus funciones reguladas en el artículo 45 de la norma de ordenamiento del Ministerio Público de la Defensa y actúan en el marco de los procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica y de implementación de sistemas de apoyos y salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica. La designación del defensor público curador es de carácter excepcional, y que, según lo previsto en los arts. 626 y 628 del Código Procesal Civil y Comercial y art. 46 de la ley 27.149, corresponde atribuir la función de curador provisorio a un abogado matriculado, salvo

⁹ OLMO, J. P. La defensa técnica de las personas con padecimientos mentales. **Revista de Derecho y Facultad** - RDF, 2016, p. 143.

que no existieren bienes suficientes que permitan, económicamente, la designación al cargo de la persona involucrada o de quien presumiblemente debiera asumir las costas¹⁰.

Cabe tener en cuenta que conforme fue ordenado por Resolución DGN 1846/16 la intervención de estos magistrados resulta necesaria y por ende complementaria también los procesos de restricción de la capacidad regulados por el artículo 40 del CCCN.

3.1.8 Las personas internadas en forma involuntaria por motivos de salud mental

El Código Civil y Comercial al legislar respecto a internaciones por problemas de salud mental en los artículos 41 y 42 remite a la legislación especial, es decir ley 26.657 y su decreto reglamentario 603/2013, pero introduce una distinción respecto de la voluntariedad o no de la internación, desprendiéndose de esta regulación que en las internaciones involuntarias, si la persona no designa abogado particular, el Estado deberá proveerle uno¹¹.

4. EL IMPACTO DEL ACUERDO DE ESCAZÚ EN EL ROL DE LA DEFENSA PÚBLICA ARGENTINA

El artículo 1 de Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación n.º 27.149 reconoce expresamente como función principal del Ministerio Público de la Defensa la «defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral» tanto en casos individuales como colectivos, además de promover toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad. A partir de la entrada en vigencia del Acuerdo Regional

¹⁰ CHRISTELLO, M. ¿Abogado de la matrícula o defensor público curador? La ponderación de la situación particular de la persona como garantía para el acceso a una tutela judicial efectiva. **Revista de Derecho y Facultad** - RDF, 2019, p. 5.

¹¹ OLMO, J. P. La defensa técnica de las personas con padecimientos mentales. **Revista de Derecho y Facultad** - RDF, 201.6, p. 143.

sobre el Acceso a la Información, la Participación y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe o «Acuerdo de Escazú» (aprobado por ley 27.566), esta función asignada por la ley a la defensa pública se amplía en su contenido y se ve robustecida desde el punto de vista normativo, al especificarse el alcance de las responsabilidades de todas las autoridades estatales y los estándares de actuación que resultan exigibles a los operadores judiciales al intervenir en causas colectivas de naturaleza ambiental.

El Acuerdo recepta en su artículo 8 el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, el que deberá garantizarse a través de instancias judiciales y administrativas con procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos (8. 3.b), y consagra el deber de las autoridades de atender especialmente las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita (8.5).

Para garantizar este derecho, se exige a cada estado parte contar, según sus circunstancias, con órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental, legitimación activa amplia en defensa del ambiente, la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales eficaces, medidas para facilitar la producción de pruebas, mecanismos de ejecución y cumplimiento de las decisiones judiciales y administrativas y mecanismos de reparación específicos (art. 8.3). También se deberán establecer medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio de este derecho (8.4.a), y garantizar entornos seguros y propicios en los que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad (art. 9).

En el marco de la implementación del Acuerdo de Escazú, el rol de la defensa pública en consecuencia se fortalece y se expande para atender las necesidades de los individuos, grupos y comunidades afectados por conflictos socioambientales y que enfrentan obstáculos particulares para acceder a la justicia. En particular, se revitalizan las funciones de la defensa pública establecidas por el artículo 42 de la Ley Orgánica, entre las cuales se ha incluido desde su sanción en 2015 la de promover la defensa y protección de los derechos económicos, sociales y culturales mediante acciones

judiciales y extrajudiciales, de carácter individual o colectivo (inc. o), y que habilita a los defensores públicos a abordar de forma integral, preventiva y flexible los conflictos de naturaleza ambiental, en línea con el paradigma de actuación en casos complejos que contiene el Acuerdo y en el marco de las normas procesales de actuación vigentes en el orden interno: Ley General del Ambiente n.º 25.675, acción preventiva (arts. 1711 a 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación), regulaciones parciales del orden federal sobre procesos colectivos (Acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación n.º 32/2014 de creación del Registro de Procesos Colectivos y 12/16 de reglamentación procesal de los trámites colectivos en el ámbito de la jurisdicción federal) y ordenamientos procesales subnacionales.

La Ley Orgánica también faculta a la actuación de los defensores en conflictos colectivos bajo un enfoque territorial, mediante el despliegue de acciones de abordaje y relevamiento de demandas individuales y colectivas para la optimización de la prestación del servicio, si las características de la problemática o la situación de vulnerabilidad las exigieren (inc. m). Resulta asimismo esencial la facultad de ejercer la representación de las personas ante la administración (inc. q), cuya relevancia en causas ambientales se refleja en la posibilidad de actuación oportuna y efectiva en el marco de las instancias administrativas de toma de decisiones con incidencia significativa sobre el ambiente (audiencias públicas en el marco de la evaluación de impacto ambiental, procesos de adopción de normas de ordenamiento territorial y normas técnicas de naturaleza ambiental).

En cuanto a la implementación de este derecho en el ámbito nacional, destaca la labor que se desarrolla desde años antes de la vigencia del Acuerdo de Escazú a través de los once programas que actúan bajo la Coordinación General de Programas y Comisiones de la Defensoría General de la Nación. De estos, destaca el Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) creado por Resolución DGN n.º 904/2016, cuya función principal es la defensa y protección de los derechos económicos sociales y culturales mediante actividades tendientes a fortalecer la acción de la defensa pública en el ámbito judicial y extrajudicial, emprender acciones de investigación, divulgación, consulta, derivación y asistencia, brindar apoyo técnico a los defensores públicos, e intervenir en casos de litigio estratégico, colectivo y/o que requieran una defensa técnica especializada.

Entre sus principales actividades, el Programa de DESC patrocina acciones judiciales y extrajudiciales en conflictos estratégicos a través de sus defensores públicos coadyuvantes, a fin promover la aplicación de estándares de derechos económicos, sociales y culturales en las decisiones y prácticas judiciales. Sus líneas de trabajo prioritarias son: (i) litigios sobre conflictos urbanos, rurales y ambientales, (ii) por discriminación de barrios populares en el acceso a servicios y derechos en el marco del derecho a la ciudad, (iii) discriminación estructural de derechos sociales por género y situación migratoria, y (iv) derechos sociales de las personas privadas de libertad (Defensoría General de la Nación, 2023).

La posibilidad de articulación de la actividad del Programa con la actuación defensores del Ministerio Público de la Defensa a su vez se ha concretado en su intervención en varios casos de desalojos colectivos e individuales, con la función de emitir un dictamen especializado en la materia con perspectiva de derechos humanos y sobre la base de diversos abordajes territoriales para su presentación ante los juzgados civiles y penales requirentes.

Como parte de las medidas de política institucional tendientes a favorecer el acceso a la justicia y la efectividad del servicio de defensa pública, se destaca igualmente la actuación del Equipo de Trabajo en Causa Matanza-Riachuelo (Equipo «Riachuelo»), creado por la Resolución DGN n.º 720/14 con la misión de garantizar el acceso integral a la justicia de aquellas personas que deben relocalizarse o cuyos barrios se encuentran en proceso de urbanización en el marco de la ejecución de la sentencia dictada en la causa «Mendoza» que tramitó ante la CSJN¹², brindando patrocinio colectivo a grupos de vecinos involucrados en el acuerdo marco arribado en el año 2010 en diversos asuntos vinculados con la relocalización y/o urbanización¹³.

A partir del abordaje territorial de los barrios involucrados, el equipo genera la articulación de los reclamos colectivos e individuales que puedan suscitarse en esos procesos a través de la interposición de acciones judiciales y/o administrativas, además de asistir a las defensorías públicas que intervienen ante los juzgados en los que la CSJN delegó el seguimiento de la ejecución de las sentencias. La labor del Equipo «Riachuelo» tiene

¹² Véase: ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Causa M 1569, 2008.

¹³ DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN. **Informe Anual 2023**, 2023.

ciertamente un amplio alcance teniendo en cuenta que, según datos del último Informe Anual de la Defensoría nacional (2023), la población potencialmente afectada por el conflicto se compone de 26.000 familias aproximadamente que pertenecen a 37 barrios del conurbano bonaerense, de las cuales un aproximado de 6.000 se encuentran sujetas a relocalización o bien serán adjudicatarias de las soluciones habitacionales propuestas en el marco del «Convenio Marco 2010 para el cumplimiento del Plan de urbanización de villas y asentamientos precarios en riesgo ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo».

Para contribuir a la implementación del Acuerdo de Escazú, los estados parte se comprometen igualmente a fortalecer sus capacidades nacionales sobre la base de sus prioridades y necesidades, mediante la adopción de medidas que incluyen la capacitación en derechos de acceso en asuntos ambientales a autoridades y funcionarios públicos, el desarrollo de programas de sensibilización y creación de capacidades y la educación y sensibilización en todos los niveles educacionales (art. 10). En este sentido, desde la Secretaría General de la DGN se dispuso la incorporación de las capacitaciones obligatorias exigidas por la Ley 27.592 («Ley Yolanda Ortiz») en el plan de cursos obligatorios establecido por Resolución DGN n.º 145/23. Dicha ley tiene por fin garantizar la formación integral en materia de ambiente, con perspectiva de desarrollo sostenible y énfasis en cambio climático para quienes se desempeñen en la función pública, en todos los niveles y jerarquías en los distintos poderes del estado.

5. CONCLUSIONES

El Ministerio Público de la Defensa en la República Argentina ha adoptado un formato de servicio comprensivo de distintas situaciones de vulnerabilidad, conforme a la realidad del país y el contexto constitucional y convencional.

Así, las funciones han sido ampliadas desde el modelo clásico referido solo a la limitación económica o situación de pobreza, para que la defensa pública pase a ser parte de las medidas de acción positiva que el Estado debe adoptar en relación a las personas en situación de vulnerabilidad.

El modelo argentino de la defensa oficial tiene muchas limitaciones presupuestarias, pero cuenta con un cuerpo de defensores de calidad con una directa conexión con los especiales conocimientos y experticia que sus miembros deben tener para lograr un pleno reconocimiento de la tutela judicial efectiva.

REFERENCIAS

AMADASI, Enrique; SALVIA, Agustín (coord.). **Acceso a la Justicia y condiciones de desigualdad social**: informe final. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2019.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Causa M 1569. XL – ORI. Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios - Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo. Buenos Aires, 2008.

CANDIOTI, M. **Ley, justicia y revolución en Buenos Aires, 1810-1830**: Una historia política. Las Tesis del Ravignani, v. 4. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. Consultado en: https://ravignanidigital.com.ar/tms/series/tesis_ravig/ltr-004-tesis-candiotti-2010.pdf.

CHRISTELLO, M. ¿Abogado de la matrícula o defensor público curador? La ponderación de la situación particular de la persona como garantía para el acceso a una tutela judicial efectiva. **Revista de Derecho y Facultad** - RDE, 2019-III, p. 5. TR LALEY AR/DOC/1318/2019, 2019.

KNAVS, V. **Defensa pública y acceso a la justicia en la Provincia de Buenos Aires**: Proyecto de reforma de la ley 14.442. TR LALEY AR/DOC/2355, 2024.

LÓPEZ PULEIO, M. F. Asistencia legal y defensa pública. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Consultado en: <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/126diegogarciasayan.pdf>.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN. **Segundo estudio de necesidades jurídicas insatisfechas y niveles de acceso a la justicia** (2018-2019). Buenos Aires: Facultad de Derecho/ Universidad de Buenos Aires, 2019. Consultado en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2deg_estudio_de_necesidades_juridicas_insatisfechas_informe_final_11_nov_2019.pdf. Acceso en: 1 nov. 2024.

OLMO, J. P. La defensa técnica de las personas con padecimientos mentales. **Revista de Derecho y Facultad** - RDE, n. 77, 2016. TR LALEY AR/DOC/4863/2016, 2016.

PALACIO, L. E. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

VEGA, N. B. C. **El acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes para la protección de sus derechos económicos, sociales y culturales**: Un abordaje desde la defensa pública y el alcance de la legitimación de los Defensores Públicos Oficiales. Trabajo final (Maestría en Derecho

Aplicado) – Universidad Austral de Buenos Aires, Buenos Aires, 2023. Consultado en: <https://riuaustral.edu.ar/handle/123456789/3213>.

WORLD JUSTICE PROJECT (WJP). **Measuring the justice gap:** A People-Centered Assessment of Unmet Justice Needs Around the World. Washington DC, 2019. Consultado en: <https://worldjusticeproject.org/our-work/publications/special-reports/measuring-justice-gap>. Acceso en: 30 oct. 2024.

WORLD JUSTICE PROJECT (WJP). **Rule of Law Index.** Washington DC: WJP, 2024. Consultado en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/downloads/WJPIndex2024.pdf>.

ACESSO À JUSTIÇA

ACCESS TO JUSTICE

ESTRATÉGIAS DA DEFENSORIA PÚBLICA DE GOIÁS PARA A EXPANSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

*STRATEGIES OF THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE
OF GOIÁS FOR EXPANDING ACCESS TO JUSTICE*

Cristiana Maria Baptista Teixeira Conceição

(Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis.

Defensora Pública do Estado de Goiás)

cristiana-baptista@hotmail.com

João Pedro Figueiredo Fraguas

(Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis.

Advogado inscrito na OAB/RJ)

jpfraguas@hotmail.com

RESUMO

A Defensoria Pública é uma instituição permanente essencial ao sistema de justiça, garantindo o acesso à justiça, especialmente para aqueles que não podem pagar por serviços jurídicos. Este estudo oferece uma visão geral da Defensoria Pública no Brasil, com foco na Defensoria Pública do Estado de Goiás (DPE-GO). Utilizando dados da Defensoria Pública Nacional e de outras organizações, a pesquisa compara o cenário nacional com o da DPE-GO, destacando sua estrutura atual e questões orçamentárias. O estudo combina métodos qualitativos e quantitativos para analisar as estratégias adotadas pela DPE-GO de 2020 a 2024 para expandir o acesso à justiça. Dados quantitativos avaliam o impacto das estratégias orçamentárias, enquanto dados qualitativos exploram percepções e experiências relacionadas à expansão do acesso à justiça. A pesquisa visa descrever as Defensorias Públicas no Brasil, apresentar a estrutura e as implicações orçamentárias da DPE-GO e investigar a eficácia de seus projetos e núcleos especializados. O estudo conclui que, apesar das limitações orçamentárias e estruturais, os programas e núcleos especializados da DPE-GO podem melhorar significativamente o acesso à justiça, promovendo a resolução de conflitos e uma cultura de diálogo em Goiás.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Acesso à justiça. DPE-GO. Resolução de conflitos.

ABSTRACT

The Public Defender's Office is a permanent institution essential to the justice system, ensuring access to justice, especially for those unable to afford legal services. This study provides an overview of the Public Defender's Office in Brazil, focusing on the State of Goiás (DPE-GO). Using data from the National Public Defender's Office and other organizations, the research compares the national scenario with the DPE-GO, highlighting its current structure and budgetary issues. The study combines qualitative and quantitative methods to analyze the strategies adopted by DPE-GO from 2020-2024 to expand access to justice. Quantitative data evaluates budgetary strategies' impact, while qualitative data explores perceptions and experiences related to justice access expansion. The research aims to describe the public defenders' offices in Brazil, present DPE-GO's structure and budget implications, and investigate the effectiveness of its projects and specialized centers. The study concludes that, despite budgetary and structural limitations, DPE-GO's programs and specialized centers can significantly enhance access to justice, promoting conflict resolution and a culture of dialogue in Goiás.

Keywords: Public Defender's Office. Access to justice. DPE-GO. Conflict resolution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. O CENÁRIO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS NO BRASIL. 2. ESTRUTURA ATUAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS E QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS. 3. ESTRATÉGIAS PARA EXPANSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NA DPE-GO. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Data de submissão: 05/08/2024

Data de aceitação: 14/10/2024

INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública é uma instituição permanente prevista no art. 134 da Constituição Federal de 1988 e essencial ao sistema de justiça, atuando na garantia de acesso à justiça e cumprindo com o papel de assistência àqueles que não podem arcar com o pagamento de um advogado, sendo fundamental na promoção e difusão do novo paradigma constitucional dos direitos humanos.

Destaca-se nessa atuação a indicação do texto proveniente da Emenda Constitucional 80/2014 para a atuação também na defesa de direitos coletivos, elevando as Defensorias Públicas à posição de participantes ativas nas demandas sociais, sobretudo em um momento em que a busca do Poder Judiciário na defesa de pautas contramajoritárias se coloca como um dos pilares das democracias.

Dessa forma, este artigo, inicialmente, estabelecerá o panorama geral da instituição no Brasil, perpassando de maneira mais ampla por informações gerais. As fontes utilizadas serão os dados das últimas pesquisas realizadas pela Defensoria Pública Nacional e outras instituições governamentais, bem como de pesquisas realizadas por entidades da sociedade civil.

Com vistas a estabelecer um estudo comparativo do cenário nacional com a Defensoria Pública do Estado de Goiás (DPE-GO), serão apresentados na segunda seção os dados quantitativos e qualitativos referentes somente à instituição estadual. Já na terceira parte, serão abordadas as visões a respeito da implementação dos núcleos especializados e quais são as estratégias adotadas para se expandir o acesso à justiça.

Conforme se depreende desta apresentação, a abordagem metodológica será mista, combinando métodos qualitativos e quantitativos para uma análise abrangente. Os dados quantitativos fornecerão uma base sólida para avaliar o impacto das estratégias orçamentárias, enquanto os dados qualitativos permitirão compreender as percepções e experiências dos envolvidos nas estratégias de expansão do acesso à justiça. E o recorte temporal dos dados será de 2020 a 2024.

Desse modo, apresenta-se como objetivo geral da pesquisa: analisar as estratégias adotadas pela Defensoria Pública do Estado de Goiás para expandir o acesso à justiça a partir de sua implementação. Como objetivos

específicos têm-se: (1) descrever o cenário das Defensorias Públicas no Brasil; (2) apresentar a estrutura atual da DPE-GO e as implicações das questões orçamentárias na prestação de serviços jurídicos gratuitos em comparação ao cenário nacional e outros órgãos; e (3) investigar a eficácia dos projetos implementados e dos núcleos especializados pela DPE-GO como meio de promover a resolução de conflitos.

A importância deste trabalho reside na necessidade de compreender como as Defensorias Públicas podem superar obstáculos estruturais e financeiros para cumprir seu papel constitucional. A problemática central deste estudo é: “Quais são as principais barreiras que impedem a Defensoria Pública do Estado de Goiás de expandir o acesso à justiça e como essas barreiras podem ser superadas?”

A hipótese é que, apesar das limitações orçamentárias e estruturais, a implementação de programas e dos núcleos especializados pela DPE-GO tem potencial de aumentar significativamente o acesso à justiça, alcançando um número maior da população goiana e promovendo uma cultura de diálogo e entendimento entre as partes.

1. O CENÁRIO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS NO BRASIL

A Emenda Constitucional 80/2014, além da já apontada importância de ampliação do rol de atuação da Defensoria Pública para as demandas coletivas, trouxe mudança significativa no planejamento da instituição. Em acréscimo do art. 98 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ficou determinado que até 2022 todas as unidades da federação deveriam contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais¹.

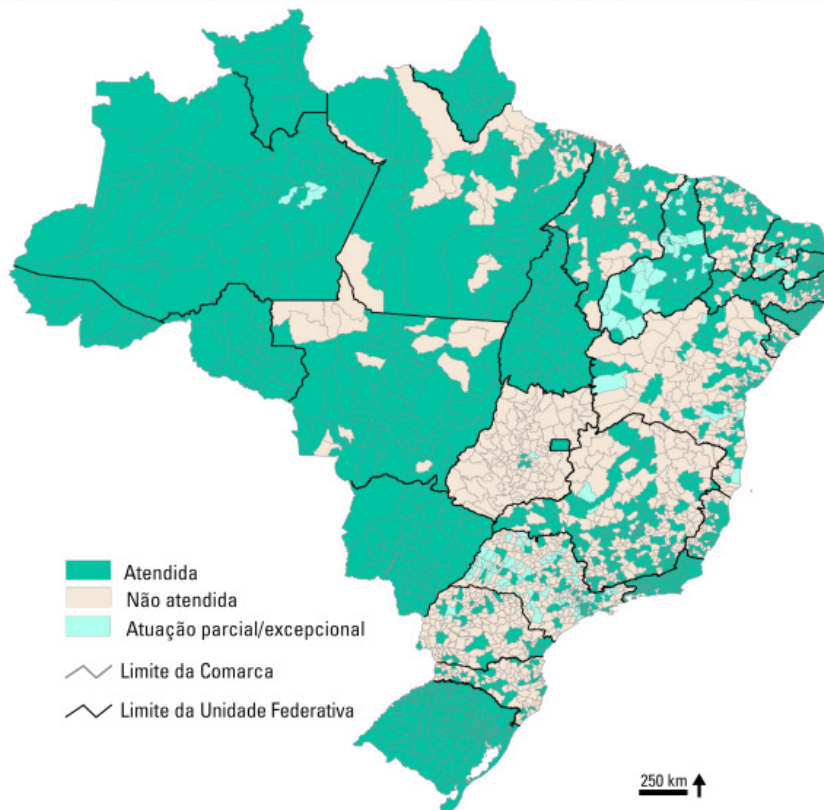
Entretanto, a pretensão do legislador não foi cumprida. No relatório gerado pela Pesquisa Nacional da Defensoria Pública de 2023, verificou-se que, das 2.307 comarcas instaladas no país, apenas 1.286 são atendidas pela Defensoria Pública, o que significa um alcance de 49,8% do total².

¹ FAUSTINO, M. R.; BATITUCCI, E. C.; CRUZ, M. V. G. **Defensorias Públicas**: caminhos e lacunas no acesso à justiça, 2023, p. 6.

² ESTEVES, D. *et al.* **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2023**, 2023, p. 33.

O gráfico a seguir representa o número de comarcas atendidas pela Defensoria Pública e demonstra visualmente os dados apresentados³. Destaque para o estado de Goiás, foco desta pesquisa:

COMARCAS ATENDIDAS PELA DEFENSORIA PÚBLICA - DEFENSORIAS PÚBLICAS DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL



O principal argumento apresentado pela Defensoria Pública em sua pesquisa para o quantitativo de comarcas não atendidas é a insuficiência do quadro de defensores públicos⁴. Essa justificativa pode ser corroborada pelo comparativo entre o número de defensores e servidores das Defensorias Públicas dos estados e o número de comarcas e habitantes. O estado de São

³ ESTEVES, D. *et al.* **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2023**, 2023, p. 34.

⁴ *Ibidem*, p. 33.

Paulo, por exemplo, em 2020 possuía 789 defensores e 865 servidores⁵. A população do estado de São Paulo, segundo a pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE de 2022, por sua vez, é de 44.420.459, sendo o estado mais populoso do país, e possui 645 municípios, o segundo maior número do país⁶.

Esse alto número de habitantes e o baixo número de servidores culmina com o verificado no gráfico apresentado: concentração de atuação da Defensoria Pública nas regiões metropolitanas, como a capital, e atuação parcial/excepcional ou falta de atuação nos demais municípios, impedindo o atendimento de uma parte significativa da população e gerando a proporção de aproximadamente 56.300 habitantes por defensor público.

O estado do Rio de Janeiro, em comparação, apresenta uma população de 16.054.524 e 92 municípios, sendo apenas o 18º estado nesse quesito⁷. Em contrapartida, o número de defensores públicos é de 776, e o de servidores é de 1.375, perfazendo aproximadamente 20.689 pessoas por defensor público, número muito superior em relação a São Paulo⁸.

Essa diferença de estruturação institucional das Defensorias Públicas dos estados pode ser explicada a partir do próprio histórico de ambas. A Defensoria do Rio de Janeiro é a mais antiga do Brasil, datando de 1954 e sendo marco no acesso à justiça brasileira⁹. A Defensoria Pública de São Paulo, por outro lado, data apenas de 2006 e, nos últimos anos, enfrentou controvérsias acerca da prestação jurídico-assistencial por advogados particulares, contratados para suprir lacunas não abrangidas pela instituição. Essa discussão foi alvo da ADI n.º 4.163 do estado de São Paulo, e o Supremo Tribunal Federal determinou que a prática contraria os dispositivos constitucionais e prejudica diretamente a Defensoria Pública¹⁰.

⁵ ESTEVES, D. *et al.* **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2023**, 2023, p. 16-18

⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Brasileiro de 2022**, 2023.

⁷ *Ibidem*.

⁸ ESTEVES, *op. cit.*, p. 16-18.

⁹ ALVES, C. F. **Justiça para Todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil, 2006, p. 246.

¹⁰ ESTEVES, *op. cit.*, p. 33.

A situação parece ainda mais grave ao se analisar a Defensoria Pública do Estado de Goiás. Segundo o relatório apresentado em 2023, a instituição contava com 129 defensores públicos, o 12º menor número do país, e 179 servidores, 9º menor número entre os 26 estados e o Distrito Federal¹¹. Seguindo a mesma análise estatística, a população do estado goiano é de 7.056.495 pessoas, o 11º mais populoso do país, e conta com 246 municípios, o 7º maior nesse quesito¹². Esses dados representavam o número de aproximadamente 54.692 pessoas por defensor público, quase duas vezes e meia a mais que o número do Rio de Janeiro e uma vez e meia maior que a média nacional, que é de 31.140¹³. Novamente, uma possível explicação para a falta de consolidação da Defensoria Pública de Goiás pode passar pela data de criação da instituição, estabelecida em 2005 por lei e com implementação apenas em 2011¹⁴.

Entretanto, apenas os dados históricos podem ser insuficientes e mascarar uma realidade política a respeito das Defensorias Públicas: a designação orçamentária. Segundo o relatório da Defensoria Pública Nacional, apenas 0,24% do orçamento fiscal de todas as unidades federativas é destinado à instituição¹⁵. Esse valor representa uma fatia 271,38% menor que a destinada para o Ministério Público e 1.466,64% menor que o orçamento do Poder Judiciário, ainda que a Defensoria Pública tenha sido incumbida da função constitucional de essencial à própria justiça¹⁶.

Em relatório de gasto per capita, verifica-se que a Defensoria Pública direcionou R\$ 36,20 para cada habitante do orçamento de 2022. A Defensoria Pública de Goiás ficou abaixo dessa média, tendo direcionado R\$ 17,28 por habitante no mesmo ano, se colocando como a terceira do país que menos destinou orçamento para essa finalidade, atrás apenas de Paraná e Santa Catarina.

Esse panorama nacional chama atenção e merece uma análise mais detalhada a respeito do cenário que se apresenta, que, como visto até o

¹¹ ESTEVES, D. *et al.* **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2023**, 2023, p. 51.

¹² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE), *op. cit.*, 2023.

¹³ ESTEVES, *op. cit.*, p. 52.

¹⁴ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS. **Projeto de expansão da Defensoria Pública do estado de Goiás**, 2018, p. 9.

¹⁵ ESTEVES, *op. cit.*, p. 113.

¹⁶ *Ibidem*, p. 114.

presente momento, continua a significar traços de uma instituição ainda em desenvolvimento, ainda que o prazo da EC 80/2014 fosse o ano de 2022.

2. ESTRUTURA ATUAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS E QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS

A Defensoria Pública do Estado de Goiás é a Defensoria mais jovem do país, pois somente foi criada no ano de 2005, por meio da Lei Complementar Estadual n.º 51. Importa esclarecer, no entanto, que, mesmo com a criação através de lei, o primeiro concurso para ingresso na carreira só se deu em 2010, com posse dos aprovados apenas em 2015¹⁷. O marco de implementação utilizado pela Defensoria Pública de Goiás, entretanto, é o ano de 2011, pois foi a data da nomeação do primeiro Defensor Público-Geral do Estado, ainda que não fosse integrante da carreira¹⁸.

Nesse período, entre a implementação e a posse dos primeiros defensores e defensoras públicas, a instituição atuava através de advogados da extinta Procuradoria de Assistência Judiciária, atrelada à Procuradoria do Estado e, por consequência, ao Poder Executivo, em um modelo completamente diverso do previsto constitucionalmente. Apenas com o advento da Lei Complementar 130/2017 que a Defensoria Pública do Estado de Goiás alçou a autonomia orçamentária e administrativa, nos moldes previstos na Constituição Federal de 1988.

Por ser muito jovem e estar inserida em um estado que ainda vem construindo sua cultura de defensoria pública, posto que era instituição desconhecida pela população e até mesmo por autoridades das diversas esferas de poderes estaduais, a DPE-GO ainda enfrenta grandes desafios para realizar a interiorização dos serviços que presta, tal como determina o artigo 98, §1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a redação determinada pela Emenda Constitucional 80/2014, que estipulou o prazo de oito anos para que as Defensorias Públicas Estaduais se fizessem

¹⁷ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS. *Carta de Serviços à Cidadã e ao Cidadão*, 2023, p. 10.

¹⁸ *Idem*. *Projeto de expansão da Defensoria Pública do estado de Goiás*, 2018, p. 9.

presentes em todas as comarcas do país, com o intuito de proporcionar a garantia do acesso à justiça para todos os cidadãos¹⁹.

Dos 134 municípios do estado, a Defensoria Pública está presente em apenas sete, com corpo de 134 defensores, segundo dados de 2024. Nessas sete comarcas se concentra população de 2.966.656 pessoas (DPE-GO, 2024).²⁰ Desta forma, 4.089.839 de pessoas não são atendidas pela instituição, número esse que corresponde a 58% por cento de toda a população estadual goiana²¹. A título de comparação, segundo os sites do Ministério Público do Estado de Goiás e do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, há 446 juízes e desembargadores estaduais e 428 membros ativos do MPGO, e ambas as instituições estão presentes em todas as comarcas²².

Além disso, há de se trazer também os comparativos orçamentários. Segundo a Lei estadual n.º 22.536, de 9 de janeiro de 2024 (LOA), o orçamento do TJGO para o ano de 2024 foi de aproximadamente R\$ 2,92 bilhões, o do MPGO de aproximadamente R\$ 1,2 bilhão e o da DPE-GO de aproximadamente R\$ 252 milhões. Ou seja, a DPE-GO recebe 8,63% do orçamento destinado ao TJGO e 13,13% do orçamento destinado ao MPGO.

Tal discrepância sinaliza uma verdadeira escolha política realizada por um estado que não prioriza a expansão da instituição que garante acesso à justiça aos mais vulneráveis. Através desta decisão, se constrói uma estrutura de exceção que nega direitos fundamentais a determinados grupos. Não apenas se tem a negativa do direito ao acesso à justiça em si, mas também o direito a ter direitos, pois, ao negar-lhes acesso à justiça, nega-se, também, o direito de buscar acesso e reparação quanto aos demais direitos que não lhes sejam fornecidos ou lhes sejam violados, como o direito à moradia, saúde e educação, constituindo-se, através da exclusão, o que Giorgio Agamben denominou como vida nua, despojada de direitos e reconhecimento pleno de sua humanidade.²³

¹⁹ Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 98, §1º.

²⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Brasileiro de 2022**, 2023.

²¹ *Ibidem*.

²² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. **Lista de Comarcas**, 2024.

²³ AGAMBEN, G. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**, 2007, p. 23.

Há de se lembrar ainda que muitas das judicializações realizadas pela Defensoria Pública ocorrem em face dos próprios entes públicos, os quais se veem, por ocasião dos litígios, não apenas obrigados a efetivar determinados direitos, mas, em casos que tenham chegado ao Judiciário, obrigados também a arcar com custas processuais e sucumbenciais. Certo é que é nas decisões políticas que o viver se transforma em viver bem ou em exclusão de direitos.

Diante de um cenário tão árido, fez-se necessária a utilização de estratégias para que as localidades mais necessitadas fossem atendidas primeiro com a instalação da instituição. Para tal, buscou-se construir um índice, denominado Índice de Prioridade Institucional - IPI, o qual se utiliza de um coeficiente gerado pela conjugação do adensamento populacional de cada uma das comarcas goianas com o percentual de incidência de pobreza na região e com o Índice de Vulnerabilidade Social da mesma região, a partir de indicadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA²⁴.

Embora tal estratégia tenha se mostrado acertada do ponto de vista da eficácia, posto que otimizou os recursos disponíveis para que fossem alocados nas comarcas mais necessitadas e com maior adensamento populacional, sabe-se que, ainda assim, há muitos vulneráveis que não conseguem acessar os serviços da instituição e, por consequência, os direitos que desejam alcançar.

3. ESTRATÉGIAS PARA EXPANSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NA DPE-GO

Conforme observamos no tópico anterior, a maior parte da população goiana reside em comarcas não atendidas pela Defensoria Pública. Por essa razão, novos projetos surgiram a fim de levar o atendimento da instituição para as populações localizadas em comarcas ainda sem unidades instaladas, bem como para oportunizar o acesso facilitado nos locais onde já existem, atingindo-se comunidades isoladas e em situação de extrema vulnerabilidade, tais como as que vivem em ocupações em assentamentos e em comunidades quilombolas.

²⁴ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS. **Projeto de expansão da Defensoria Pública do estado de Goiás**, 2018, p. 10-12.

Entre esses projetos, dois merecem especial destaque: o projeto Defensoria Itinerante e o programa Meu Pai Tem Nome. O projeto Defensoria Itinerante é uma iniciativa que visa ampliar o acesso à justiça para populações. Esse programa leva defensores públicos, assessores jurídicos e outros profissionais da DPE-GO até comunidades e municípios do estado, em especial àqueles que não possuem unidades fixas da Defensoria Pública²⁵. O programa é realizado por meio de unidades móveis, quais sejam, vans e uma carreta, todas adaptadas, equipadas com estrutura para atendimento. Essas unidades se deslocam conforme um cronograma previamente estabelecido, atendendo diferentes localidades em datas específicas.

Por ocasião dos atendimentos, são prestados serviços de orientação jurídica, pedidos de segunda via de documentações, realização de acordos e, inclusive, ajuizamento de ações. Uma vez realizada a distribuição da petição inicial, a DPE-GO continua a acompanhar os processos gerados por ocasião dos itinerantes, seja pelos membros com atribuição, nas localidades onde já há unidades instaladas, seja pela Subdefensoria Pública para Assuntos Institucionais, a qual o faz de forma direta ou por convênios realizados com determinadas universidades do estado. Tal projeto oportuniza que aqueles que residem em áreas que não possuem acesso à Defensoria Pública o possam ter, assegurando-se a prestação do serviço de forma integral.

Por sua vez, o programa Meu Pai Tem Nome surgiu por iniciativa do defensor público Tiago Gregorio Fernandes, com o objetivo de garantir o direito ao reconhecimento da paternidade para crianças e adolescentes que não têm o nome do pai registrado em seus documentos, bem como o reconhecimento da multiparentalidade nos casos em que há construção das relações parentais por afeto, sem exclusão dos laços com o pai biológico. O programa realiza, inclusive, exame de DNA, nos casos em que se faz necessário, e tem foco principalmente na resolução extrajudicial da questão²⁶. Em 2022, o programa, que até então era estadual, tornou-se nacional, após aprovação pelo CONDEGE, instituindo-se o “dia D” em Defensorias de todo o Brasil, com concentração de atendimentos voltados para o reconhecimento de paternidade simultaneamente.

²⁵ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS. **Defensoria Itinerante da DPE-GO leva atendimento jurídico a comunidades carentes**, 2023.

²⁶ *Ibidem*.

Outra estratégia que deve ser considerada é a instalação de quatro núcleos especializados, com atribuição para atuação em todo o estado, os quais versam sobre matérias estratégicas. São eles: Núcleo Especializado de Atuação Extrajudicial (NAE); Núcleo Especializado de Defesa e Promoção dos Direitos da Mulher (Nudem); Núcleo de Direitos Humanos (NUDH); e Núcleo Especializado em Situação Carcerária e Política Criminal (NESC). Cada um dos referidos núcleos conta com apenas um defensor coordenador, afastado de suas funções ordinárias, equipe de assessoria própria e defensores colaboradores, que se inscrevem voluntariamente para atuação, os quais, por sua vez, não são afastados de suas funções nem remunerados pela atividade extraordinária junto ao núcleo em que colaboram. Possuindo assim estrutura enxuta, os núcleos especializados atendem às pautas de maior relevância em todo o território estadual e, embora possam também atuar em demandas individuais, em geral o fazem em ações estratégicas, de direitos difusos e coletivos, além da intensa atuação extrajudicial e do auxílio aos demais órgãos de execução.

Cumprir esclarecer o que pode soar como óbvio, a criação dos referidos núcleos não se deu em razão do objetivo de atingir mais áreas com um único defensor (“fazer mais com menos recursos”), mas sim pelo reconhecimento das pautas de maior urgência, das violações mais graves e dos direitos mais caros, oportunizando-se que toda a população estadual possa alcançar esse manto de proteção de direitos. Mas, embora não tenha sido aquele o escopo, tal resultado foi também obtido, uma vez que os núcleos, potencialmente, atendem a todas as comarcas do estado.

Para além dos núcleos especializados, as ações que visam atuação extrajudicial, de educação em direitos e preventivas, merecem menção. Através dos cursos de defensores populares, palestras nas escolas e universidades, bem como rodas de conversa em locais estratégicos, a DPE-GO promove a educação em direitos e propaga informações que oportunizam acessar direitos e detectar violações. Exemplo disso é o programa Faça Bonito, o qual ocorre anualmente e visa a conscientização de educadores da rede pública sobre como detectar situações de abusos sexuais entre seus alunos e encaminhá-los para rede de apoio.

Ademais, a ocupação de defensores públicos em cadeiras de comitês estratégicos permite o exercício de influência quando da discussão de políticas e protocolos, inclusive com expedição de recomendação prévia

quando se verificar a possibilidade de violações de direitos. Exemplo disso foi a Recomendação 001/2021, a qual recomendou o início da vacinação de idosos contra Covid-19 no município de Goiânia, bem como a publicização de nomes e CPFs de vacinados para fins de fiscalização. Tal recomendação, que foi acatada, só foi possível porque a DPE-GO participava dos comitês de urgência.

Não obstante todas as estratégias aqui narradas, que visam ampliar o acesso à justiça ao maior número possível da população goiana, podemos verificar que a DPE-GO ainda falha em atingir a todos que dos seus serviços necessitam. Infelizmente, apenas o reconhecimento da importância de se proporcionar acesso à justiça de forma integral, através de uma escolha política de fortalecimento da Defensoria Pública estadual de Goiás, oportunizará que a instituição se expanda e se instale em todas as comarcas, nos moldes do determinado pela Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou demonstrar, a partir dos últimos dados estatísticos, o cenário das Defensorias Públicas no Brasil. Esse panorama foi descrito a partir da meta imposta pela Emenda Constitucional 80/2014 e da determinação de implementação de núcleos das Defensorias em todas as comarcas do país até 2022.

Como visto, ainda em 2024, essa meta não foi alcançada e se demonstra como muito distante de se tornar a realidade institucional. Isso significa que, haja vista o papel fundamental das Defensorias Públicas, o acesso à justiça está sendo mitigado em diversas áreas do Brasil.

O relatório nacional da Defensoria Pública ilustra como as políticas de implementação vêm se desenvolvendo, e apresenta estados, como Rio de Janeiro, em que quase a totalidade da população tem o serviço disponível. Em contrapartida, certos estados, como São Paulo, o mais populoso do país, e Goiás, objeto deste estudo, ainda apresentam uma figura precária de atendimento.

Parte do dilema das Defensorias Públicas pode ser explicado a partir dos dados históricos de sua criação e expansão, que ocorreram de forma

muito particular em cada estado. Todavia, o fator que parece se destacar é a repartição orçamentária desigual entre as instituições garantidoras da justiça. O caso de Goiás, escolhido pela presente pesquisa como enfoque, ilustra uma realidade ainda mais grave que as médias nacionais e, como chama atenção no mapa das comarcas atendidas pela Defensoria Pública, encontra-se com um atendimento muito concentrado em poucos municípios, sobretudo na capital.

Entretanto, a falta de verbas para implementação de espaços permanentes e tradicionais de atendimentos das Defensorias não impede a DPE-GO de buscar criar mecanismos que supram a deficiência institucional. Esses programas, distribuídos em núcleos especializados, garantem, ao menos, o endereçamento de questões específicas e sensíveis às pautas mais urgentes da sociedade e garantem o acesso à justiça de cidadãos que se veriam impedidos de ter suas demandas atendidas.

Assim sendo, conclui-se que a Defensoria Pública de Goiás compreende sua limitação e passa a adotar programas próprios para potencializar ao máximo o alcance da determinação constitucional. Contudo, essas medidas se mostram precárias, exigindo que políticas permanentes sejam implementadas.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

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

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS. Defensoria Itinerante da DPE-GO leva atendimento jurídico a comunidades carentes. **ANADEP**, 20 out. 2023. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=55932>. Acesso em: 21 jun. 2024.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS. Defensoria Pública de Goiás promove ação itinerante em Caldas Novas. **ANADEP**, 21 ago. 2023. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=55484>. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 14 jun. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS. **Carta de Serviços à Cidadã e ao Cidadão**. Goiânia: DPE-GO, 2023. Disponível em: <http://www2.defensoria.go.def.br/assets/carta-de-servicos/Carta-de-Servicos-Sociais-DPEGO-2023.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS. **Projeto de expansão da Defensoria Pública do estado de Goiás**. Goiânia: DPE-GO, 2018. Disponível em: <https://www.transparencia.defensoria.go.def.br/assets/planejamento-estrategico/projeto%20de%20expans%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS. **Resolução CSDP n.º 164**. Goiânia: DPE-GO, 2024.

ESTEVES, D. *et al.* **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2023**. Brasília: DPU, 2023. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2023-ebook.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

FAUSTINO, M. R.; BATITUCCI, E. C.; CRUZ, M. V. G. Defensorias Públicas: caminhos e lacunas no acesso à justiça. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 19, e2314, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Y3nRKHbjH64q6W8Hb4MhfPM/#>. Acesso em: 14 jun. 2024.

GOIÁS (Estado). **Lei Orçamentária Anual 22.536, de 9 de janeiro de 2024**. Goiânia: 2024. Disponível em: <https://goias.gov.br/economia/wp-content/uploads/sites/45/2023/01/LOA2024-17-01-24-049.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Brasileiro de 2022**. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/>. Acesso em: 15 jun. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. **Membros ativos**. Goiânia, 2024. Disponível em: https://www.mpggo.mp.br/transparencia/gestao_pessoas/membros/membros_ativos?page=22. Acesso em: 14 jun. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. **Lista de Comarcas**. Goiânia, 2024. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/comarcas>. Acesso em: 14 jun. 2024.

**MUTIRÃO EM PROL DO LIVRE-ALVEDRIO DE IDENTIDADES:
OS DESAFIOS DE INDIVÍDUOS TRANSGÊNERO ANTE A
RETIFICAÇÃO DO NOME E A ALTERAÇÃO DO MARCADOR DE
GÊNERO NO REGISTRO CIVIL E O MODELO DE ASSISTÊNCIA
JURÍDICA GRATUITA DESENVOLVIDO PELA DEFENSORIA
PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ COM O PROPÓSITO DE
TRANSFORMAR ESSA REALIDADE**

*PROGRAM FOR SIMULTANEOUS LEGAL ASSISTANCE TO MULTIPLE
PEOPLE IN FAVOR OF FREE WILL OF IDENTITIES: THE CHALLENGES
OF TRANSGENDER INDIVIDUALS IN THE FACE OF NAME
RECTIFICATION AND GENDER MARKER CHANGE IN THE CIVIL
REGISTRY AND THE FREE LEGAL ASSISTANCE MODEL DEVELOPED
BY THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE OF THE STATE OF CEARÁ
WITH THE PURPOSE OF TRANSFORMING THIS REALITY*

João Mikael Costa de Carvalho

(Mestrando em Direito na Universidade Federal do Ceará/ PPGD-UFC.

Advogado e Pesquisador)

mikaelcarvalhoadvocacia@gmail.com

RESUMO

A pesquisa tem dois focos principais. Primeiramente, discutir-se-á acerca dos reveses enfrentados pelos indivíduos transgênero ante a retificação do nome e a alteração do marcador de gênero em seus registros civis, tanto em um momento de retificações mais restritivas e dependentes de decisões judiciais quanto em um cenário de autorização para que tal procedimento seja realizado de maneira administrativa, o que descortinou novas problemáticas fáticas. O segundo foco, e também o ponto central do trabalho, é compreender o modelo de assistência jurídica gratuita adotado pela Defensoria Pública do Estado do Ceará (DPCE), examinando-se principalmente a estratégia traçada a partir da organização do mutirão “Transforma”, que possibilitou a essa instituição atender a uma nova realidade de abrupta alta da operacionalização dessa demanda por parte de assistidos transgênero, tornando-se um caso referencial regionalmente em matéria de inovação nesse sentido e inaugurando, assim, uma tática

vindoura em prol da defesa da personalidade e da dignidade humana de seres humanos transgênero. Para isso, utilizar-se-ão conceitos atinentes à sexualidade humana e dados pertinentes ao deslinde da temática. Conclui-se que não bastam mudanças jurisprudenciais, sendo também basilares inovações em esferas de assistência jurídica gratuita, especialmente com a adoção de artifícios gerenciais que sejam hábeis para concretizar os direitos dos indivíduos transgênero, retirando-os de uma posição de figurantes e os transformando em protagonistas de mudanças em prol de sua dignidade humana.

Palavras-chave: Direito à sexualidade. Indivíduos transgênero. Retificação de registro civil. Mutirão Transforma. Defensoria Pública.

ABSTRACT

The research has two main focuses. First, we will discuss the setbacks faced by transgender individuals when rectifying their names and changing their gender markers in their civil registration records, both in a time of more restrictive rectifications and depend on court decisions and in a scenario of authorization for this procedure to be carried out administratively, which has revealed new factual problems. The second focus, and also the central point of the work, is to understand the model of free legal assistance adopted by the Public Defender's Office of the State of Ceará (DPCE), focusing mainly on the strategy outlined by the organization of the "Transforma" program, which enabled this institution to meet a new reality of an abrupt increase in the operationalization of this demand on the part of transgender people, becoming a regional reference case in terms of innovation in this sense and thus inaugurating an efficient tactic in favor of the defense of the personality and human dignity of transgender human beings. To this end, concepts related to human sexuality and data pertinent to the understanding of the topic will be used. It is concluded that jurisprudential changes in jurisprudence are not enough; innovations in the spheres of free legal assistance are also essential, especially with the adoption of management strategies that are capable of realizing the rights of transgender individuals, removing them from a position of extras and transforming them into protagonists of changes in favor of their human dignity.

Keywords: Right to sexuality. Transgender individuals. Rectification of civil registration. Transforma Program. Public Defender's Office.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. AS PESSOAS TRANSGÊNERO E OS PROBLEMAS ENFRENTADOS ANTE A RETIFICAÇÃO DE NOME E A ALTERAÇÃO DO MARCADOR DE GÊNERO NO BRASIL EM HISTÓRICO RECENTE. 2. A DECISÃO PARADIGMÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 4.275 E A CONSECUTIVA ELABORAÇÃO DO PROVIMENTO N.º 73/2018 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). 3. AS PROBLEMÁTICAS PÓS-DECISÃO DO STF ENFRENTADAS POR INDIVÍDUOS TRANSGÊNERO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL E O MODELO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ (DPCE) COMO MEIO APTO PARA TENTAR SANAR TAIS ADVERSIDADES NA REGIÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Data de submissão: 19/08/2024

Data de aceitação: 14/10/2024

INTRODUÇÃO

Os indivíduos transgênero vêm enfrentando diversos problemas no que tange à retificação de nome e à alteração do marcador de gênero em seus registros civis, o que, mesmo com o arrefecimento da problemática a partir de mudanças jurisprudenciais favoráveis acerca da temática, continua a ser, hodiernamente, um empecilho em face do surgimento de novos reveses que criam barreiras para a conquista desse direito fulcral para a personalidade dessa população.

Por isso, esta pesquisa se prestará a investigar conceitos atinentes à sexualidade humana – sexo biológico e gênero –, desvendando o porquê de a transgeneridade ser, por diversos pesquisadores, visualizada como um termo guarda-chuva; a perpassar pelo panorama histórico recente de

entraves acerca desse direito; a enunciar os problemas ainda enfrentados pela população transgênera após a pacificação do entendimento judicial sobre a questão; e, de maneira principal, a traçar os moldes das estratégias de assistência jurídica gratuita desenvolvidas pela Defensoria Pública do Estado do Ceará (DPCE) com o tino de suplantar as adversidades ainda vivenciadas nesse quesito pela população referida, avaliando as perspectivas traçadas pelo modelo individualizado de atendimento de assistido, mas, sobretudo, com foco na estratégia do mutirão “Transforma”.

Destaca-se que a metodologia utilizada une, em essência, a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental, com a observação de uma estratégia manuseada pela Defensoria Pública do Estado do Ceará (CE), alicerçando-se no exame de livros, de conteúdo de sítios eletrônicos, noticiários, artigos científicos e documentos com credibilidade pública e com sublimes estudos acerca da questão, com a finalidade de escudar o melhor deslinde dos tópicos em discussão. Ademais, sublinha-se que o presente trabalho foi realizado com apoio e o auxílio em financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES).

1. AS PESSOAS TRANSGÊNERO E OS PROBLEMAS ENFRENTADOS ANTE A RETIFICAÇÃO DE NOME E A ALTERAÇÃO DO MARCADOR DE GÊNERO NO BRASIL EM HISTÓRICO RECENTE

Pessoas transgênero são aquelas que experienciam diferentes graus de incongruência de gênero, o que significa uma discordância entre a identificação pessoal de seu próprio gênero – conhecida pelo nome técnico como identidade de gênero – e o gênero que lhe foi imposto, sem consentimento, ao nascimento a partir da correlação social que se faz entre o sexo biológico e o gênero a ser desempenhado por cada indivíduo¹.

Essa população é composta por uma diversidade de indivíduos que podem ou se identificar como homens ou como mulheres que necessitem (ou também não necessitem, aceitando os padrões corporais), respectivamente, masculinizar ou feminilizar (considerando um contexto de visualização

¹ WINTER, S. *et al.* Transgender people: health at the margins of society. **The Lancet**: Transgender health, 17 jun. 2016, p. 1.

do feminino e do masculino em uma perspectiva binária) seus corpos a partir de hormonioterapias cruzadas ou cirurgias de redesignação sexual, ou se identificar como outras formas variantes de gênero às margens da dicotomia imposta ante os polos do masculino e do feminino, como é o caso das pessoas não binárias².

Assim, o vocábulo “transgênero” e a sua redução para “trans” serão enquadrados, para uso neste trabalho, como termos guarda-chuva com a finalidade de aglutinar todo um leque de pessoas cuja identidade ou expressão de gênero não corresponde ao sexo atribuído a elas quando do nascimento, realizando uma transição de um gênero não consensual atribuído ao nascimento para uma identidade de gênero assumida *a posteriori*³.

Portanto, dentro da denominação de indivíduos transgênero estão aglutinadas as já mencionadas identidades de pessoas não binárias, bem como as de pessoas transexuais – expressão mais restrita para pessoas que transicionam dentro dos polos binários de homem e de mulher – e quaisquer outras que passem pela referida transição de gênero.

Reconhece-se ainda a dimensão regional do gênero, visto que pode existir uma diversidade infinita de expressões de identidade de gênero a depender dos lugares e das culturas de cada país e região. Como cada pessoa nomina a si reflete toda uma imersão histórica e geográfica única e que também merece reconhecimento⁴. Um exemplo da possibilidade de surgimento regionalizado de moldes de gênero é o caso das pessoas travestis, que é uma identidade de gênero tipicamente atrelada a países da América Latina, consolidando-se principalmente a partir de lutas específicas desse conjunto populacional⁵.

² BOUMAN, W. P. *et al.* Transgender and anxiety: A comparative study between transgender people and the general population. **International Journal of Transgenderism**, 15 dez. 2016, p. 1.

³ SCHWEND, A. S. Constructing an Ethics of Depathologization: Epistemological, Methodological and Ethical Reflections in Trans and Intersex Studies. *In*: DOAN, P. L.; JOHNSTON, L. (ed.). **Rethinking Transgender Identities: Reflections from Around the Globe**, 2022, p. 112.

⁴ DOAN, P. L.; JOHNSTON, L. Introduction: Under, Beside and Beyond the Transgender Umbrella. *In*: DOAN, JOHNSTON, *op. cit.*, p. 1.

⁵ OLIVEIRA, F. N. A. de. Gênero, cultura e o dispositivo da transexualidade: a formação da identidade travesti no Brasil. **Darandina: Revisteletrônica**, 2019, p. 2.

Portanto, a travestilidade é uma identidade também submersa na transgêneridade, em face de também serem pessoas que transicionam ante seu gênero, mas que possuem traços de sua constituição eminentemente regionais e que, por vezes, não podem ser especificamente traduzidos para outros contextos sociais, podendo ser, entretanto, compreendidos e ratificados em sua existência.

Definidos esses termos iniciais, é fulcral reconhecer a necessidade de que as pessoas transgênero não somente possam conviver em sociedade em conformidade com o seu gênero, mas também detenham os seus documentos devidamente retificados de acordo com o seu gênero, de maneira que exista uma convivência plena no seio social, não bastando uma simples permissão de sua existência, visto que, para que a personalidade de pessoas transgênero seja efetivamente validada no meio jurídico-social, é imprescindível que exista o direito à alteração do prenome e do gênero no registro civil.

Primeiramente, quanto ao nome, o principal desafio no âmbito jurídico para a sua alteração foi o princípio da imutabilidade relativa ao nome, que por muito tempo serviu como principal justificativa para o indeferimento de quaisquer pedidos de retificação⁶. Ocorre que, paulatinamente, percebeu-se que o nome é essencialmente um direito, e não um tormento imutável e que deva ser carregado por quem o sustenta, visto que tal direito deve estar alinhado ao direito à integridade moral e ao direito à dignidade da pessoa humana, considerando-se que o nome é um dos principais sustentáculos de toda a personalidade de uma pessoa, e sua inconformidade pode trazer prejuízos para a identidade pessoal, familiar e social; para a liberdade civil e política; além de outros aspectos como honra, imagem e intimidade⁷.

Reconheceu-se a necessidade de maior maleabilidade ante o princípio da imutabilidade do nome em face do respeito à dignidade da pessoa humana. Entretanto, entendia-se continuar a ser imprescindível para a segurança das relações jurídicas que se mantivessem os processos judiciais para a realização de alterações registrares referentes ao prenome, visto que tal procedimento deveria ser pautado por um minucioso procedimento de averiguação dos

⁶ DIAS, M. B. **Homoafetividade e direitos LGBTI**, 2016, p. 242-244.

⁷ *Ibidem*.

reais motivos da incursão no processo, ressaltando-se ainda o interesse de terceiros⁸.

Todavia, processos judiciais acarretam a geração de custos e o dispêndio de tempo, o que poderia obstar sobremaneira o direito de indivíduos transgênero. Tentando amainar tais mazelas, surgiu uma possibilidade administrativa de fazer com que essas pessoas fugissem da discriminação, mas que também estava conciliada com a necessidade de processos judiciais: o nome social⁹.

Como se apercebe, a implantação da carteira de nome social, ainda utilizada hodiernamente, viria a ser uma tentativa primária paliativa – ou seja, ainda não definitiva –, visto que seu uso, apesar de não alterar o nome registral, passou a operar mudanças no reconhecimento social e a majorar o exercício da cidadania de grupos marginalizados ante a intimidação de ter o nome registral revelado e, consigo, a própria identidade violada¹⁰. Ademais, é paliativa porque altera tão somente o reconhecimento social do indivíduo referente a seu primeiro nome, podendo a pessoa vir a ter de fornecer dados referentes a seu nome registral em diversas situações – caso o processo judicial para a alteração do nome constante do registro civil ainda não tenha findado ou não tenha sido iniciado –, o que pode ser o suficiente para algumas pessoas transgênero, mas insuficiente para outro leque dessa população. Muitas vezes, a não alteração do registro civil pode gerar uma reincidência significativa de situações de revitimização das pessoas transgênero em face da utilização do nome morto – proveniente da tradução do inglês “*deadname*”, que significa o nome inicial de registro concedido à pessoa transgênero após o seu nascimento¹¹.

No que concerne à alteração do gênero de pessoas transgênero no registro civil, a questão faz surgir contornos que precisam de um esclarecimento ante termos essenciais para a profícua diferenciação entre o gênero e o sexo biológico. Pincelando celeremente tal questão, posto que não se revela

⁸ SANCHES, P. C. Mudança de Nome e de Identidade de Gênero. *In*: DIAS, M. B. (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**, 2017, p. 451-452.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ DIAS, M. B. **Homoafetividade e direitos LGBTI**, 2016, p. 242-244.

¹¹ BAHIA, A. G. M. F.; CUNHA, L. L. N. “Meu registro não sabe quem sou”: direito e acesso à retificação registral de nome e gênero para pessoas trans no Estado brasileiro na prática. **Revista Direito e Práxis**, 20 jul. 2024, p. 17-19.

como objetivo central deste artigo a permanência nesse complexo tema, o que se denomina como sendo apenas o sexo biológico é, na verdade, uma miscelânea de caracteres fenotípicos¹² (características externas manifestadas e visualizáveis a partir da interação entre os genes e o meio ambiente) e genotípicos¹³ (referentes ao padrão genético) dos seres humanos que são aglutinados de maneira a localizar dois padrões de maior frequência de similitudes, formando os polos masculino e feminino, sendo o próprio sexo biológico dividido em diversas formas diferenciadas de sua classificação.

Entre as diversas versões de percepção do sexo biológico estão, primeiramente, o sexo cromossômico, que define as fêmeas como aquelas que apresentam padrão XX e os machos como aqueles que apresentam o par cromossômico XY, existindo ainda as diversas outras conformações de composição cromossômicas que não serão aqui detalhadas¹⁴. O sexo cromatínico é aquele que se verifica a partir da presença do corpúsculo de Barr, formado mediante a inativação de um dos cromossomos X, o que pode ocorrer em quaisquer indivíduos com mais de um cromossomo X, geralmente presente, assim, no núcleo das células de fêmeas¹⁵, apesar de existirem condições genéticas em que machos também possuem tal corpúsculo.

Já o sexo gonadal está amparado na identificação da presença de gônadas (órgãos sexuais internos), quais sejam, ovários e testículos. Enquanto isso, o sexo hormonal passa a ser amparado nos níveis de hormônios sexuais – principalmente se referindo às variações de grau de testosterona, progesterona e estrogênios – no plasma sanguíneo. Por fim, existem diversas outras subdivisões de sexo biológico amparadas em características fenotípicas, tais como as que envolvem estruturas acessórias externas do aparelho reprodutor (como útero nas fêmeas e próstata nos machos) e a presença propriamente de órgãos sexuais (como pênis e vagina)¹⁶.

¹² ZERÓN, A. Biotipos, fenotipos y genotipos. ¿Qué biotipo tenemos? (Segunda parte). **Revista Mexicana de Periodontología**, 2011, p. 22.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ SANCHES, P. C. Mudança de Nome e de Identidade de Gênero. In: DIAS, M. B. (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**, 2017, p. 457-458.

¹⁵ BRANDÃO, M. L. **As bases biológicas do comportamento**: Introdução à neurociência, 2005, p. 72-73.

¹⁶ *Ibidem*.

De maneira completamente diferente do sexo, simplificando bastante o assunto de maneira apropriada aos fins deste trabalho, o gênero é composto pelos significados e assunções assumidos pelo corpo sexuado em determinada cultura. Ou seja, o gênero não decorre necessariamente de um determinado sexo, mas sim é construído e pavimentado culturalmente a partir dos entendimentos de determinada sociedade, sendo formulado assim a partir da performatividade assumida e desempenhada por cada pessoa¹⁷.

Com isso, não se quer jamais dizer que os sexos também não sejam construídos, mas sim afirmar que o sexo biológico¹⁸ está atrelado a concepções médico-científicas e que o gênero está atrelado a papéis socioculturais de manifestação de identidade de gênero, o que pode resultar em uma compreensão individual de identidade ante as possibilidades de performatividade encenadas, passando os indivíduos a assumirem posicionamentos de sujeitos marcados por gênero através de múltiplos discursos sobre gênero apresentados no seio social¹⁹.

Portanto, reconhecendo-se essa descontinuidade de associação imediata entre sexo e gênero²⁰, tais categorias necessitam hodiernamente ser subdivididas, para que não sejam confundidas. Apesar de o gênero designado na ocasião do nascimento estar incrustado por uma equivalência direta com o sexo biológico – quer-se dizer, machos são enquadrados como homens, fêmeas são enquadradas como mulheres e corpos de pessoas intersexuais, que não correspondem nem a machos nem a fêmeas, também são forçosamente enquadrados no padrão normativo binário, não obstante a existência de mais de 40²¹ variações de suas características sexuais e, por conseguinte, tão expressivo número de formas de se vivenciar a intersexualidade, etiquetando-as dentro dos padrões corporais, um local de macho-homem ou de fêmea-mulher, na maioria das vezes – , isso não significa que esse gênero não possa ser futuramente readequado para a

¹⁷ BUTLER, J. **Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade**, 2003, p. 24-26.

¹⁸ LAQUEUR, T. W. **Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud**, 2001, p. 21-23.

¹⁹ MOORE, H. L. Fantasias de poder e fantasias de identidade: gênero, raça e violência. **Cadernos Pagu**, 2000, p. 24.

²⁰ BUTLER, *op. cit.*, p. 24-26.

²¹ STERLING, R. Intersex people and educating for the development of personality. **Sex Education: Sexuality, Society and Learning**, 2021, p. 1.

realidade e para a evolução de performatividade e de identidade de gênero que o indivíduo venha a desenvolver.

O senso comum da equivalência automática de um gênero a um determinado sexo vai de encontro aos conhecimentos atuais de consolidação do gênero como uma atividade – uma performance –, ao passo que o sexo remete a uma classificação biológica²². Até mesmo as nomenclaturas a serem utilizadas são diferentes, utilizando-se o termo “fêmea” para o polo feminino e “macho” para o polo masculino, bem como o termo “intersexual” para aqueles de fora desses polos, no que se refere ao sexo biológico; ao passo que, em termos de gênero, utiliza-se a nomenclatura “mulher” para o polo feminino, “homem” para o polo masculino e “não binário” para aqueles não pertencentes a nenhum dos polos.

A partir de todo esse corolário apresentado acerca da diferença entre gênero e sexo e da complexidade dessa temática, ressalta-se que as partes mais afetadas acabam sendo os próprios indivíduos transgênero no momento da retificação de seu registro civil em ações judiciais, principalmente quando tais conhecimentos não estavam, muitas vezes, devidamente esmiuçados e incutidos nos saberes e nas especialidades de grande parte dos magistrados, por muito tempo no Brasil.

Diante disso, até antes de 2018, as decisões acerca da mudança tanto do nome quanto do gênero nos registros de nascimento de pessoas transgênero tendiam a ser bastante heterogêneas e carentes de segurança jurídica. Algumas decisões eram totalmente favoráveis para ambos os pedidos de retificação (gênero e prenome); outras conferiam apenas a mudança do nome, mas impediam a retificação de sexo/gênero, principalmente por entenderem que o sexo biológico não poderia ser mudado, o que demonstra desconhecimento da diferenciação entre sexo e gênero ou mesmo uma problemática dos documentos oficiais em não discernirem tais categorias; outras condicionavam quaisquer alterações registrais à prévia realização de cirurgia de redesignação sexual; e, em alguns casos, quaisquer dos pedidos nem sequer eram aceitos, proibindo-se os indivíduos transgênero de realizarem a devida retificação de nome e de sexo no registro civil especialmente sob o argumento de faltar norma tratando do caso – como se já não houvesse fundamento suficiente presente nos princípios da

²² OAKLEY, A. Sexo e gênero. *Revista Feminismos*, 2016, p. 64.

Constituição de 1988 ou subsidiado em Direito Internacional dos Direitos Humanos²³.

Inclusive, as decisões dos juízes chegavam a ser tão antagônicas e controversas entre si, em um verdadeiro cenário de justiça lotérica, que existiam casos em que reivindicantes transgênero do direito à alteração do registro civil recorriam à mudança para outra cidade em virtude da competência territorial de tribunais diversos. Assim, por exemplo, caso as equipes jurídicas descobrissem entendimentos favoráveis à possibilidade de retificação de nome e de gênero na capital de determinado estado, a orientação era a mudança para tal localidade enquanto perdurasse o processo, em face da possibilidade de ser realizada alguma intimação por oficiais de justiça²⁴.

Como se apercebe, a questão da alteração do prenome e do campo referente ao gênero de pessoas transgênero nos registros civis carecia de segurança jurídica, dependendo dos entendimentos consolidados no âmbito de cada juiz ou tribunal. Tal situação viria a mudar a partir do marco temporal de 2018, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) articulou pronunciamento fulcral para o desenrolar posterior dessa questão.

2. A DECISÃO PARADIGMÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 4.275 E A CONSECUTIVA ELABORAÇÃO DO PROVIMENTO N.º 73/2018 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.275 foi inicialmente proposta em 2009 por parte da Procuradoria Geral da República (PGR), sendo requerida uma interpretação conforme a Constituição de 1988 do art. 58 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973) – que enunciava

²³ BAHIA, A. G. M. F.; CUNHA, L. L. N. “Meu registro não sabe quem sou”: direito e acesso à retificação registral de nome e gênero para pessoas trans no Estado brasileiro na prática. *Revista Direito e Praxis*, 20 jul. 2024, p. 6-7.

²⁴ *Ibidem*, p. 13-14.

que o prenome deveria ser definitivo, admitindo-se, todavia, sua alteração por apelidos públicos notórios²⁵.

No entendimento da PGR, deveria haver uma reinterpretação do referido artigo para que fossem fixados requisitos diferenciados para a alteração do registro civil de pessoas transgênero caso essas não optassem pela realização de cirurgia de redesignação sexual – quais sejam, primeiramente, a pessoa que requisitasse tal alteração deveria possuir idade superior a 18 anos; em segundo plano, tal cidadão deveria estar convicto há no mínimo três anos de pertencer ao gênero oposto ao designado na ocasião do nascimento; e, por fim, o indivíduo deveria apresentar baixa probabilidade de arrependimento que resultasse em nova modificação da identidade de gênero, conforme verificação por um grupo de especialistas²⁶.

Foi necessária quase uma década de espera para que, finalmente, em 1º de março de 2018, o STF firmasse o entendimento que mudaria drasticamente a antiga situação de justiça lotérica, quando o Pretório Excelso julgou procedente a ação para conferir a interpretação conforme a Constituição de 1988 e o Pacto de São José da Costa Rica ao mencionado artigo da Lei de Registros Públicos²⁷. A partir de então, as pessoas transgênero ganharam a segurança jurídica de poderem alterar tanto o nome quanto o sexo em seu registro civil, sem a necessidade de terem vivenciado qualquer procedimento referente a cirurgias de redesignação sexual, ou mesmo tratamentos hormonais de terapia cruzada²⁸. Aliás, como discutido no decorrer do voto proferido pela Ministra Rosa Weber, as intervenções cirúrgicas nesses casos envolvem complexidades de alto risco e gravidade, o que inviabiliza sua vinculação ao exercício da determinação da identidade²⁹.

Indo além do voto da mencionada ministra, a própria identificação da pessoa como transgênero não necessariamente está condicionada ao desejo de realização de procedimentos cirúrgicos. Quer-se dizer, apesar de

²⁵ BENEVIDES, B. *et al.* **Diagnóstico sobre o acesso à retificação de nome e gênero de travestis e demais pessoas trans no Brasil**, 2022, p. 34.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.275 do Plenário**, 1º mar. 2018, p. 173.

²⁸ ROTONDANO, R. O.; SOUZA, N. M.; ARMENTANO, G. A. A alteração do registro civil das pessoas transgêneras sem a necessidade da cirurgia de redesignação sexual no Brasil. **Revista de Bioética y Derecho: Perspectivas Bioéticas**, 2021, p. 264-265.

²⁹ BRASIL, *op. cit.*, p. 84.

muitos cidadãos transgênero apresentarem o desejo de passar por cirurgias e hormonizações, esse desejo não é uma exigência para todas as pessoas transgênero – uma característica inata ao conceito de indivíduo transgênero –, que precisam ser respeitadas em sua individualidade³⁰.

O STF consolidou ainda a convicção de que não seria mais necessária a obtenção de autorização judicial para a alteração de prenome e de marcador de gênero no registro civil. Essa visão da Suprema Corte foi amparada principalmente no conhecimento de que a identidade de gênero é uma expressão própria da personalidade da pessoa humana, e por isso é cabível ao Estado tão somente o papel de devidamente reconhecer tal identidade, mas nunca ser o agente que a constitui³¹.

Logo, as pessoas transgênero passaram a poder comprovar sua identidade de gênero dissonante em relação àquela que lhe foi designada ao nascer por meio de declaração escrita de autoidentificação e da vontade para prosseguir, pela própria via administrativa e independentemente de laudos de terceiros – tais como de médicos e demais profissionais da saúde, visto que, sendo um direito subjetivo de autodeterminação, seria incondizente com compulsoriedades de avaliações clínicas –, com o direito fundamental subjetivo à alteração de prenome e à retificação da classificação referente ao gênero disposta no registro civil. Essa decisão foi emblemática, pois representou um grande avanço no que tange à segurança jurídica da população transgênero – em meio a uma herança heteronormativa presente no Brasil –, diminuindo-se a burocracia³² para a efetivação do direito discutido, que passou a poder ser exercido, ao menos na via teórica – visto que, no próximo capítulo, serão dispostas as problemáticas ainda existentes –, diretamente nos cartórios.

Em 29 de junho de 2018, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) inaugurou o Provimento n.º 73/2018, que, tendo como substrato o juízo proferido na comentada ADI 4.275, regulamentou o procedimento a ser seguido pelas vias administrativas para a retificação do registro civil de pessoas

³⁰ ROTONDANO, R. O.; SOUZA, N. M.; ARMENTANO, G. A. A alteração do registro civil das pessoas transgêneras sem a necessidade da cirurgia de redesignação sexual no Brasil. **Revista de Bioética y Derecho: Perspectivas Bioéticas**, 2021, p. 268.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.275 do Plenário**, 1º mar. 2018, p. 173.

³² ROTONDANO, SOUZA, ARMENTANO, *op. cit.*, p. 264-265.

transgênero. A partir desse momento, cada um dos cartórios de Registro de Pessoas do Brasil passou a ter uma uniformização obrigatória ante a realização da alteração de nome e do marcador de gênero nas certidões de nascimento³³.

Em suma, a regulamentação detinha o condão de expor os marcos da decisão referida do STF, trazendo como pontos principais as garantias de permissão de que as pessoas transgêneras retificassem o registro civil sem a necessidade de ingresso com processos judiciais, de laudos de profissionais ou de comprovações de modificações corporais, sendo exigida apenas uma série de documentos que deveriam ser apresentados para que o procedimento pudesse findar exitoso.

Contudo, apesar das benesses trazidas a partir da decisão do STF em estudo no que tange ao direito à retificação do registro civil para pessoas transgênero, existem dificuldades ante a efetivação desse direito, visto que a realidade apresenta contextos que a teoria, muitas vezes, não prevê. Tais dificuldades somente estão sendo, em grande medida, sanadas em face de um modelo específico de assistência jurídica gratuita desenvolvida no Brasil. Tais fatores serão detalhados no tópico seguinte.

3. AS PROBLEMÁTICAS PÓS-DECISÃO DO STF ENFRENTADAS POR INDIVÍDUOS TRANSGÊNERO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL E O MODELO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ (DPCE) COMO MEIO APTO PARA TENTAR SANAR TAIS ADVERSIDADES NA REGIÃO

Apesar das melhorias trazidas pela decisão do STF comentada, as pessoas transgênero ainda enfrentam duas principais adversidades para a materialização de seu direito à retificação de nome e de classificação de gênero no registro civil: a questão econômica e a falta de informação de muitas equipes de cartórios e de espaços institucionais.

³³ BENEVIDES, B. *et al.* **Diagnóstico sobre o acesso à retificação de nome e gênero de travestis e demais pessoas trans no Brasil**, 2022, p. 35.

Adentrando a questão econômica, os custos do procedimento de retificação de nome e de alteração do marcador de gênero é, muitas vezes, inacessível para cidadãos transgênero. O Provimento n.º 73/2018, no §6º do art. 4º, estipula uma lista que enumera 17 documentos – entre comprovantes e certidões – que devem ser levados aos Cartórios de Registro de Pessoas Naturais. As taxas de emissão e os custos das cópias dos documentos obrigatórios, além do dispêndio de recursos com o próprio trâmite do procedimento em si de retificação nos cartórios e com deslocamentos para diversas localidades, devem ser arcados pelo próprio requerente³⁴.

Tal situação figura como uma barreira preocupante em um cenário no qual diversas pessoas transgênero já convivem com uma extensa vulnerabilidade econômica decorrente da discriminação, sendo afastadas do ambiente familiar ainda muito jovens, tendo maior probabilidade de evasão escolar precoce e apresentando dificuldades para encontrar emprego no mercado de trabalho, o que, em diversas situações, as faz terem de recorrer à prostituição para poderem sobreviver.

Como forma de tentar evitar mazelas como o endividamento dos indivíduos transgênero ante todo esse procedimento, foi proposto, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n.º 3667/2020, prevendo a alteração da Lei n.º 6.015/1973 para inserir a possibilidade de isenção de taxas no procedimento de retificação de nome civil e de gênero de cidadãos transgênero. Todavia, esse projeto de lei se encontra em fase de apreciação desde 2020, quando o propuseram, de modo que o acesso ao direito em comento continua dificultado³⁵.

Quanto à segunda adversidade, apresenta-se principalmente a partir da desinformação de equipes de atendimento em cartórios e em vários outros espaços institucionais. Muitos indivíduos transgênero relatam desconhecimento de profissionais envolvidos nos procedimentos cartorários acerca da questão, problema que aumenta conforme a localidade se afasta de grandes centros urbanos, podendo resultar em tratos potencialmente discriminatórios – como a utilização do nome morto do

³⁴ BAHIA, A. G. M. F.; CUNHA, L. L. N. “Meu registro não sabe quem sou”: direito e acesso à retificação registral de nome e gênero para pessoas trans no Estado brasileiro na prática. *Revista Direito e Praxis*, 20 jul. 2024, p. 10-11.

³⁵ *Ibidem*, p. 18.

cidadão transgênero ou de pronomes equivocados – e, conseqüentemente, em fobias desenvolvidas pelos requerentes ante a possibilidade de violência institucional³⁶.

Para se ter noção do quanto essa questão é um óbice para a população transgênero, em pesquisa realizada pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra), entre as 1.000 pessoas entrevistadas que ainda desejavam realizar a retificação de documentos, 848 (84,8%) delas afirmaram que os cartórios não estariam devidamente preparados para isso. Ademais, entre as 489 pessoas entrevistadas que já haviam realizado a retificação, 362 (74%) delas disseram não acreditar no preparo dos cartórios para garantir a retificação para indivíduos transgênero³⁷.

Como se explicita, tanto aqueles que ainda não retificaram quanto aqueles que já retificaram seus documentos revelaram porcentagem muito alta de respostas dando conta da falta de confiabilidade desses ambientes institucionais para realizar e atender corretamente os indivíduos transgênero no decorrer dos trâmites procedimentais de retificação de nome e de marcador de gênero.

Para tentar lidar com possíveis discriminações em esferas institucionais, muitas pessoas transgênero acabam tendo de criar estratégias. Uma das táticas nesse sentido é a organização de mutirões para a retificação de nome e para a alteração do marcador de gênero, visto que, imersas nessa reivindicação coletiva, existe uma maior divulgação de informações relevantes que antes seriam repassadas apenas caso a caso, além de se evitar que situações de transfobia se perpetuem e afetem, em maior número, os requerentes, pois os pedidos são orquestrados de maneira mais célere³⁸.

Sabendo de todas essas problemáticas enfrentadas pelas pessoas transgênero no decorrer do procedimento de retificação documental, a Defensoria Pública do Estado do Ceará (DPE-CE) se prontificou não somente a atuar firmemente em causas individualizadas em prol da concretização das

³⁶ BAHIA, A. G. M. F.; CUNHA, L. L. N. “Meu registro não sabe quem sou”: direito e acesso à retificação registral de nome e gênero para pessoas trans no Estado brasileiro na prática. **Revista Direito e Praxis**, 20 jul. 2024, p. 16-17.

³⁷ BENEVIDES, B. *et al.* **Diagnóstico sobre o acesso à retificação de nome e gênero de travestis e demais pessoas trans no Brasil**, 2022, p. 70.

³⁸ BAHIA, CUNHA, *op. cit.*, p. 16.

alterações pertinentes do registro civil, mas também, desde 2022, sabendo das vantagens de serem operadas retificações coletivas dos documentos – ou seja, de implantar mutirões –, arquitetou o “Transforma”, um mutirão com atuação específica para atender exclusivamente aos casos de retificação de nome e de marcador de gênero nos documentos de pessoas transgênero, operando recordes de atendimentos de casos justamente em virtude dessa estratégia³⁹.

Expondo os dados em números, entre julho de 2018 – logo após a decisão do STF e o provimento do CNJ já comentados – e julho de 2024, a DPE-CE realizou um total de 1.718 retificações de nome e de marcador de gênero, obtendo uma média de 286 procedimentos realizados por ano, casos que chegam à Defensoria diariamente em decorrência da indicação de movimentos sociais, por exemplo. Detalhando os números de maneira mais precisa, das 1.718 operacionalizações, 37 foram realizadas em 2018; 122 em 2019; 61 em 2020; 201 em 2021; 220 em 2022; 301 em 2023; e 183 em 2024, perfazendo um montante de 1.125 casos atendidos de maneira individualizada pelo Núcleo de Direitos Humanos e Ações Coletivas da DPE-CE⁴⁰.

Soma-se a isso os quantitativos de 189 operacionalizações em 2022 – quando foi organizado o primeiro mutirão “Transforma” –; 206 em 2023 e 198 em 2024, consumando-se 593 retificações de nome e de marcador de gênero em documentos de pessoas transgênero realizadas a partir da estratégia de mutirões, por intermédio do mutirão “Transforma” em suas três edições até então – todas realizadas anualmente no dia 28 de junho, em alusão ao Dia do Orgulho LGBTTQIAPN+⁴¹.

Ou seja, a tática de mutirão se mostrou de bastante sucesso, visto que, em apenas três edições, em três anos, as operacionalizações realizadas nesse modelo perfazem 35% do total de todas as operacionalizações já realizadas após o novo paradigma inaugurado pelo STF e pelo CNJ em 2018⁴² – de 2018 a 2024 –, que evidentemente facilitou a mudança dos ditos caracteres

³⁹ CASTRO, B. de. Com terceira edição do Transforma, Defensoria chega a 1.718 retificações de nome e gênero de pessoas trans em 6 anos. **Defensoria Pública do Estado do Ceará**, 8 ago. 2024.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

em documentos oficiais, mas não demonstrou a cautela de especificar como tais mudanças seriam operadas de maneira prática.

Para se ter uma ideia da importância da atuação da Defensoria também pela via dos atendimentos individualizados, mas principalmente pela trilha do mutirão “Transforma”, a DPCE realizou somente 17 retificações de nome e de marcador de gênero no ano de 2017 – ano imediatamente anterior à nova regra do CNJ –, época em que se mantinha a obrigatoriedade do requerimento judicial para o acesso a esse direito⁴³.

Assim, a DPCE arquitetou um modelo de assistência jurídica gratuita no qual se predispõe apta a receber demandas durante todo o ano, mas também possibilita uma resolução mais abrangente de diversas requisições de forma mais célere e dinâmica. Por meio dos mutirões, os cidadãos podem iniciar os pedidos de alteração documental sem nem sequer sair de casa, já que existe todo o amparo logístico da disponibilização de meios virtuais para o atendimento das demandas – por meio do portal virtual da DPCE. Como ilustra Lia Felismino, defensora assessora de relacionamento institucional da DPCE:

Na mesma hora, ela [referindo-se aos assistidos atendidos nessa questão] já pode dar entrada na mudança de todos os outros documentos. Mas esse primeiro passo, de alterar o registro no cartório, é algo que nós tentamos facilitar ao máximo no Transforma. E fazemos isso porque sabemos que o acesso dessas pessoas é difícil às instituições. Então, a palavra de ordem do mutirão é: descomplicar⁴⁴.

Os êxitos do “Transforma” foram tamanhos que esse mutirão se tornou referência na seara de atendimento de pessoas transgênero em prol da retificação de nome e da alteração de marcador de gênero no Ceará, inspirando outras instituições. Por exemplo, com o amparo da Coordenadoria Especial da Diversidade e o auxílio da DPCE, a Prefeitura de Caucaia criou mutirão com a mesma finalidade do “Transforma” e, após

⁴³ CASTRO, B. de. Com terceira edição do Transforma, Defensoria chega a 1.718 retificações de nome e gênero de pessoas trans em 6 anos. **Defensoria Pública do Estado do Ceará**, 8 ago. 2024.

⁴⁴ *Ibidem*.

a execução de duas edições, 80 indivíduos transgênero já foram beneficiados com o projeto e detiveram seus documentos devidamente retificados⁴⁵.

Destaca-se ainda que o “Transforma” é resultado de reivindicações expostas por entidades da sociedade civil à DPCE, tendo sido apresentadas, de maneira formal, em audiências públicas da 7ª edição do Orçamento Participativo, ocasiões em que a população é colocada em posição de protagonismo, definindo as prioridades sociais, políticas e financeiras da DPCE⁴⁶.

Demonstram-se, assim, os esforços empreendidos pela DPCE para ter a voz da população ouvida na montagem de seu modelo de assistência jurídica gratuita, saindo de um ponto de poucos atendimentos dedicados à alteração de documentos de pessoas transgênero, em um cenário menos permissivo nesse sentido, e se adequando a um outro contexto em que deve estar apta a prestar uma maior quantidade de assistências jurídicas referentes a essa questão. Como se não bastasse, ainda instituiu um modelo de mutirão que propiciou maior celeridade e colocou os assistidos e os resultados – e não meramente a obediência a procedimentos estáticos – como protagonistas da problemática, o que se adéqua perfeitamente ao modelo de administração pública gerencial.

Quer-se dizer, em sociedades com problemas complexos – como é justamente o caso da instrumentalização de processos aptos a atender, de maneira rápida, assistidos que requisitem a sua alteração documental e, consigo, a conquista efetiva do direito à personalidade – e com a diferenciação de estruturas atinentes a pautas que devem ser enfrentadas, privilegia-se uma burocracia apta a atender à concretização dos interesses sociais, e não uma burocracia disposta a lidar somente com os procedimentos em si⁴⁷.

Sublinha-se o comprometimento com o modelo gerencial adotado pela DPCE nessa situação principalmente ao se analisar os contornos de maior apuro no controle por resultados *a posteriori*, em vez de operar um

⁴⁵ CASTRO, B. de. Com terceira edição do Transforma, Defensoria chega a 1.718 retificações de nome e gênero de pessoas trans em 6 anos. **Defensoria Pública do Estado do Ceará**, 8 ago. 2024.

⁴⁶ BRITO, B. de C. Assessoria de Comunicação enquanto prática decolonial: Reflexões a partir do Jornalismo da Defensoria Pública do Ceará no caso Transforma. *In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISADORES EM JORNALISMO*, 21º, 2023, p. 3.

⁴⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público (RSP)**, 2022, p. 58-60.

controle rígido apenas dos procedimentos administrativos de maneira individualizada, visto que o modelo de mutirão demonstrou uma eficácia final sustentável. Nesse corolário, tem-se uma perspectiva de atuação e de fornecimento de assistência jurídica gratuita voltada primordialmente para o atendimento preeminente das demandas do cidadão, diferentemente de uma prática meramente autorreferida⁴⁸.

Além disso, para entender essa forma de atuação da DPCE, deve-se também compreender os dados e os moldes de engajamento promovidos pela Assessoria de Comunicação (Ascom) da DPCE. Analisando as duas primeiras edições do “Transforma”, percebe-se uma adesão de cerca de 85% de pessoas provenientes de bairros com Índices de Desenvolvimento Humanos (IDHs) considerados baixos ou muito baixos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o que demonstra que de fato os recursos monetários eram um fator preponderante para a demora ou mesmo para a não realização de alterações dos registros de pessoas transgênero⁴⁹.

Outrossim, a Ascom da DPCE, durante as duas primeiras edições, além de utilizar as cores da bandeira que representa a comunidade transgênero (azul, branco e rosa) – o que já seria uma forma de afirmar certo protagonismo para esses cidadãos –, também trouxe os próprios assistidos transgênero para o centro simbólico, figurativo e concreto do debate. Por isso, as campanhas adotaram identidade visual marcada pelos desenhos de rostos reais representativos de pessoas transgênero – tratando-as efetivamente como pessoas que existem no dia a dia do seio social e que devem ter seus direitos respeitados⁵⁰.

Em substituição a uma campanha puramente burocrática e restrita a questões documentais concentradas em uma mera alteração dos registros ou mesmo em uma educação sobre direitos em perspectiva ultrapedagógica, a Ascom da DPCE se concentrou em humanizar as narrativas da população transgênero – colocando-as perante as lentes e em destaque –, por meio da

⁴⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público (RSP)**, 2022.

⁴⁹ BRITO, B. de C. Assessoria de Comunicação enquanto prática decolonial: Reflexões a partir do Jornalismo da Defensoria Pública do Ceará no caso Transforma. *In*: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISADORES EM JORNALISMO, 21º, 2023, p. 5.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 5-6.

exposição em grandes veículos de comunicação das histórias de alguns dos assistidos transgênero que lutavam pela alteração de seus documentos e que participaram do mutirão, o que resultou em especiais jornalísticos⁵¹.

No primeiro especial jornalístico, realizado em 2022, 12 indivíduos transgênero contaram suas histórias em meio a estatísticas institucionais, indicadores sociais sobre a temática e depoimentos administrativos. O especial apresentava cinco reportagens com orientações para o período pós-retificação, preparando essas pessoas para que lidassem tanto com a fase prévia quanto com a fase posterior à retificação. O segundo especial, ocorrido em 2023, reuniu a história de outros sete personagens⁵².

Ambos os especiais dispuseram de ampla cobertura fotográfica e disponibilização nos portais oficiais da DPCE – com 20 reportagens dos especiais publicadas no site da instituição – e nas redes sociais *Instagram* e *Youtube* da instituição. Frisa-se ainda que todos os textos de cunho narrativo receberam reprodução literal de testemunhos do personagem em questão como título – uma técnica frequente de coberturas políticas e do “jornalismo declaratório”, mas pouco comum na grande imprensa –, buscando reforçar a humanidade das pessoas transgênero⁵³.

Dessa forma, por meio de toda essa meticulosa atuação da DPCE em prol do devido atendimento a casuísticas de retificação de nome e de marcador de gênero de indivíduos transgênero no registro civil, essa instituição inaugurou um modelo regional de assistência jurídica gratuita inovador e basilar para a efetivação de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e à personalidade de uma minoria já amplamente discriminada socialmente, ajudando a solver problemáticas enfrentadas pela população transgênero e a consolidar o papel da Defensoria como provedora do devido acesso à justiça em um sistema jurídico-administrativo brasileiro, em determinadas situações e em certa medida, ainda hermético para determinados estratos sociais.

⁵¹ BRITO, B. de C. Assessoria de Comunicação enquanto prática decolonial: Reflexões a partir do Jornalismo da Defensoria Pública do Ceará no caso Transforma. *In*: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISADORES EM JORNALISMO, 21º, 2023, p. 6-7.

⁵² *Ibidem*, p. 7.

⁵³ *Ibidem*, p. 7-8.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez desenvolvidos todos os corolários cruciais para o entendimento da temática, constata-se que o direito à retificação do nome e à alteração do marcador de gênero se configura como basilar para a existência de pessoas transgênero em toda a sua integralidade, posto que a dignidade da pessoa humana dessas pessoas está profundamente atrela à fluida e desimpedida performance de sua identidade de gênero.

Ademais, não bastam apenas avanços nas decisões judiciais acerca dessa questão, mas também é necessário que tal direito seja materializado nas vias práticas, o que conduz à necessidade de condutas destinadas especificamente à concretização desse direito por parte de instituições governamentais.

Por fim, conclui-se que a DPCE demonstrou uma profícua capacidade de adaptação de uma realidade com menor demanda para um outro cenário de alta incidência de assistidos transgênero requerendo a readequação de seu registro civil, após a decisão do STF, o que foi possível graças não somente ao aprimoramento do atendimento individualizado já presente anteriormente, mas também ao desenvolvimento de uma tática inovadora regionalmente e que colocou as pessoas transgênero na posição de protagonistas na operacionalização de mudanças: os mutirões “Transforma”.

Diante de todo esse corolário, ratifica-se o caráter basilar no que tange ao modelo de assistência jurídica gratuita desenvolvido pela DPCE para lidar com a efetiva corporificação do direito de indivíduos transgênero à retificação de nome e à mudança do marcador de gênero no registro civil e, consecutivamente, nos demais documentos oficiais.

REFERÊNCIAS

BAHIA, A. G. M. F.; CUNHA, L. L. N. “Meu registro não sabe quem sou”: direito e acesso à retificação registral de nome e gênero para pessoas trans no Estado brasileiro na prática. **Revista Direito e Praxis**, Ahead of print, Rio de Janeiro, p. 1-27, 20 jul. 2024.

BENEVIDES, B.; DANDARA, V.; VIRGÍNIA, I.; MOTA, J.; PAULA, A. W. M.; FERNANDES, E.; ANTRA (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS). **Diagnóstico sobre o acesso à retificação de nome e gênero de travestis e demais pessoas trans no Brasil**. Brasília: Distrito Drag, 2022.

BOUMAN, W. P.; CLAES, L.; BREWIN, N.; CRAWFORD, J. R.; MILLET, N.; FERNANDEZ-ARANDA, F.; ARCELUS, J. Transgender and anxiety: A comparative study between transgender people and the general population. **International Journal of Transgenderism**, online, p. 1-11, 15 dez. 2016.

BRANDÃO, M. L. **As bases biológicas do comportamento**: Introdução à neurociência. [S. l.]: Editora Pedagógica Universitária, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.275 do Plenário**. Brasília, 1º mar. 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público (RSP)**, Brasília, ed. 73 (Especial 85 Anos), p. 53-87, 2022.

BRITO, B. de C. Assessoria de Comunicação enquanto prática decolonial: reflexões a partir do Jornalismo da Defensoria Pública do Ceará no caso Transforma. *In*: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISADORES EM JORNALISMO, 21º. Brasília, p. 1-17, 2023. Disponível em: <https://proceedings.science/encontros-sbpjor/sbpjor-2023/trabalhos/assessoria-de-comunicacao-enquanto-pratica-decolonial-reflexoes-a-partir-do-jorn?lang=pt-br>. Acesso em: 17 ago. 2024.

BUTLER, J. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CASTRO, B. de. Com terceira edição do Transforma, Defensoria chega a 1.718 retificações de nome e gênero de pessoas trans em 6 anos. **Defensoria Pública do Estado do Ceará (DPCE)**, Notícias, 8 ago. 2024. Disponível em: <https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/com-terceira-edicao-do-transforma-defensoria-chega-a-1-718-retificacoes-de-nome-e-genero-de-pessoas-trans-em-6-anos/>. Acesso em: 17 ago. 2024.

DIAS, M. B. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2016.

DOAN, P. L.; JOHNSTON, L. Introduction: Under, Beside and Beyond the Transgender Umbrella. *In*: DOAN, P. L.; JOHNSTON, L. (ed.). **Rethinking Transgender Identities: Reflections from Around the Globe**. New York: Routledge, 2022, p. 1-12.

LAQUEUR, T. W. **Inventando o sexo**: corpo e gênero dos gregos a Freud. Tradução: Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

MOORE, H. L. Fantasias de poder e fantasias de identidade: gênero, raça e violência. **Cadernos Pagu**, n. 14, p. 13-44, 2000.

OAKLEY, A. Sexo e gênero. Tradução: Claudenilson Dias e Leonardo Coelho. **Revista Feminismos**, v. 4, n. 1, p. 64-71, 2016.

OLIVEIRA, F. N. A. de. Gênero, cultura e o dispositivo da transexualidade: a formação da identidade travesti no Brasil. **Darandina**: Revisteletrônica, Juiz de Fora, v. 10, n. 1, p. 1-20, 2019.

ROTONDANO, R. O.; SOUZA, N. M.; ARMENTANO, G. A. A alteração do registro civil das pessoas transexuais sem a necessidade da cirurgia de redesignação sexual no Brasil. **Revista de Bioética y Derecho: Perspectivas Bioéticas**, n. 51, p. 261-282, 2021.

SANCHES, P. C. Mudança de Nome e de Identidade de Gênero. *In*: DIAS, M. B. (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2017, p. 449-474.

SCHWEND, A. S. Constructing an Ethics of Depathologization: Epistemological, Methodological and Ethical Reflections in Trans and Intersex Studies. *In*: DOAN, P. L.; JOHNSTON, L. (ed.). **Rethinking Transgender Identities: Reflections from Around the Globe**. New York: Routledge, 2022, p. 91-123.

STERLING, R. Intersex people and educating for the development of personality. **Sex Education: Sexuality, Society and Learning**, v. 21, p. 1-13, 2021.

WINTER, S.; DIAMOND, M.; GREEN, J.; KARASIC, D.; REED, T.; WHITTLE, S.; WYLIE, K. Transgender people: health at the margins of society. **The Lancet: Transgender health**, p. 1-11, 17 jun. 2016.

ZERÓN, Agustín. Biotipos, fenotipos y genotipos. ¿Qué biotipo tenemos? (Segunda parte). **Revista Mexicana de Periodontología**, v. 2, ed. 1, p. 22-33, 2011.

DIREITOS HUMANOS

HUMAN RIGHTS

O JULGAMENTO DO CASO “BARCO PESQUEIRO CHANGRI-LÁ” PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

*THE JUDGMENT OF THE “CHANGRI-LÁ FISHING BOAT” CASE BY
THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: SOME CONSIDERATIONS*

Débora Medeiros Teixeira de Araújo

*(Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade de São Paulo - PPGD-USP. Advogada)
debora.fteixeiradv@gmail.com*

RESUMO

O presente artigo analisa a decisão do Recurso Extraordinário n.º 954.858/RJ, julgado em 23 de agosto de 2021 pelo Supremo Tribunal Federal, a qual fixou o tema 944, relativizando a imunidade de jurisdição dos Estados quando diante de ato ilícito perpetrado em território nacional violador de direitos humanos. Busca-se, em suma, verificar a higidez do sistema interno e como a jurisprudência brasileira se insere no contexto internacional quanto a esse tema. Para tanto, é empreendida pesquisa documental e, a partir de abordagem teórico-descritiva, desenvolvido o presente ensaio em três partes. De início, faz-se uma breve retrospectiva do caso com a devida contextualização de como a garantia da imunidade de jurisdição dos Estados vinha sendo tratada no Direito brasileiro. Em seguida, abordam-se os fundamentos do acórdão ora em estudo e, finalmente, analisa-se a decisão, considerando aspectos técnicos do Direito internacional e, quando necessário, aspectos processuais. Ao final, chega-se à conclusão de que, do ponto de vista da coerência sistêmica, a decisão foi acertada, pois manter inafastável a imunidade de jurisdição do Estado no presente caso seria negar a possibilidade de tutela dos direitos humanos violados. Ademais, a disformidade no modo como os ministros avaliaram os elementos da lide é reflexo da ausência de um momento processual específico destinado à verificação da incidência da imunidade de jurisdição dos Estados. E seria incorreto afirmar que o tribunal violou sua própria jurisprudência por deixar de aplicar o costume internacional, visto ser impreciso se houve ou não modificação dessa fonte do Direito internacional.

Palavras-chave: Imunidade de jurisdição dos Estados. Direitos humanos. Costume internacional.

ABSTRACT

This article analyzes the decision of the *Recurso Extraordinário* n.º 954.858 RJ, judged on August 23, 2021 by the Supremo Tribunal Federal, which set the theme 944, relativizing the immunity of States when faced with unlawful act perpetrated in national territory that violates human rights. In short, the aim is to verify the coherence of the internal system and how Brazilian jurisprudence is inserted in the international context on this subject. For this, documentary research is undertaken and, from a theoretical-descriptive approach, the present essay is developed in three parts. Initially, a brief retrospective of the case is made with the proper contextualization of how the guarantee of immunity of jurisdiction of the States had been treated in Brazilian Law. Then, the fundamentals of the judgment under study are addressed and, finally, the decision is analyzed, considering technical aspects of international law and, when necessary, procedural aspects. In the end, we come to the conclusion that, from the point of view of systemic coherence, the decision was correct because maintaining the immunity of the State in the present case would be to deny the possibility of protecting the violated human rights. In addition, the discrepancy in the way the ministers evaluated the elements of the dispute is a reflection of the absence of a specific procedural moment aimed at verifying the incidence of immunity of the States. And, it would be incorrect to say that the court violated its own jurisprudence by failing to apply international custom, since it is imprecise whether or not there has been a modification of this source of international law.

Keywords: Immunity of States. Human Rights. International Custom.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. BREVE RETROSPECTIVA DO CASO CHANGRI-LÁ. 2. DECISÃO DO ARE 954.858/ RJ. 3. PONDERAÇÕES SOBRE O *DECISUM*. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

Data de submissão: 10/05/2023

Data de aceitação: 12/08/2024

INTRODUÇÃO

O princípio da imunidade de jurisdição dos Estados, o qual tem por fundamento uma tradicional regra costumeira sintetizada no aforismo *par in parem non habet in iudicium*, reflete a ideia de que nenhum Estado soberano pode ser submetido, contra sua vontade, à condição de parte perante o foro doméstico de outro Estado¹. Destarte, pode-se definir o princípio da imunidade de jurisdição dos Estados como “atributo de todo Estado soberano, que impede que outros Estados exerçam jurisdição sobre os atos que realiza em exercício de seu poder soberano, ou ainda sobre bens dos quais é titular ou utiliza em exercício de dito poder soberano”².

O tema “imunidade de jurisdição dos Estados” volta e meia é objeto de análise pelas Cortes brasileiras. Em 2017, o caso “Barco Pesqueiro Changri-lá” levou aos tribunais superiores o questionamento acerca da possibilidade de relativização da imunidade de jurisdição quando constatados atos ilícitos perpetrados por Estados estrangeiros, no território nacional, violadores de direitos humanos³. Esse caso fora apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) naquele ano, através de inúmeros Recursos Ordinários interpostos⁴, e aguardava o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n.º 954.858 RJ pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com a repercussão geral declarada em maio de 2017. A tendência era a manutenção da garantia da imunidade estatal, pois, diante dos fatos narrados, e nos termos da jurisprudência firmada, estaria configurado ato de império.

¹ REZEK, J. F. Imunidade de jurisdição no entendimento atual da Justiça do Brasil. **Notícia do Direito Brasileiro**, jul./dez. 1996, p. 44.

² AHLÉ, L. O. Derecho internacional público, 1993. *Apud*: MUZZUOLI, V. de O. **Curso de Direito Internacional Público**, 2016, p. 594.

³ Vide: ARAÚJO, D. M. T. de. A evolução do princípio da imunidade de jurisdição dos Estados no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: MONT'ALVERNE, T. C. F.; MELO, S. P. de; QUEIROZ, A. G. S. de (org.). **Temas de Direito internacional contemporâneo**, 2019, p. 443-466.

⁴ Algumas das ações julgadas: RO 74/RJ, DJ 21/05/2009; RO 66/RJ, DJ 19/05/2008; AgRg em RO 121/RJ, DJ 20/03/2014; AgRg em RO 107/RJ, DJ 17/12/2013; AgRg em RO 108/RJ, DJ 17/12/2013; RO 134/RJ, DJ 13/08/2013; AgRg em RO 110/RJ, DJ 11/09/2012; RO 72/RJ, DJ 18/08/2009.

Foi somente em 23 de agosto de 2021 que a Corte suprema julgou o ARE n.º 954.858 RJ, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin. O *decisum*, porém, surpreendeu todos ao afastar a imunidade de jurisdição dos Estados quando verificados atos atentatórios aos direitos humanos, fixando o tema 944 “Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos, dentro do território nacional, não gozam de imunidade de jurisdição”⁵. Assim, determinou o retorno dos autos ao tribunal de origem para que fosse dado início efetivo ao processo, antes extinto sem resolução do mérito.

Ante o ineditismo e o caráter sensível – social e diplomaticamente – da decisão, faz-se necessário tecer algumas provocações, a fim de verificar a higidez do sistema interno e como a jurisprudência brasileira se insere no contexto internacional. Tendo em mente esse objetivo, foi empreendida pesquisa documental e, a partir de abordagem teórico-descritiva, desenvolvido o presente ensaio em três partes. De início, far-se-á uma breve retrospectiva do caso com a devida contextualização de como a garantia da imunidade de jurisdição dos Estados vinha sendo tratada no Direito brasileiro, para, em seguida, abordar os fundamentos do acórdão ora em estudo. Sob o domínio de tais informações, passar-se-á, então, a analisar a decisão, considerando aspectos técnicos do Direito internacional e, quando necessário, aspectos processuais.

Destaca-se, por fim, que o propósito deste ensaio não se restringe a verificar a coerência e adequação da decisão, mas também engloba refletir sobre os próprios institutos do Direito internacional em discussão e como esses se transformam ao longo do tempo.

1. BREVE RETROSPECTIVA DO CASO CHANGRI-LÁ

O caso “Barco Pesqueiro Changri-lá” remonta a fatos ocorridos no período da Segunda Guerra Mundial, mais precisamente no ano de 1943. Naquela época, submarinos alemães circundavam o litoral brasileiro, quando começaram a ser noticiados ataques a embarcações no mar territorial, motivando o Brasil, até então país neutro no conflito, a declarar guerra

⁵ O conteúdo do Tema 944 foi editado para complementação após o julgamento, em 23 de maio de 2022, dos Embargos de Declaração opostos à decisão do ARE 954.858/ RJ.

ao Eixo. Foi nesse contexto que o barco pesqueiro Changri-lá e seus dez tripulantes, pescadores do município de Arraial do Cabo/ RJ, desapareceram subitamente. Dias após a partida para pesca em alto-mar, e sem notícias de seu retorno, destroços da embarcação foram localizados nas praias da região, mas sem nenhum sobrevivente⁶.

Apesar das suspeitas de terem sido vítimas de um ataque da Alemanha nazista, abertas as investigações em sede administrativa, o Tribunal Marítimo declarou, em 1944, que a tripulação pereceu por ocasião do mau tempo, diante da ausência de qualquer outra causa justificadora do ocorrido⁷. Somente em 1999, após a divulgação de documentos oficiais de guerra, que foi confirmado o ataque ao Changri-lá causado pelo submarino alemão U-199. Então, em julho de 2001, o Tribunal Marítimo retificou os registros para reconhecer os tripulantes do Changri-lá como vítimas civis da guerra⁸.

Esclarecido o verdadeiro paradeiro daqueles dez tripulantes, seus familiares ajuizaram ações de responsabilidade civil em face da República Federal da Alemanha, a fim de obterem indenizações por todos os danos causados pelo ato ilícito praticado por agentes estrangeiros. Tais ações foram extintas sem resolução do mérito em razão da ilegitimidade do polo passivo, uma vez que os Estados são titulares da garantia de imunidade de jurisdição e, portanto, não poderiam ser submetidos à jurisdição brasileira.

Tentou-se, via recurso ordinário, reformar as sentenças extintivas das ações, porém, sem sucesso. O STJ, elucidando tratar-se a imunidade de jurisdição dos Estados de uma garantia derivada do Direito internacional consuetudinário, resgatou a evolução de sua abordagem na jurisprudência pátria para concluir que, *in casu*, estar-se-ia diante de ato de império, portanto, situação em que a imunidade de jurisdição é absoluta.

De fato, o Direito brasileiro não dispõe de norma escrita acerca da imunidade de jurisdição dos Estados, regulamentando tal garantia com base no costume internacional em vigor. Assim, originalmente, os

⁶ QUEIROZ, S. R. C. O. Changri-lá: o barco e seus heróis. **Revista Marítima Brasileira**, jul./set. 2002, p. 73.

⁷ ASSIS, Â. F. S. A saga dos pescadores do Changri-lá. **Navigador**, dez. 2005, p. 70.

⁸ *Ibidem*, p. 86.

tribunais tratavam a imunidade de jurisdição dos Estados como absoluta⁹, em qualquer hipótese¹⁰. Até que em 1990, no julgamento da Apelação Civil n.º 9.696/SP pelo STF, sob relatoria do Ministro Sydney Sanches, reconheceu-se a possibilidade de relativização da referida garantia quando configurado “ato de gestão”, isto é, quando o ato praticado pelo Estado não está diretamente relacionado ao exercício da soberania desse¹¹. Já no que concerne à imunidade de execução, essa permanece absoluta, invariavelmente¹²⁻¹³.

Não obstante a negativa por maioria do STJ, as ações trouxeram à baila o seguinte questionamento: a regra da imunidade de jurisdição dos Estados é derogável nos casos de violação aos direitos humanos por atos perpetrados

⁹ No âmbito global, até 1945 a imunidade de jurisdição dos Estados era entendida como absoluta. Somente a partir dos anos de 1970 que se passou a adotar uma concepção restritiva dessa prerrogativa estatal. Como bem expõe Pinho Pedreira, a partir daquela década, restou esclarecido que a imunidade de jurisdição dos Estados repousava no princípio da soberania, portanto, nenhuma razão haveria para subtraí-los à jurisdição do foro quando o ato a ser julgado não fosse praticado no exercício de sua soberania, isto é, do *jus imperii*, e sim no desempenho de uma atividade privada, ou, em outras palavras, do *jus gestionis*. PEDREIRA, P. A concepção relativista das imunidades de jurisdição e execução do Estado estrangeiro. **Revista de Informação Legislativa**, out./dez. 1998, p. 228.

¹⁰ Evolução da jurisprudência brasileira, vide: Agravo de Petição n.º 56.466/ DF, julgado em 19 de setembro de 1973, relator Ministro Bilac Pinto; Apelação Civil n.º 9.684/ DF, julgada em 1º de fevereiro 1983, relator Ministro Rafael Mayer; e Apelação Civil n.º 9.705, julgada em 9 de setembro de 1987, relator Ministro Moreira Alves.

¹¹ Conhecido como “Caso de Genny Oliveira”, trata de reclamação trabalhista formulada por viúva de empregado da embaixada da República Democrática Alemã, que alegou usufruir de imunidade de jurisdição absoluta. O relator, Ministro Sydney Sanches, proclamou seu voto no sentido de que a imunidade de jurisdição dos Estados não mais possuía caráter absoluto para causas trabalhistas, em razão das modificações do Poder Judiciário introduzidas pela Constituição Federal de 1988 (art. 114). Em sede de voto-vista, o Ministro Francisco Rezek, afirmando de antemão que coaduna com o provimento da apelação, faz importantes ponderações sobre o tema. Preliminarmente, ressalta que a imunidade de jurisdição dos Estados resulta de antiga e sólida regra costumeira do Direito das Gentes, e que essa norma é a base fundamental da tese firmada no STF. Em seguida, destaca que a norma introduzida pelo artigo 114 da Constituição Federal trata apenas da distribuição de competências, conquanto que o princípio da imunidade de jurisdição se constitui limite à jurisdição do Estado brasileiro. Passa, então, a abordar a nova conjuntura internacional sobre o tema, e traz à baila a Convenção de Basileia de 1972 e as normas *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 (EUA) e *United Kingdom State Immunity Act* de 1978 (Reino Unido), que relativizaram a imunidade de jurisdição nas situações em que o Estado atuasse na qualidade de particular. Conclui, afinal, que o costume internacional referente à imunidade de jurisdição dos Estados sofreu modificação substancial, adotando-se a imunidade de jurisdição relativa. Isto é, o benefício da imunidade de jurisdição é aplicado quando da prática de atos de império e excetuado quando da prática de atos de gestão, firmando, assim, a nova posição do egrégio tribunal.

¹² REZEK, J. F. Imunidade de jurisdição no entendimento atual da Justiça do Brasil. **Notícia do Direito Brasileiro**, jul./dez. 1996, p. 47.

¹³ Salvo caso de renúncia pelo próprio Estado que se pretende executar. Como rememora Pinho Pedreira, o Direito internacional sempre tratou a imunidade de jurisdição e a imunidade de execução dos Estados de forma independente, e exemplifica com a Convenção europeia sobre a imunidade do Estado de 1972, que combina a imunidade de jurisdição relativa com a imunidade de execução absoluta. PEDREIRA, *op. cit.*, p. 231.

por Estado estrangeiro em território nacional?¹⁴ Afinal, a prevalência dos direitos humanos, enquanto normas imperativas e inderrogáveis, é princípio regeador da relação do Brasil no plano internacional, assim como a independência nacional e a igualdade entre os Estados¹⁵.

Destarte, tendo em vista principalmente essa aparente incongruência sistêmica, os familiares interpuseram recurso extraordinário perante o STF, cuja admissibilidade foi inicialmente negada. Agravada a decisão que inadmitiu o recurso, esse foi recepcionado em parte e, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, julgado em 23 de agosto de 2021.

2. DECISÃO DO ARE 954.858/ RJ

O julgamento do ARE 954.858/ RJ foi iniciado no dia 12 de maio de 2017, quando houve o reconhecimento da repercussão geral da matéria e fixado o Tema 944. Como delineado na ementa do referido julgamento, a controvérsia constitucional consistiu em definir a viabilidade de processamento e julgamento, por parte do Poder Judiciário brasileiro, de lide que envolve ato de império ofensivo ao Direito internacional da pessoa humana praticado por Estado soberano estrangeiro no território nacional.

Instada a se manifestar nos autos, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso extraordinário sob o argumento de que “é absoluta e não comporta exceção a imunidade de jurisdição do Estado soberano em se tratando de atos praticados em ofensiva militar em período de guerra, considerado ato de império”¹⁶. Para corroborar seu argumento, citou precedente da Corte Internacional de Justiça (CIJ), qual seja, o Caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece Intervening)*¹⁷, que condenou a Itália pela não observância da imunidade

¹⁴ Especialmente no julgamento do Recurso Ordinário n.º 60/ Rio de Janeiro, em 9 de dezembro de 2015, sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Outras ações sobre a referida lide: RO 74/RJ, DJ 21/05/2009; RO 66/RJ, DJ 19/05/2008; AgRg em RO 121/RJ, DJ 20/03/2014; AgRg em RO 107/RJ, DJ 17/12/2013; AgRg em RO 108/RJ, DJ 17/12/2013; RO 134/RJ, DJ 13/08/2013; AgRg em RO 110/RJ, DJ 11/09/2012; RO 72/RJ, DJ 18/08/2009.

¹⁵ Nos termos do art. 4º da Constituição Federal de 1988.

¹⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação da PGR n.º 230579/2017 - ASJIV/SAJ/PGR**, 2017.

¹⁷ INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional immunities of de State (Germany v. Italy: Greece intervening). Judgment 3 feb. 2012. **Reports of judgments, advisory opinions and orders**, 2012.

de jurisdição da Alemanha ao submeter esse país à jurisdição nacional para julgar ações de indenização derivadas de atos militares durante o período da Segunda Guerra Mundial. Já a União, admitida na ação como *amicus curiae*, também defendeu a inafastabilidade da imunidade de jurisdição ante o ato impugnado, tido como sendo de caráter *jure imperii*.

Apto a decidir, o Ministro relator Edson Fachin apresentou seu voto em 1.º de março de 2021, o qual foi acompanhado pela maioria do tribunal, vencidos os ministros Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, Luiz Fux e Marco Aurélio. O julgamento foi, enfim, concluído no dia 23 de agosto de 2021, dando provimento ao recurso interposto para afastar a imunidade de jurisdição do Estado alemão na hipótese e determinar o retorno dos autos à origem para processamento da ação, antes extinta sem resolução de mérito.

O Ministro relator desenvolveu em seu voto quatro pontos. De início, discorre como a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro é tratada no Direito brasileiro, indicando que essa garantia é regida pelo direito costumeiro, uma vez que o Brasil não aderiu a nenhum tratado internacional que verse sobre a matéria. Remete à necessidade de conformação do costume internacional aos parâmetros constitucionais vigentes, e destaca ter sido a Constituição Federal de 1988 marco fundamental para a relativização da imunidade de jurisdição dos Estados ante atos de gestão. Ainda, lembra que a imunidade executória permanece absoluta em razão das garantias diplomáticas e consulares – decorrentes das Convenções de Viena de 1961 e 1963, respectivamente.

No segundo ponto, retoma aspectos fáticos da lide e esclarece que o ato praticado pelo Estado alemão constituiu, na verdade, ilícito internacional, uma vez que violou tratados internacionais então vigentes concernentes à proteção do direito humanitário no contexto de conflito armado, em especial as Convenções de Haia de 1899 e 1907. Registra que o art. 6º, alínea “b”, do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg reconhece como “crime de guerra” a violação das leis e costumes de guerra, e também o art. 6º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que realça o direito à vida como direito humano.

Indicada a natureza do ato perpetrado pelos agentes alemães, o Ministro relator passa a elencar diversos instrumentos internacionais e estrangeiros que

afastam a imunidade de jurisdição dos Estados quando configurado ilícito causador de danos praticados no território de outro Estado, especialmente quando o dano ofende direitos humanos. Entre os documentos citados estão: Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados e seus Bens de 2004¹⁸; Convenção Europeia sobre Imunidade de Jurisdição de 1972¹⁹; *U.S. Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976²⁰; *State Immunity Act* de 1978 (Reino Unido)²¹; *Foreign States Immunities Act* de 1985 (Austrália)²²; e *Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos* de 1995²³.

Ademais, traz à baila jurisprudências estrangeiras²⁴ que afirmaram a prevalência da proteção das normas de *jus cogens* em detrimento da garantia da imunidade de jurisdição dos Estados, mesmo diante de atos, à primeira vista, de caráter *jure imperii*. Interessante observar que alguns dos casos colecionados dizem respeito a fatos vivenciados durante a Segunda Guerra Mundial, tal qual a situação sub judice.

Avalia ainda a jurisprudência da CIJ²⁵, arguida pela Procuradoria-Geral da República, para apontar que essa sofreu graves críticas da doutrina

¹⁸ Essa convenção ainda não está em vigor e, por ora, nem o Brasil nem a Alemanha manifestaram interesse em ratificá-la. Em seu art. 12 dispõe que, “Salvo acordo em contrário entre os Estados interessados, um Estado não pode invocar a imunidade de jurisdição perante um tribunal de outro Estado que seja competente em um processo que se refira à compensação pecuniária por morte ou lesão à pessoa, ou dano ou perda de bens tangíveis, causada por um ato ou omissão alegadamente imputável ao Estado, se o ato ou omissão ocorreu no todo ou em parte no território desse outro Estado e se o autor do ato ou omissão esteve presente naquele território no hora do ato ou omissão” (tradução sugerida no Acórdão).

¹⁹ “Art. 11. Os contratantes não podem reclamar a imunidade à jurisdição de outro Estado parte quando o processo decorrer de dano à pessoa que ocorreu no território do Estado do foro e se o autor do ferimento ou dano estava presente neste território no momento em que os fatos ocorreram.” (tradução sugerida no Acórdão)

²⁰ “Seção 1.605, Item 5: Não cabe a imunidade para afastar responsabilidade por atos ou omissões ilícitos que causem a morte ou danos pessoais ou avaria ou perda de propriedade nos Estados Unidos.” (tradução sugerida no Acórdão)

²¹ “Art. 5º. O Estado não goza de imunidade nos casos de morte, lesão pessoal, dano ou perda de propriedade tangível causados por ação ou omissão no Reino Unido.” (tradução sugerida no Acórdão)

²² “Art. 13. Um Estado estrangeiro não é imune em processos que tratem de morte ou danos pessoais a pessoa ou danos ou perda de propriedade material causadas por um ato ou omissão praticado na Austrália.” (tradução sugerida no Acórdão)

²³ “Art. 2º. Os Estados estrangeiros não podem invocar imunidade de jurisdição quando demandados por danos e prejuízos derivados de delitos ou quase-delitos cometidos no território.” (tradução sugerida no Acórdão)

²⁴ Caso *Ferrini*, julgado na Itália em 2004; caso *Distomo*, julgado na Grécia em 1997; caso *Letelier v. Republic of Chile*, julgado nos EUA em 1980; e o caso “*Comfort women*”, julgado na Coreia do Sul em 2021.

²⁵ Caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece Intervening)*, julgado em 2012.

internacionalista nacional e estrangeira²⁶ por ter se esquivado da análise prioritária, qual seja, a possível exceção à garantia da imunidade de jurisdição dos Estados ante a violação de normas de direitos humanos. Ressalta também que, nos termos do artigo 59 do Estatuto que a funda, a jurisprudência da Corte não possui efeito vinculante *erga omnes*, e que, diferentemente do arcabouço fático ora em julgamento, os nacionais italianos sujeitos a medidas de perseguição do Terceiro Reich receberam indenização do governo alemão quando dos acordos de paz pós-guerra.

Por fim, no quarto ponto, o Ministro relator observa mais um direito humano violado na narrativa: o direito dos familiares de saberem a sorte dos entes queridos, bem como, uma vez conhecido o destino, de ter acesso à justiça reparadora, o que são garantias dispostas em diversos instrumentos internacionais e na própria Constituição Federal brasileira. Conclui, assim, pela imprescindibilidade do afastamento da imunidade de jurisdição do Estado alemão no presente caso.

Abrindo divergência, o Ministro Gilmar Mendes faz breve apanhado histórico para reafirmar o caráter absoluto da garantia da imunidade de jurisdição dos Estados em razão da prática de atos de império. Para tanto, cita os documentos internacionais²⁷ e estrangeiros arrolados pelo Ministro Edson Fachin a fim de enfatizar ser esse o entendimento prevalescente no plano internacional.

Reconhece ainda a busca de alguns Estados de excepcionar a garantia estatal quando os atos de império violarem direitos humanos, o que, a seu ver, constitui medida incipiente, incapaz de ser aceita como integrante do Direito internacional costumeiro – e, portanto, impossível de ser

²⁶ Para Paula Almeida, por exemplo, a decisão da CIJ seria excessivamente formalista e conservadora, destacada da realidade atual e incapaz de conduzir a resultados satisfatórios que levem em consideração os direitos dos indivíduos. Em verdade, a Corte não considerou a imunidade estatal como valor relativo e evolutivo, cuja importância deve ser ponderada em função de valores concorrentes e de suas respectivas consequências concretas. Além disso, levando a fundamentação da decisão ao extremo, caso existisse distinção entre normas de procedimento e substância, a consequência é que nenhum direito fundamental jamais seria oponível a um Estado estrangeiro por um particular perante o tribunal local, pois o status de *jus cogens* seria impotente para modificar os contornos da imunidade soberana. ALMEIDA, P. W. O caso Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha c. Itália): A Corte Internacional de Justiça na contramão da evolução do Direito internacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, 2013.

²⁷ Inclusive transcreve a Convenção Internacional da Nações Unidas sobre Imunidades de Jurisdição dos Estados e de seus Bens, na íntegra, para afirmar que, da interpretação dos itens 2 e 4 do art. 16, é possível extrair que subsistiria a necessidade de se resguardar imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro em se tratando de ato praticado por navio de guerra.

aplicada no Direito brasileiro. Cita, então, a decisão do CIJ nesse sentido, cuja relevância deve ser considerada, a seu ver, dado o número de países signatários à jurisdição do referido tribunal internacional – incluídos o Brasil e a Alemanha.

Além disso, mesmo considerando que a Convenção de Genebra de 1949 e seus Protocolos I e II, de 1977, proíbem os atos das Forças Armadas de ataque à população civil, com a consequente responsabilização do Estado violador da norma ao pagamento de indenização às vítimas, seria impossível aplicá-los à situação em análise, pois os referidos documentos são posteriores aos fatos narrados na ação. Ao final, ressalta que submeter a Alemanha à jurisdição brasileira sem sua prévia anuência, com a possível condenação desse Estado, poderia criar conflito diplomático, tal qual aquele instaurado entre Coreia do Sul e Japão por ocasião da condenação do Japão pela justiça sul-coreana no caso “*Comfort women*” no início de 2021.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, detém sua análise a uma questão lógica: ou a imunidade de jurisdição é absoluta diante de ato de império ou não. Isto é, não haveria como algo “ser” e “não ser” simultaneamente. E, na esteira do sustentado pelo Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Alexandre de Moraes destaca que admitir a exceção à imunidade de jurisdição proposta colocaria em risco o equilíbrio internacional entre os países soberanos, bem como a relação diplomática entre o Brasil e a Alemanha. Ademais, pondera que, se é reconhecida a imunidade de jurisdição absoluta para organismos internacionais, a imunidade dos Estados também nesse caráter se faz imprescindível²⁸.

Ainda, atento aos argumentos opostos pelo recorrente, defende que os precedentes favoráveis à relativização da garantia estatal não são suficientes para se concluir que efetivamente há um novo consenso na ordem jurídica internacional e cita doutrina nesse sentido. Conclui seu voto chamando atenção da Corte para a possível usurpação de poderes do legislador, caso a decisão finde criando uma exceção à regra vigente.

Como dito anteriormente, apesar dos esforços desses ministros, a Suprema Corte, em sua maioria, acompanhou o voto do relator.

²⁸ O que é uma conclusão totalmente equivocada, sem nexo de causa e consequência, pois a imunidade de jurisdição dos organismos internacionais deriva dos respectivos tratados constitutivos, e não do costume internacional.

3. PONDERAÇÕES SOBRE O *DECISUM*

Da análise do julgado²⁹ é possível extrair algumas reflexões sobre o tema da imunidade de jurisdição dos Estados que demonstram a dinamicidade do Direito internacional e os esforços da jurisprudência brasileira em acompanhar as mudanças ocorridas nesse âmbito. Inicialmente, verifica-se a coerência dos votos com a jurisprudência nacional sobre o fundamento normativo para aplicação da imunidade de jurisdição dos Estados no Brasil, qual seja, o costume internacional. Nesse contexto, é imprescindível que a Corte questione: como o costume internacional vigente trata a matéria? Desde a última análise sobre o tema (se já tiver sido enfrentado) pela Corte, ocorreu alguma mudança na prática corrente internacional?

Essa, porém, é uma avaliação pouco objetiva e requer esforço argumentativo considerável, pois é difícil identificar o que constitui um costume internacional e, mais ainda, se esse sofreu alteração. Afinal, o que é necessário para concretizar no plano internacional a modificação do costume? No caso em tela, por exemplo, foram arroladas diversas leis e jurisprudências estrangeiras que relativizaram a imunidade de jurisdição dos Estados ante atos ilícitos violadores de direitos humanos, não obstante o ato em si praticado ter caráter *jure imperii*. Mesmo assim, para parte expressiva dos ministros (cinco dos onze), esses indícios são incipientes para configuração de norma costumeira internacional.

É inegável, todavia, que essas legislações e decisões indicam, ao menos, uma tendência, o que nos leva a discutir também se o Brasil, na qualidade de Estado que não possui norma positiva sobre o tema e se baseia essencialmente no costume internacional, poderia segui-la, ou se seria necessário aguardar uma consolidação da mudança. Mas o que demarcaria, afinal, essa consolidação? O passar do tempo? Se sim, quanto tempo? Um documento ou uma decisão de tribunal internacional com caráter vinculante *erga omnes* nesse sentido? Ainda, poderia o Brasil participar da conformação de um novo costume internacional ou a esse país caberia apenas uma posição passiva? Esse é o primeiro ponto a se observar.

²⁹ Oportunamente indica-se a leitura do artigo “Imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros no Supremo Tribunal Federal”, de Paulo Cesa Rodrigues e Luiz Felipe Couto, que também se propõe a analisar a referida decisão e apresenta posicionamento diverso do que ora se desenvolve. RODRIGUES, P. C. V. S. L.; COUTO, L. F. G. Imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros no Supremo Tribunal Federal. **DIGE - Direito Internacional e Globalização Econômica**, 2023.

O aspecto temporal é outra questão que salta aos olhos no presente caso. Em verdade, o possível afastamento da imunidade de jurisdição dos Estados está, à primeira vista, fundamentado na violação de normas de direitos humanos. Ocorre que a própria concepção de “direitos humanos”, inclusive enquanto normas de *jus cogens*, é posterior à Segunda Guerra Mundial, tendo sido esses direitos positivados em inúmeros documentos internacionais – alguns citados nas petições e decisões da ação³⁰. Destarte, como atribuir conduta ilícita gravíssima ao Estado alemão se os valores supostamente protegidos não compunham a ordem jurídica internacional ao tempo dos atos? Aqui cabem alguns esclarecimentos que possivelmente não tenham sido bem pontuados no caso *sub judice*.

De início, deve-se ter em mente que o ato, qual seja, o assassinato dos tripulantes do barco Changri-lá, vitimou diretamente os pescadores e indiretamente os seus familiares. Quando se avalia o ato sob o ponto de vista dos pescadores, é necessário verificar as regras internacionais em vigor naquele momento. E é nesse sentido que o Ministro relator Edson Fachin indica tratar-se de ato ilícito por ter desrespeitado normas de *jus ad bellum* previstas nas Convenções de Haia de 1899 e 1907, originando pretensão reparadora dos herdeiros.

Já quanto aos familiares, esses só tiverem acesso às informações em 2001, quando tentaram o acesso à justiça para indenização dos danos sofridos, o que até o momento do julgamento do referido recurso extraordinário vinha sendo negado com base na garantia de imunidade de jurisdição dos Estados. Assim, seus direitos estão resguardados pelos documentos internacionais protetivos dos direitos humanos criados até o ano citado. Não há de se falar em anacronias.

Outrossim, verifica-se de um lado a existência de legítima pretensão reparadora, pois constatados o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade entre eles, e de outro a impossibilidade de submissão de um Estado à jurisdição brasileira por ocasião do costume internacional. Ainda, tem-se entre os princípios norteadores das relações internacionais da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos e a igualdade dos

³⁰ Deve-se ressaltar, entretanto, que os direitos humanos são inerentes à própria condição humano, de modo que as normas de direitos humanos ganham caráter meramente declaratório, não necessitando efetivamente de norma escrita para existir e produzir efeitos.

Estados. Desta feita, como harmonizar os interesses em lide? Mais um aspecto a se pensar.

Considerando a perspectiva da proteção dos direitos humanos, não há dúvidas de que esses sofreram violação e devem ser resguardados. O assassinato dos pescadores gerou grande sofrimento aos seus familiares, não apenas por terem passado gerações convivendo com a incerteza do paradeiro de seus entes, mas também pela desestruturação da economia familiar, uma vez que os ganhos básicos necessários à sobrevivência das famílias derivavam daquela atividade pesqueira. Ademais, também em razão das suas condições sociais, os requerentes não poderiam reclamar o pagamento das indenizações em outra localidade senão sua própria região. Nesse contexto, exigir que a ação seja movida na Alemanha é negar o próprio direito das vítimas.

Já do ponto de vista da aplicação da imunidade de jurisdição dos Estados ante atos de império, emerge interessante reflexão, iniciada no contexto do julgamento do caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece Intervening)* pelo juiz Cançado Trindade em seu voto divergente³¹, acerca da natureza do ato quando constatada conduta ilícita. Um ilícito internacional reflexo de ações de Estados enquanto entes soberanos interfere na configuração do ato *jure imperii* protegido pela garantia da imunidade? Noutras palavras, a conduta ilícita é ato de império? Ainda, e se esse ilícito ocasiona danos às normas de *jus cogens*, o ato continua resguardado pela imunidade?

A priori, seria possível argumentar que, apesar de devida a indenização em razão do dano gerado pelo Estado, dever-se-ia buscar a via adequada, não sendo a jurisdição interna de outro Estado a competente para tal – salvo estipulação em tratado internacional. Ocorre que, quando se está diante de violação a direitos humanos, torna-se imperativa a atuação da sociedade internacional para garantir sua proteção, o que poderia implicar, inclusive, o afastamento da imunidade de jurisdição dos Estados para processamento de ação reparadora no tribunal mais próximo aos indivíduos tutelados.

³¹ INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional immunities of de State (Germany v. Italy: Greece intervening). Dissenting opinion of judge Cançado Trindade. Judgment 3 feb. 2012. **Reports of judgments, advisory opinions and orders**, 2012.

Esse era o objeto de análise no caso envolvendo Alemanha e Itália, com a Grécia interveniente, em que se esperava que a CIJ confrontasse e se manifestasse sobre o que deveria prevalecer, se a imunidade de jurisdição dos Estados ou a proteção das normas de *jus cogens*. Entretanto, não foi isso o que ocorreu.

A CIJ avaliou a denúncia da violação à imunidade de jurisdição como uma garantia processual preliminar, sem adentrar as questões fáticas relativas ao mérito da lide. Assim, verificado ter se tratado de fatos perpetrados pelas Forças Armadas do Estado reclamante, a Corte não se deteve ao conteúdo do ato e seus efeitos, pressupondo consistir em *acta jure imperii* e, portanto, imune. Além disso, no caso submetido, afastou-se também a imunidade de execução, sem anuência alguma, a qual é ainda tida como indiscutivelmente absoluta.

Esse posicionamento da CIJ, como restou evidenciado, manteve inafastável a imunidade de jurisdição dos Estados, quando indicado ato de império, em detrimento de qualquer tentativa individual de garantir a efetividade dos direitos humanos violados na causa, por ter se esquivado ao confronto entre os referidos valores.

Por fim, cumpre ressaltar que a imunidade de execução permanece absoluta, o que frustra a eficácia de decisões condenatórias de Estados estrangeiros mesmo quando relativizada a imunidade de jurisdição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como supramencionado, divergindo da decisão do STJ e de pareceres da Procuradoria-Geral da República e Advocacia-Geral da União, o STF concluiu pela relativização da imunidade de jurisdição dos Estados quando configurado ato ilícito violador de direitos humanos perpetrado em território nacional.

Atentando-se para o acórdão, tem-se que o Ministro relator Edson Fachin desenvolveu seu voto a partir da constituição fática da lide, mantendo em evidência o ato ilícito, o dano gravíssimo e a necessária indenização. Os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Alexandre de Moraes, por seu turno, detiveram suas análises nas condições jurídicas da ação,

in caso legitimidade das partes, sem adentrar o mérito. Ademais, levaram em consideração os possíveis efeitos político-diplomáticos da decisão, defendendo, desta feita, um posicionamento mais conservador.

Do ponto de vista da coerência sistêmica, a decisão foi acertada, pois manter inafastável a imunidade de jurisdição do Estado no presente caso seria negar a possibilidade de tutela dos direitos humanos violados por uma presunção de que o Estado alemão não teria interesse em participar da ação, mesmo sem que ele tenha sido convocado a se manifestar. Em verdade, o Brasil, assim como os demais membros da sociedade internacional, tem o dever de garantir e promover os direitos humanos, tanto por força de suas normas constitucionais quanto pelos compromissos internacionalmente assumidos.

Com efeito, a disformidade no modo como os ministros avaliaram os elementos da lide é reflexo da ausência de um momento processual específico destinado à verificação da incidência ou não da imunidade de jurisdição dos Estados. Isto é, o que dos fatos arrolados na ação deve ser considerado preliminarmente pelo julgador para concluir se o ato em questão possui natureza *jure imperii* ou *jure gestionis*? A natureza do direito subjetivo violado é relevante nessa avaliação? Há espaço para produção de provas? Qual o passo a passo desse procedimento?

Ademais, seria incorreto afirmar que o tribunal violou sua própria jurisprudência por deixar de aplicar o costume internacional, pois, como visto, é impreciso se houve ou não modificação dessa fonte do direito em casos como o *sub judice*.

Esses foram alguns dos questionamentos identificados no tratamento da imunidade de jurisdição dos Estados pela jurisprudência nacional, os quais requerem detido estudo e constante revisitação dos fundamentos do direito internacional, sempre que possível por uma perspectiva interdisciplinar, a fim de proporcionar maior segurança jurídica às relações internacionais.

Finalmente, registra-se que, após o julgamento do referido recurso extraordinário, o STJ já reposicionou sua jurisprudência, reconhecendo o *overruling* do entendimento anterior³² e determinando o retorno dos autos para o juízo de origem para processamento da causa.

³² Julgamentos dos Recursos Ordinário n.76 e 109, ambos julgados em 17 de junho de 2022.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. O caso Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha c. Itália): A Corte Internacional de Justiça na contramão da evolução do Direito internacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 13, n. 13, p. 371-400, 2013.

ARAÚJO, Débora Medeiros Teixeira de. A evolução do princípio da imunidade de jurisdição dos Estados no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; MELO, Silvana Paula de; QUEIROZ, Arthur Gustavo Saboya de (org.). **Temas de direito internacional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 443-466.

ASSIS, Ângela Fonseca Souza. A saga dos pescadores do Changri-lá. **Navigator**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 87-91, dez. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Petição n.º 54.466/ Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator: Min. Bilac Pinto. Julgado em 9 maio 1973. **Diário de Justiça**, 19 set. 1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Civil n.º 9.684/ Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator: Min. Rafael Mayer. Julgado em 1º fev. 1983. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25109>. Acesso em: 3 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Civil n.º 9.705/ Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 9 set. 1987. **Diário da Justiça**, 23 out. 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Civil n.º 9.696/ São Paulo. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgado em 3 maio 1989. **Diário da Justiça**, 24 out. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário n.º 60/ Rio de Janeiro. Segunda Seção. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 23 set. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 19 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com agravo n.º 954.858/ Rio de Janeiro. Plenário. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em 23 ago. 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**, 24 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário n.º 109/ Rio de Janeiro. Quarta turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 7 jun. 2022. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário n.º 76/ Rio de Janeiro. Quarta turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 7 jun. 2022. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 jun. 2022.

INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional immunities of de State (Germany v. Italy: Greece intervening). Judgment 3 feb. 2012. **Reports of judgments, advisory opinions and orders**, p. 98-156, 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional immunities of de State (Germany v. Italy: Greece intervening). Dissenting opinion of judge Cançado Trindade. Judgment 3 feb.

2012. **Reports of judgments, advisory opinions and orders**, p. 179-290, 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação da PGR n.º 230579/2017 - ASJCIV/SAJ/PGR**. Documento n.º 15 do Processo ARE 954.858. Brasília, 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4943985>. Acesso em: 3 jul. 2024.

MUZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PEDREIRA, Pinho. A concepção relativista das imunidades de jurisdição e execução do Estado estrangeiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.35, n. 140, p. 227-236, out./dez. 1998.

QUEIROZ, Sérgio Roberto Castro Oliveira. Changri-lá: o barco e seus heróis. **Revista Marítima Brasileira**, Rio de Janeiro, v. 122. n. 7/9, p. 69-86, jul./set. 2002.

REZEK, J. F. Imunidade de jurisdição no entendimento atual da Justiça do Brasil. **Notícia do Direito Brasileiro**, n. 2., p. 39-48, jul./dez. 1996.

RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Souto Lopes; COUTO, Luiz Felipe Guerreiro. Imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros no Supremo Tribunal Federal. **DIGE - Direito Internacional e Globalização Econômica**, v. 10, n. 10, p. 21-53, 2023.

SILVEIRA, Vinícius Assis da; SANTANA, Luiz Felipe Costa; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. Imunidade de jurisdição dos Estados: O caminho para a relativização. **Revista de Direito Internacional**, v.18, n. 1, 2021, p. 120-136.

ANÁLISE DA EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

ANALYSIS OF THE EXPANSION OF PUNITIVE POWER IN VIEW OF CRITICAL CRIMINOLOGY

Neon Bruno Doering Morais

*(Doutor em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP.
Pesquisador do Grupo Asa Branca de Criminologia. Membro do Comitê
de Comunicação da Sociedade Mundial de Vitimologia - World Society of
Victimology WSV CC. Servidor Supervisor do Núcleo Criminal da DPU)
neon.morais@dpu.def.br*

RESUMO

À luz da criminologia crítica, e por meio de uma análise bibliográfica e de dados quantitativos descritos no Anuário Brasileiro de Segurança Pública, o presente estudo propõe uma breve explanação histórica sobre a relação entre o controle punitivo, o capitalismo e a cultura que o produz, objetivando traçar através do passado os efeitos que reverberam na sociedade atual. Nesse escopo, o trabalho irá concentrar-se ainda na expansão do controle punitivo – que aparece como um instrumento para o estabelecimento e a manutenção da ordem – e do simbolismo penal – que surge como resposta simbólica ao clamor por pena mais dura e segurança por parte da opinião pública.

Palavras-chave: Criminologia crítica. Controle punitivo. Simbolismo penal. Sistema penal. Capitalismo.

ABSTRACT

In view of critical criminology, and through a bibliographical analysis and quantitative data described in the Brazilian Yearbook of Public Security, the present study proposes a brief historical explanation about the relationship between punitive control, capitalism and the culture that produces it, aiming to trace through the past the effects that reverberate in today's society. In this scope, the work will also focus on the expansion of

punitive control – which appears as an instrument for the establishment and maintenance of order – and the criminal symbolism – that speaks out as a symbolic response to the outcry for punishment and security by the public opinion.

Keywords: Critical Criminology. Punitive Control. Penal Symbolism. Penal System. Capitalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. O DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE PUNITIVO NO CAPITALISMO. 2. POLÍTICA CRIMINAL À BRASILEIRA. 3. A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO E DO SIMBOLISMO PENAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Data de submissão: 17/08/2023

Data de aceitação: 23/09/2024

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a discutir, a partir de uma análise criminológica histórico-crítica, a associação nada ingênua existente entre o controle punitivo, o capitalismo e a cultura que o produz. A intenção nada mais é do que buscar no passado respostas sobre a expansão desenfreada do controle punitivo na sociedade atual. Afinal de contas, acredita-se que há um acordo do passado com o presente para eleger a pena como instrumento “eficaz” para o estabelecimento e a manutenção da ordem.

Mas frisa-se: embora este trabalho filie-se a teorias que não justificam ou legitimam o poder punitivo, uma vez que as “propostas legitimadoras, em verdade, jamais perseguem aquilo que prometem”, “causa mais males do que o evita” – enfim, “são apenas uma cortina de fumaça para encobrir seu real (porém, escamoteado) fim: excluir pessoas!” –, reconhece-se que a Carta Constitucional de 1988 “legitimou o poder de punir pelo Estado. Isso é indiscutível!”¹.

¹ ALBUQUERQUE, F. da S.; PINHO, A. C. B. de. **Precisamos falar sobre garantismo:** limites e resistência ao poder de punir, 2017, p. 10-27.

Contudo, ao dedicar aos Direitos Fundamentais título específico (assumindo, inclusive, possibilidades de garantias implícitas), a Constituição brasileira consagrou garantista sua dimensão normativa, “tal como os Estados constitucionais de Direito contemporâneo”. É justamente a partir desse paradigma garantista que a Constituição brasileira “propugna uma intervenção penal mínima e estabelece parâmetros de racionalidade à intervenção”².

Pois bem, retomando! Produzida por dois precursores do pensamento crítico, Georg Rusche e Otto Kirchheimer, em 1939 foi publicada uma das primeiras e importantes obras da criminologia crítica, “Punição e Estrutura Social” (“*Punishment and Social Structure*”)³. Nesse trabalho, os autores realizam uma análise histórica da pena e abordam a inter-relação com a cultura que a produz, objetivando assim compreender as causas de sua mudança e de seu desenvolvimento, bem como a escolha de métodos penais específicos em períodos históricos também específicos.

Os bens que estão sob a proteção da lei são os escolhidos por grupos sociais especificados, normalmente situados dentro do próprio Estado, aquele que detém o poder de fazer a lei. “Fundamentalmente, o objetivo de cada pena é a defesa daqueles valores que o grupo social dominante de um Estado vê como bons para a ‘sociedade’”⁴.

Trata-se, na verdade, de uma manipulação da máquina penal na tentativa de moldar a sociedade seguindo os padrões de uma elite urbana privilegiada. É nesse contexto que Rusche e Kirchheimer afastam-se da criminologia positivista e conservadora e dos seus métodos de políticas criminais respaldados no controle e na repressão – que estão implementados nas sociedades capitalistas –, para apontar a relação entre o desenvolvimento das instituições penais e o novo sistema econômico.

Desta feita, fundamentando-se na obra “Punição e Estrutura Social” dos autores supracitados, em um primeiro momento o presente artigo irá discorrer sobre a pena e seu contexto na história. E, em sequência, serão

² MASIERO, C. M. **O movimento LGBT e a homofobia**, 2014, p. 123.

³ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**, 2004.

⁴ *Ibidem*, p. 8.

abordados os problemas ainda hoje enfrentados pela criminologia crítica através da expansão do controle punitivo e do simbolismo penal.

Neste ponto, cumpre registrar que a criminologia crítica, assentada no paradigma de controle ou reação social, induz à reflexão macrossociológica sobre Sistema de Justiça Criminal e permite relacionar os efeitos que reverberam em uma sociedade que clama cada dia mais por um controle punitivo mais rigoroso. Para a análise utilizou-se a pesquisa bibliográfica, bem como a análise de dados quantitativos descritos no Anuário Brasileiro de Segurança Pública.

1. O DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE PUNITIVO NO CAPITALISMO

Na obra “Punição e Estrutura social”, Georg Rusche e Otto Kirchheimer, em uma óptica marxista, denotam uma estreita relação entre a ação dos sistemas penais e o momento econômico vivenciado pela sociedade, ressaltando ainda a importância de compreender a origem e história da conexão entre o controle punitivo e o mercado de trabalho, bem como o nascimento das prisões – uma forma burguesa de punição – na chegada do capitalismo.

Impende destacar que, na concepção de Rusche e Kirchheimer:

A afinidade, mais ou menos transparente, que se supõe existir entre o delito e pena impede qualquer indagação sobre o significado independente da história dos sistemas penais. Isso tudo tem que acabar. A pena não é nem uma simples consequência do delito, nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido. A pena precisa ser entendida como um fenômeno independente, seja de sua concepção jurídica, seja de seus fins sociais. Nós não negamos que a pena tenha fins específicos, mas negamos que ela possa ser entendida tão somente a partir de seus fins⁵.

No tocante à Idade Média, Rusche e Kirchheimer apontam a indenização e a fiança como os principais métodos punitivos dessa fase, na qual não havia espaço para um sistema de punição estatal. Assim, a pena ficava a

⁵ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**, 2004., p. 19.

critério da arbitragem privada dos senhores feudais. Nesse ínterim, levando em consideração a incapacidade dos subalternos de pagar pecuniariamente sua pena, o sistema penal passou a ser restrito a uma pequena e seleta parte da população.

No decorrer do século XV, o crescimento da população não acompanhou as demandas de produção, conseqüentemente, o número de desempregados e de classes menos abastadas multiplicou-se, o que não demorou a refletir no crescimento também da quantidade de crimes praticados por eles.

Doravante, não tardou a surgir leis criminais mais duras. Passou a vigorar o regime duplo de punição, corporal mais fiança, porém, sendo apenas direcionado às classes subalternas. Nesse cenário,

A fiança evoluiu de uma compensação à parte prejudicada para um meio de enriquecimento de juízes e oficias de justiça. Na prática, era reservada aos ricos, enquanto o castigo corporal tornou-se a punição para os pobres. Quando o crime crescia entre as massas, as diferenciações na punição tronavam-se mais marcantes⁶.

Por conseguinte,

Quanto mais empobrecidas ficavam as massas, mais duros eram os castigos, para fins de dissuadi-las do crime. O castigo físico começou a crescer consideravelmente por todo o país, até que finalmente tornou-se não apenas suplementar, mas a forma regular de punição. Execução, mutilação e açoites não foram introduzidos através de uma mudança revolucionária repentina, mas gradualmente se converteram em regra no interior da situação que se transformava⁷.

Em contrapartida, a partir do século XVI, tendo em vista a diminuição do crescimento demográfico – principalmente em face das guerras que aconteciam – e a ascensão do mercado de trabalho, os métodos de punição sofreram uma grande mudança. Percebeu-se, através das penas, a possibilidade de usufruir do trabalho dos prisioneiros. Tais mudanças “não resultaram de considerações humanitárias, mas de um certo

⁶ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**, 2004, p. 34.

⁷ *Ibidem*, p. 36.

desenvolvimento econômico que revelava o valor potencial de uma massa humana completamente à disposição das autoridades”⁸.

Rusche e Kirchheimer aduzem que o imaginário construído sobre a prisão de que ela existiria para prender os homens, e não para puni-los permeou toda a Idade Média e a Idade Moderna. Nessa lógica, os infratores ricos negociavam condições mais favoráveis a preços altos, enquanto a maior parte dos prisioneiros, membros das classes subalternas encarcerados devido à impossibilidade de pagar a fiança, permanecia sem julgamento e não podia sair da prisão enquanto não reembolsasse ao carcereiro as despesas de sua própria carceragem⁹.

Com isso, no decorrer da pesquisa realizada, os criminólogos constataam que dessas movimentações enfatizando o encarceramento como método de punição a mais importante era o lucro, tanto por fazer produtiva a própria instituição quanto no sentido de tornar o sistema penal parte do programa mercantilista do Estado.

A evolução de um negócio pouco lucrativo para um sistema parcialmente auto-sustentado do ponto de vista financeiro e que tendia a constituir um setor vantajoso da economia (do ponto de vista da política mercantilista) preparou o caminho para a introdução do encarceramento como forma regular de punição. É muito significativo que as prisões, usadas preliminarmente para a detenção de prisioneiros que esperavam julgamento e, portanto, não eram suscetíveis de exploração comercial, permanecessem em péssimas condições até a entrada do século XIX¹⁰.

Ademais, como bem assevera Dornelles:

A criminologia conservadora, no decorrer do século XIX até os anos de 1980 do século XX tratou o indivíduo transgressor como seu objeto de estudo e das políticas estatais de contenção, combate, vigilância, controle, repressão e “recuperação”. Políticas correcionais que partem de uma referência positivista de normalidade e que identificam como ameaça todas as práticas, condutas e situações não enquadradas nos parâmetros

⁸ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**, 2004, p. 43.

⁹ *Ibidem*, p. 95.

¹⁰ *Ibidem*, p. 104.

considerados normais ou naturais e que passam a ser classificadas como anormais, transgressoras, rebeldes e desviantes em relação àquele padrão dominante que serve de referência para o conjunto da sociedade. É neste contexto das sociedades capitalistas industriais de regime fordista que prevaleceu a ideologia da recuperação, da correção, da reinserção social, com centro das práticas de controle social¹¹.

Então, as representações de anormalidade e normalidade – os discursos produzidos pela elite em seu próprio benefício – não são nada ingênuas. Isso porque, primeiro, foram desenvolvidas a partir de desigualdades sociais profundas e, segundo, porque têm alvos certos. São, na verdade, resultado de fantasias de ordem racista e classista.

2. POLÍTICA CRIMINAL À BRASILEIRA

Assim como ocorreu ao longo dos anos, e nos mais variados cantos do mundo, a política criminal no Brasil continua a obedecer a uma lógica “de mercado”. Em cada momento cultural e histórico foram selecionados os bens e os serviços, assim como os sujeitos, que mereciam proteção, deixando sob a responsabilidade do sistema penal a manutenção das posições sociais.

Gomes e Albuquerque¹² explicam que essa demanda criminalizadora funciona como a política da oferta e da procura, porque, se existe “eleitorado sedento por mais direito penal, não tardam em aparecer representantes aptos a atender a essa demanda e a levar ao âmbito político e institucional as mais variadas propostas de alteração legislativa e de execução de políticas públicas”. Essa política na interface entre oferta e procura, que age em “nome da sociedade e da segurança”, camufla interesses escusos, tais como “eleitorais e de manutenção de clientela política”.

Nesse sentido, observe-se que

No Brasil, os discursos criminalizadores servem a todos os gostos. Desde as tradicionais perspectivas

¹¹ DORNELLES, J. R. **A atualidade da criminologia crítica e a exceção permanente**, 2017, p. 111-112.

¹² GOMES, M. A. de M.; ALBUQUERQUE, F. da S. Mídia, medo e expansão punitiva. *In*: PINHO, A. C. B. de; DELUCHEY, J.-F. Y.; GOMES, M. A. de M. (coord.). **Tensões contemporâneas da repressão criminal**, 2014, p. 85-86.

de recrudescimento penal [...], até movimentos criminalizadores desencadeados no âmbito da esquerda política, [...], como os propostos por movimentos de mulheres, raciais e de grupos considerados vulneráveis¹³.

Não obstante a demanda punitiva, sabe-se que não é de hoje que os tipos penais são intencionalmente direcionados aos sujeitos selecionados. Por exemplo, a grave crise social – o desemprego e a diminuição do poder de barganha nas relações de trabalho – no período da Revolução Industrial, que coincidiu com o surgimento do maquinário, provocou a revolta dos trabalhadores. Em meio à crise, trabalhadores decidiram lutar contra a dominação das indústrias e partiram para a destruição das máquinas, a fim de subverter a lógica capitalista, e também como garantia de seus direitos. De outro lado, o sistema penal se insurgiu contra esses trabalhadores e, como ato de represália, instituiu por lei na Inglaterra, em 1769, a pena de morte para os destruidores de máquinas.

[...] a máquina economizava mão-de-obra e gerava desemprego. Os trabalhadores insurgiram-se contra sua utilização e partiram para sua destruição. A gravidade foi de tal ordem que em 1769 se estabeleceu, por lei, a pena de morte para os culpados pela destruição das máquinas¹⁴.

Como se depreende, tudo que vai de encontro à estrutura do poder estabelecido tem grande chance de transformar-se em tipo penal. Contudo, esse discurso é velado, e em seu lugar propagam outro, que legitima o discurso penal e o justifica na segurança social e na contenção da criminalidade.

A política criminal no Brasil, assim como no mundo afora, foi utilizada como instrumento de regulação da criminalidade, e os discursos perversos, ainda em tempos atuais, insistem em sofisticar os procedimentos punitivos, inclusive lançam mão de outros, sob o argumento de uma ilusória segurança ou na promessa de diminuição da criminalidade.

¹³ GOMES, M. A. de M.; ALBUQUERQUE, F. da S. Mídia, medo e expansão punitiva. In: PINHO, A. C. B. de; DELUCHEY, J.-F. Y.; GOMES, M. A. de M. (coord.). **Tensões contemporâneas da repressão criminal**, 2014, p. 85.

¹⁴ IANNONE, R. A. **A Revolução Industrial**, 1992, p. 66.

A política criminal é concebida como “um tipo de válvula usada para regular o fluxo de criminalidade”, e a “introdução de novos métodos ou graus de punição [...] tem sido sempre acompanhada do argumento de que crescimento da criminalidade é o resultado de uma liberalidade excessiva”¹⁵. Para Rusche e Kirchheimer, a assimilação da política criminal como válvula que regula o fluxo da criminalidade transmite a falsa sensação de que a taxa de criminalidade diminui à medida que se intensifica a punição.

Em seu estudo os autores buscam compreender de que maneira a política criminal influencia a taxa de criminalidade. Para isso, recorrem a dados estatísticos construídos a partir da realidade encontrada na Itália, na Inglaterra, na França e na Alemanha. Sem mais delongas, a conclusão da pesquisa foi a seguinte: a política criminal não afeta a taxa de criminalidade. Muito embora as pesquisas datem da primeira metade do século XX, seus resultados e conclusões ainda são atuais e pertinentes, porque o discurso (perverso) legitimador do sistema penal se faz no tempo e nele se mantém.

Os autores ainda chamam atenção para a necessidade de estudos mais aprofundados sobre a relação entre política criminal e o fluxo de criminalidade, porque nenhum “esforço sério foi feito”¹⁶. No Brasil, existe a necessidade de intensificar estudos sobre a temática com intenção de questionar – e por que não abalar – a ordem de poder baseada no capital imposta há muito tempo. Resultados de estudos como esses seriam importantíssimos se utilizados no manejo da política criminal atual.

A política criminal à brasileira combina o sistema penal seletivo com o fenômeno do encarceramento em massa e o recrudescimento da pena, e fica a cargo da ordem capitalista o processo estigmatizante e discriminatório de estratificação da sociedade. A política criminal, ao lado dessa ordem, termina por inferiorizar os mais estigmatizados socialmente. É um processo perverso que prefere instalar o Estado Penal em vez de desenvolver um Estado Social como resposta “às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, equivale

¹⁵ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**, 2004, p. 265.

¹⁶ *Ibidem*, p. 265.

a (r)estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres”¹⁷. Ainda nesse sentido,

A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo. [...] no momento em que este afirma-se e verifica-se incapaz de conter a decomposição do trabalho assalariado e de refrear a hipermobilidade do capital, as quais, capturando-a como tenazes, desestabilizam a sociedade inteira. E isso não é uma simples coincidência: é justamente porque as elites do Estado, tendo se convertido à ideologia do mercado total vinda dos Estados Unidos, diminuem suas prerrogativas na frente econômica e social que é preciso aumentar e reforçar suas missões em matéria de “segurança”, subitamente relegada à mera dimensão criminal¹⁸.

A política criminal no Brasil – à brasileira – está, na verdade, tentando omitir sua inaptidão para concretizar os fins para os quais fora criada, sendo esse o motivo pelo qual Rogério Greco afirma que

No Brasil, assim como na maioria dos países subdesenvolvidos, a pena foi eleita como o principal instrumento de controle social do crime e da criminalidade, ou seja, conforme explica Juarez Cirino dos Santos, a Política Criminal não se orienta por [...] políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou reduzir condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos da cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser a política criminal do Estado, existe, de fato, como simples Política Penal instituída pelo Código Penal e leis complementares [...]¹⁹.

¹⁷ WACQUANT, L. **As prisões da miséria**, 2001, p. 10.

¹⁸ *Ibidem*, p. 7.

¹⁹ GRECO, Ro. **Curso de Direito Penal**: parte geral, 2007, p. 485.

É bem verdade que a pena não cumpre nenhuma das finalidades que afirma oficialmente (concepção agnóstica), em que pese o discurso oficial insistir em justificar o poder punitivo. O sistema penal, segundo Zaffaroni²⁰, é seletivo e arbitrário, posiciona-se contra as classes sociais desprivilegiadas e desenvolve-se por meio de um discurso falso e perverso. A dinâmica perversa do discurso de que fala o autor promove desigualdade social, e o descrédito do sistema decorre da ausência de coerência, racionalidade e legitimidade.

A seletividade instaurada com o sistema penal é alvo da abordagem de setores da criminologia crítica, que substituiu o intitulado *labeling approach*, e propõe-se a deslegitimar o funcionamento e até a existência do sistema penal (vertente abolicionista), porque esse foi confeccionado para selecionar determinados grupos. Essa vertente epistemológica

[...] parte da consideração de que não se pode conhecer a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinquente”. Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes²¹.

Esse também “é o recado, muito bem dado, da criminologia crítica. Nesse terreno de desvelamento, da retirada do véu da ingenuidade, somente ela

²⁰ ZAFFARONI, E. R. A situação crítica do penalismo norte-americano. In: ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**, 2001, p. 15.

²¹ BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução à sociologia do direito penal, 2011, p. 86.

nos salva”²². A verdade é que o sistema penal adotado atualmente cria e reforça uma cultura social estigmatizante e dominante, e favorece somente a parte privilegiada da sociedade. A perda da segurança da resposta penal acompanha a crise do sistema penal, o que produz uma progressiva “perda” das “penas” – aplicação de penas perdidas e irracionais. Zaffaroni afirma ainda que “o sentido de “crise” se refere a uma brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal”²³.

Segundo Baratta, há uma relação proporcional entre desigualdade social e necessidade de controle pela via repressiva, assim como aparato penal do direito burguês. O autor lembra que o direito alimenta a dinâmica de desigualdade na sociedade, “em particular a escala social vertical, isto é, a distribuição diferente dos recursos e do poder, a consequência visível do modo de produção capitalista”²⁴.

Para o autor, a pena é a principal ferramenta de produção e reprodução de relações de desigualdade, estando o sistema penal formatado para conservar a escala social vertical. Como se depreende, o sistema capitalista não é somente reprodutor de desigualdades sociais, funciona também para manter pessoas previamente selecionadas em seu devido lugar. Nesse sentido,

[...] a punição de determinados comportamentos e sujeitos contribuiria para manter a escala social vertical e serviria de cobertura ideológica a comportamentos e sujeitos socialmente imunizados. O cárcere, finalmente, nascido da necessidade de disciplina da força de trabalho para consumo da fábrica, seria o momento culminante de processos de marginalização, discriminação e estigmatização²⁵.

O sistema penal e os procedimentos (política criminal) adotados por meio de uma atuação conjunta entre as agências oficiais punitivas, como o Ministério Público, Polícia, Poder Judiciário e outros, não cumprem a “missão” de “perseguir” e “reprimir” a “criminalidade”, porque atuam

²² ALBUQUERQUE, F. da S.; PINHO, A. C. B. de. **Precisamos falar sobre garantismo**: limites e resistência ao poder de punir, 2017, p. 26.

²³ ZAFFARONI, E. R. A situação crítica do penalismo norte-americano. *In*: ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**, 2001, p. 15.

²⁴ BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução à sociologia do direito penal, 2011, p. 213.

²⁵ *Ibidem*, p. 15.

a mando do poder político dominante. As instituições oficiais punitivas têm o modo peculiar de agir e pensar, conforme a cultura hegemônica do capital.

Note-se que os juízes, por exemplo, são extraídos de camadas altas e médias da sociedade, e “estes têm diante de si, predominantemente, indivíduos provenientes da outra metade (a classe proletária)”²⁶. De acordo com pesquisa realizada em 2005 pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD,

[...] a maioria dos indivíduos acusados por roubo obtém uma condenação no regime mais gravoso que o previsto em lei, ainda que primários e tendo obtido aplicação da reprimenda base no mínimo legal; e que, a fundamentar as decisões, encontram-se, em grande medida, motivações de caráter extrajurídico e de cunho ideológico, comuns às teses encontradas no senso comum sobre a criminalidade²⁷.

Então, “o acusado proveniente de grupos marginalizados” é colocado em posição desfavorável quando comparado com “acusados provenientes de estratos superiores da sociedade”²⁸. A política criminal no Brasil é assaz preocupante, porque a seletividade no Brasil anda de mãos dadas com o fenômeno do encarceramento em massa e recrudescimento da pena.

O Brasil ocupa a terceira posição no ranking mundial de pessoas privadas de liberdade, perde apenas dos Estados Unidos e da China. No entanto, enquanto nesses países a taxa de aprisionamento diminuiu, no Brasil a taxa aumentou em 33%. E, na contramão do que prega o discurso oficial legitimador do Direito Penal, o fenômeno de encarceramento em nada impactou os indicativos de violência.

Os presídios estão superlotados, conforme a 9ª edição do Anuário de Segurança Pública 2015²⁹, a população carcerária brasileira entre 1999 e

²⁶ BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução à sociologia do direito penal, 2011, p. 177.

²⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS; INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD). **Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo**. A Lei, o Direito e a Ideologia, 2005, p. 58.

²⁸ BARATTA, *op. cit.*, p. 177.

²⁹ ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2015, 2015.

2014 cresceu em 213,1%. Quanto aos sujeitos selecionados pelo Direito Penal, observe-se que dois em cada três presos são negros, o que representa 67% do total – a população negra brasileira é muito menor (51%) –, ao passo que 1% é amarelo e 31% são brancos. O Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN aponta o relatório do Infopen para destacar os problemas do sistema penitenciário no Brasil, e informa que as pessoas presas são preponderantemente jovens negros, de baixa escolaridade e de baixa renda. Não há dúvidas de que o Direito Penal seleciona!

Como se vê, o capitalismo experimentado nas Américas

[...] se estruturou atrelado ao racismo e ao sexismo, que constituíram, assim, a tríade da dominação-exploração no continente e estruturou sociedades fundamentadas na descartabilidade e superfluidade de sujeitos negros, femininos, feminizados e empobrecidos. Sob tal condição, a prisão, elemento indispensável ao sistema de opressão racista-heterossexista-patriarcal-capitalista, não só é constituída como mecanismo imprescindível ao modelo de sociedade vigente nas Américas, como é legitimada como lugar destinado aos indivíduos listados como público-alvo daquela forma terminal de poder (NEVES, 2022, p. 45)³⁰.

Paralelamente, o que se vive é uma expansão descontrolada do poder punitivo, “[...] não há dúvidas que quantos forem os números de tipos penais, maior será a banalização do direito penal”³¹. E os estereótipos dos criminosos selecionados – as chances de criminalização – estão estreitamente relacionados com a cor, o status social, a condição familiar e os atributos que são associados ao segmento inferior da sociedade³².

Não sem razão, nas palavras de Albuquerque e Pinho³³, o Brasil é um “país dominado, desde a mais tenra idade, por uma cultura punitivista, de aprisionamento e exclusão do ‘outro’ (o indesejado)”. O sistema penal

³⁰ NEVES, C. S. das. **E eu não sou uma mulher?** Silêncios sobre a violência doméstica contra as mulheres negras em Pernambuco, 2022.

³¹ MELLO, M. M. P. de. **Inimputabilidade Penal**. Adolescentes infratores: punir e (re)socializar, 2004, p. 74.

³² ANDRADE, V. R. P. de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal, 1997.

³³ ALBUQUERQUE, F. da S.; PINHO, A. C. B. de. **Precisamos falar sobre garantismo**: limites e resistência ao poder de punir, 2017, p. 10-27.

mostra sua cara (perversa) quando o Estado expande o seu poder de punir e, sem cumprir as funções que declara, utiliza o Direito Penal como um simples símbolo.

É que os defensores do Direito Penal possuem a ilusória crença de que o Estado, na sua função legiferante, “teria a força de inverter a simbologia já existente na sociedade, atuando como uma forma de persuasão sobre os indivíduos para que atendam a uma conduta mínima de comportamento”, mas, ao contrário do que pensam, qualquer que seja “a estratégia de ‘empoderamento’, é apenas manifestação do Direito Penal simbólico, criando a sensação ilusória de emancipação”³⁴.

A busca incessante da criminalização pode vir a se tornar uma estratégia desperdiçada – é uma imposição de dor sem sentido, já dizia Christie³⁵. Tal como alerta Salo de Carvalho³⁶, “o uso do direito penal deve ser avaliado com a máxima cautela”, principalmente considerando seu papel violento na cultura punitiva, “que invariavelmente direciona o agir das agências contra os ‘suspeitos’ e ‘perigosos’ de sempre, ou seja, as pessoas e os grupos vulneráveis à criminalização”.

Sabe-se que a resposta não é simples, porque complexificar a questão criminal depende de um esforço conjunto para se pensar uma estratégia político-jurídica de “redução de dor”. Mas, assim como Christie chama a atenção, não há “outra posição defensável que não seja lutar por reduzir dor”, porque a “tristeza é inevitável, mas não o inferno criado pelo homem”³⁷.

³⁴ MACHADO, É. B. L. do A.; MELLO, M. M. P. de. O movimento social, o efeito simbólico e a estratégia desperdiçada: uma contribuição criminológica ao movimento LGBT a partir da Lei Maria da Penha. *In*: MONTENEGRO, M. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**, 2015, p. 256.

³⁵ CHRISTIE, N. **Limites à dor: o papel da punição na política criminal**, 2017.

³⁶ CARVALHO, S. de. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais**, 2017, p. 252.

³⁷ CHRISTIE, *op. cit.*, p. 25-26.

3. A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO E DO SIMBOLISMO PENAL

Continuando, constata-se que os principais temores dos criminólogos críticos se concretizaram, as políticas criminais alternativas não obtiveram êxito no campo punitivo, já que, progressivamente, continuaram encarcerando, matando e segregando uma expressiva parcela das classes pouco abastadas ou miseráveis. Segundo Zaffaroni:

Produziu-se uma notória transformação regressiva no campo da chamada política criminal ou, mais precisamente, da política penal, pois do debate entre políticas abolicionistas e reducionistas passou-se, quase sem solução de continuidade, ao debate da expansão do poder punitivo³⁸.

Impende destacar aqui o grande papel da mídia nessa atual conjuntura, projetando o crime de forma sensacionalista, deturpada, dramatizando a violência e, conseqüentemente, produzindo um discurso legitimador do sistema penal como uma forma de conter e reverter esse contexto social.

Ademais, segundo Carol Salazar Medeiros:

Surgiram, nessas circunstâncias, políticas expansionistas do Direito Penal, pautadas por ideologias eficientistas e superficiais, inseridas no movimento de “Lei e Ordem”, as quais implicaram em reformas legislativas e institucionais para o combate incisivo e repressor à criminalidade. No encadeamento dessas reformas, a supressão e relativização das liberdades civis e garantias processuais indispensáveis a um estado democrático de direito, como os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência, passaram a ser aceitas em nome da manutenção da segurança e da eficácia da intervenção punitiva³⁹.

O endurecimento das penas e a criação de novos atos penais ilícitos tornaram-se assim uma postura não rara e alarmante dos governos, fortalecendo e expandindo o poder punitivo. Nesse diapasão, Marília Montenegro aduz que o Direito Penal aparece sempre como “a primeira

³⁸ ZAFFARONI, E. R. *O inimigo no Direito Penal*, 2007, p. 13.

³⁹ MEDEIROS, C. S. *Reflexões sobre o punitivismo da lei “Maria da Penha” com base em pesquisa empírica numa vara de violência doméstica e familiar contra a mulher do Recife*, 2015, p. 31.

grande solução”⁴⁰, na qual torna-se preciso penalizar, criar leis para acabar com a impunidade. Idealiza-se no Direito Penal uma fórmula mágica em que a criação de um tipo penal seria, ingenuamente, a solução de todos os males sociais. Contudo, a tipificação penal de certas condutas aparece como uma forma de remendo para problemas arraigados na sociedade.

Percebe-se que tais alterações penais legislativas são meras medidas políticas inócuas, apresentadas como solução para severos problemas sociais, sem, contudo, cumprir com as finalidades para as quais foram criadas. Esse fenômeno, identificado pela doutrina como Direito Penal simbólico, surge como uma inflação legislativa que cria figuras penais desnecessárias ou, então, recrudescer significativamente penas existentes. A respeito, Marcelo Neves observa:

No Direito Penal, as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes. [...] Também em relação à escalada da criminalidade no Brasil das duas últimas décadas, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um alibi, eis que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor. [...] A legislação-alibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas, além disso, obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos⁴¹.

Percebe-se, assim, uma utilização do Direito Penal de forma meramente representativa, para gerar uma sensação ilusória de fortalecimento das políticas públicas em prol da sociedade e, por conseguinte, de mudança de cenário. De sorte que Érica Babini assegura:

Trata-se, desse modo do uso do Direito Penal em desacordo com o próprio discurso legitimador do jus puniendi estatal, sendo a adjetivação “simbólico” sinalizadora de um direito de um direito penal cuja

⁴⁰ MONTENEGRO, M. **Lei Maria da Penha**: uma análise criminológico-crítica, 2015.

⁴¹ NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**, 1994, p. 37-39.

função de proteger bens jurídicos é corrompida, levando ao descrédito da justiça estatal. Logo, sob esse viés, é Direito Penal simbólico aquele no qual a função de prevenção geral positiva, ou seja, a função de formação de convicções jurídicas é exacerbada, visando à imposição de valores morais através do progressivo agravamento da ameaça penal, configurando-se numa apelação na qual a função estabilizadora dos conflitos sociais é apenas aparente. A caracterização de um direito penal simbólico é, pois, decorrente da predominância, ou mesmo, da exclusividade dessas pretensões ideológicas⁴².

É preciso assumir a crise de legitimidade do sistema penal atual, pois a criminalidade não cede, com ou sem o surgimento de novas leis. As instituições de controle social, os poderes, almejando atender pretensiosamente a opinião pública, corroboram diretamente uma influência negativa e tendenciosa dos meios de comunicação de massa que propagam a utópica ideia de que o Direito Penal tudo poderá resolver.

Por fim, ainda é necessário compreender que essa contenção e o atendimento da opinião pública não são permanentes, pois o Direito Penal simbólico aparece apenas como um paliativo. Paliativo esse que, conforme destacam Hireche e Figueiredo⁴³, é administrado de tempos em tempos, pois se afigura mais fácil alterar um tipo penal do que adotar modificações estruturais na política de segurança pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, conforme analisado ao longo do trabalho, percebe-se que o cenário atual é consequência, principalmente, do medo e da insegurança vividos pela sociedade como um todo, que, por intermédio das pressões políticas de certa parcela do senso comum, transformou o anseio por meios mais rígidos e (ilusoriamente) eficazes do controle da criminalidade em políticas públicas autoritárias que servem apenas para reproduzir desigualdades materiais e segregar mais ainda os já excluídos. Constata-se

⁴² MACHADO, É. B. L. do A. Bens jurídico-penais. **Da Teoria Dogmática à Crítica Criminológica**, 2016, p. 160.

⁴³ FÖPPEL, G.; FIGUEIREDO, R. Femicídio é medida simbólica com várias inconstitucionalidades. **Consultor Jurídico**, 23 mar. 2015.

ainda que essa ideologia penal dominante e propagada pelos detentores de poder utiliza e justifica essa política punitiva mais severa de forma distorcida e perigosa, implementando um sistema punitivo de caráter socioeducacional e objetivando desviar o foco – das reais causas que dão origem à atual conjuntura – para a falta de legislação penal tipificadora ou para o recrudescimento das penas.

Nesse sentido, a expansão do poder punitivo, agregada à crescente demanda de segurança, é aclamada pela opinião pública, comprovando-se justificável, o que, conseqüentemente, culmina na impossibilidade de o sistema penal cumprir suas promessas de proteção de bens jurídicos e prevenção de condutas criminosas, restando apenas uma inflação legislativa de normas meramente inócuas e simbólicas de efeitos catastróficos – sofridos seletivamente – e corroborando as precisas palavras de Baratta:

O cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema de justiça criminal do Estados de direito é ser coerente com seus próprios princípios “garantistas”: princípios de limitação da intervenção penal, da igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputado e dos condenados. Trata-se, mais que tudo, de ampliar e transformar o direito substancial (fundamental), processual e penitenciário em conformidade com aqueles princípios, por todo o tempo em que deva durar a luta por uma política “alternativa” com relação à atual política penal. Refiro-me à luta civil e cultural pela organização da tutela pública dos interesses dos indivíduos e da comunidade, da defesa dos direitos dos mais fracos contra a prepotência dos mais fortes, com forma mais diferenciadas, justas e eficazes (instrumentais) que aquelas “simbólicas” oferecidas pelo sistema de justiça criminal. Durante todo esse tempo, o “uso alternativo do direito penal” significará usar o direito como instrumento para uma rigorosa limitação, política e técnica, daquela que em períodos anteriores parecia ter sido uma função útil, e que hoje aparece cada vez mais como a violência inútil das penas. Isto implica numa concessão instrumental do direito penal liberada da ilusão da instrumentalidade da pena⁴⁴.

⁴⁴ BARATTA, A. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico, 1994, p. 23-24.

Bruno Doering⁴⁵ recorda, como se preciso fosse, que a sociedade é dividida e desigual – ora, “tudo tem a ver com quem está no poder”. A verdade nua e crua é: “Para os cidadãos ricos (ainda predominantemente brancos, mas cada vez mais diversificada) é um parque de diversões, para os cidadãos pobres (predominantemente negros) é um terreno muito diferente de luta e sofrimento”⁴⁶.

É bem verdade que o “controle punitivo no Brasil é evidente” e, à medida que “se avança no tempo de vida da Constituição da República de 1988, menos se consegue enxergar uma possibilidade de criação de constrangimentos eficazes ao exercício do poder de punir”⁴⁷. É porque, no projeto de Estado a servir o capital, o Direito Penal sempre teve e tem um lugar especial. Mas, não se engane, “é em Marx que tudo começa. Só os tolos podem achar que a obra marxista está superada; ela só será superada quando derrotarmos o capitalismo”⁴⁸.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir**. 1. ed. Florianópolis, Santa Catarina: Empório do Direito, 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia. O controle penal para além da (des)ilusão**. Florianópolis: Revan, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2015. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 9, 2015. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/600de568-7303-4114-b6a2-916446e65884>. Acesso em: 1º mai. 2015.

⁴⁵ DOERING, Neon Bruno D. M. **GBT e prisões: uma análise criminológico-queer do cárcere pernambucano**, 2018, p. 167.

⁴⁶ SHEARING, C.; MARKS, M. Criminology's Disney World: The ethnographer's ride of south African Criminal Justice. In: BOSWORTH, M.; HOYLE, C. (ed.). **What is criminology**, 2011, p. 129.

⁴⁷ ALBUQUERQUE, F. da S.; PINHO, A. C. B. de. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir**, 2017, p. 9.

⁴⁸ BATISTA, V. M. **Introdução crítica à criminologia brasileira**, 2011, p. 14.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista do IBCCrim**, ano 2, 1994.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. **Mapa do Encarceramento aponta**: maioria da população carcerária é negra. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/central-de-conteudos/noticias/junho/mapa-do-encarceramento-aponta-maioria-da-populacao-carceraria-e-negra-1>. Acesso em: 8 mai. 2017.

CASTRO, Lola Aniyar de. A evolução da teoria criminológica e avaliação de seu estado atual. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, n. 34, p. 71-92, jul./dez. 1982.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CHRISTIE, Nils. **Limites à dor**: o papel da punição na política criminal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

DOERING, Neon Bruno D. M. **GBT e prisões**: uma análise criminológico-queer do cárcere pernambucano. 2018. 301f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2018.

DORNELLES, João Ricardo. A atualidade da criminologia crítica e a exceção permanente. **Metaxy** - Revista Brasileira de Cultura e Políticas em Direitos Humanos, v. 1, n. 1, 2017. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/metaxy/article/view/8888>. Acesso em: 8 mai. 2017.

FÖPPEL, Gamil; FIGUEIREDO, Rudá. Femicídio é medida simbólica com várias inconstitucionalidades. **Consultor Jurídico**, 23 mar. 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-mar-23/femicidio-medida-simbolica-varias-inconstitucionalidades#_ftn2. Acesso em: 14 fev. 2017.

GOMES, Marcus Alan de Melo; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. Mídia, medo e expansão punitiva. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François Y.; GOMES, Marcus Alan de Melo (coord.). **Tensões contemporâneas da repressão criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 9. ed., Vol.1. Niterói: Impetus, 2007.

IANNONE, Roberto Antônio. **A Revolução Industrial**. São Paulo: Moderna, 1992.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS; INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD). **Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo**. A Lei, o Direito e a Ideologia. São Paulo, 2005.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. O movimento social, o efeito simbólico e a estratégia desperdiçada: uma contribuição criminológica ao movimento LGBT a partir da Lei Maria da Penha. *In*: MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. 1. ed. Recife: Revan, 2015.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. **Bens jurídico-penais**. Da Teoria Dogmática à Crítica Criminológica. Curitiba: Juruá, 2016.

MASIERO, Clara Moura. **O movimento LGBT e a homofobia**. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MAYORA, Marcelo; GARCIA, Mariana. Apontamentos sobre criminologia e política a partir da reconstrução de um debate latino-americano. **Sistema Penal & Violência**, v. 5, n. 2, p. 187-200, jul./dez. 2013.

MEDEIROS, Carolina Salazar. **Reflexões sobre o punitivismo da lei “Maria da Penha” com base em pesquisa empírica numa vara de violência doméstica e familiar contra a mulher do Recife**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, 2015. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/553>. Acesso em: 14 fev. 2017.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Inimputabilidade Penal**. Adolescentes infratores: punir e (re)socializar. Recife: Nossa Livraria, 2004.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Recife: Revan, 2015.

NEVES, Ciani Sueli das. **E eu não sou uma mulher?** Silêncios sobre a violência doméstica contra as mulheres negras em Pernambuco. 2022. 176 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2022.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A contribuição do discurso criminológico latino-americano para a compreensão do controle punitivo moderno: controle penal na América Latina. **Veredas do Direito**, v.3, n. 6, 2006. Disponível em: <https://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/78>. Acesso em: 24 mar. 2017.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SHEARING, C.; MARKS, M. Criminology's Disney World: The ethnographer's ride of south African Criminal Justice. *In*: BOSWORTH, M.; HOYLE, C. (ed.). **What is criminology**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A situação crítica do penalismo norte-americano. *In*: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

DO SACRIFÍCIO DO TRABALHADOR COM DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PROGRAMA DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL DO INSS¹

*THE SACRIFICE OF WORKERS WITH DISABILITIES:
A CRITICAL ANALYSIS OF THE INSS PROFESSIONAL
REHABILITATION PROGRAM*

Wanessa Gonzaga do Nascimento

*(Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.
Socióloga na Defensoria Pública da União de Pernambuco)
wanessa.nascimento@dpu.def.br*

RESUMO

O presente artigo busca desenvolver o argumento de que, em um período marcado pela retração dos direitos sociais, o Programa de Reabilitação Profissional do INSS pode atuar como uma ferramenta de legitimação da cessação precoce de benefícios previdenciários de trabalhadores pobres e com deficiência. Após breve reflexão teórica acerca dos conceitos de deficiência e incapacidade, a discussão assenta-se na reabilitação profissional enquanto direito do trabalhador com deficiência que, ao ser oferecido como serviço aos segurados do INSS, pode passar a operar a partir de lógicas que se distanciam de seus princípios. Por fim, o estudo traz ainda o caso de uma trabalhadora com deficiência, beneficiária do Auxílio-Doença, que, entre 2016 e 2019, passou por um processo tumultuado e controverso de reabilitação profissional imposto pelo INSS.

Palavras-chave: Reabilitação profissional. Deficiência. Incapacidade para o trabalho. Previdência Social. Perícia médica.

¹ Este artigo consiste em um recorte do Trabalho de Conclusão de Curso intitulado “Programa de Reabilitação Profissional do INSS: um direito social ou uma ferramenta de exclusão do trabalhador com deficiência?”, apresentado ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direitos Humanos. Para a realização do citado curso de Especialização em Direitos Humanos, contamos com o financiamento da Escola Nacional da Defensoria Pública da União - ENADPU, por meio do Programa de Capacitação e Especialização para Cursos de Longa Duração.

ABSTRACT

This article seeks to develop the argument that, in a period marked by the retraction of social rights, INSS Professional Rehabilitation Program can act as a tool to legitimize early cessation of social security benefits for poor and disabled workers. After a brief theoretical reflection on the concepts of disability and inability, the discussion focus on professional rehabilitation as a right of workers with disabilities that, when offered as a service for INSS's insureds, can start to operate from logics that are distant from its principles. Finally, the study shows the case of a woman with disabilities, beneficiary of Sickness Benefit, who went through a tumultuous and controversial process of professional rehabilitation imposed by INSS between 2016 and 2019.

Keywords: Professional rehabilitation. Disability. Inability to work. Social Security. Forensic medicine.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. METODOLOGIA. 2. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO X DEFICIÊNCIA: NOTAS PARA UMA ABORDAGEM BIOPSISSOCIAL DA SAÚDE DO TRABALHADOR. 3. O PROGRAMA DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL DO INSS. 4. QUANDO A REABILITAÇÃO PROFISSIONAL IMPÕE O SACRIFÍCIO DO TRABALHADOR COM DEFICIÊNCIA: A HISTÓRIA DE MARIA JOSÉ. 4.1 Como o caso de Maria José foi tratado pelo INSS. 4.2 Como o caso de Maria José foi tratado pela Justiça. CONCLUSÃO.

Data de submissão: 04/10/2023

Data de aceitação: 11/07/2024

INTRODUÇÃO

As demandas de natureza previdenciária e assistencial, principalmente relacionadas ao restabelecimento dos benefícios por incapacidade/deficiência administrados pelo INSS (como é o caso do Auxílio-Doença,

da Aposentadoria por Invalidez² e do Benefício de Prestação Continuada), sempre ocuparam um lugar de destaque na rotina de trabalho da Defensoria Pública da União do Recife. E foi justamente na DPU-Recife que, entre os anos de 2015 e 2019, chamou atenção o crescente número de pedidos de assistência jurídica por parte de trabalhadores hipossuficientes que tiveram acesso ao Auxílio-Doença em virtude de incapacidades parciais e permanentes, mas, enquanto recebiam esse benefício, tiveram de passar por um processo curto, tumultuado e controverso de reabilitação profissional imposto pelo INSS.

Esses cidadãos eram geralmente pessoas de meia-idade, de pouca escolaridade, pertencentes a grupos familiares de baixa renda, que passaram toda a vida produtiva desempenhando atividades que exigiam pouco de seu intelecto e muito de sua força física e contraíram deficiências motoras em virtude de doenças ósseas/articulares ou injúrias (em muitos casos, resultantes de acidentes ocorridos no próprio ambiente de trabalho).

As histórias contadas por esses trabalhadores aos atendentes da DPU eram, em si, bastante parecidas. Eles, em sua maioria, queixavam-se de terem sido considerados, ao final do processo de reabilitação, aptos a desempenhar atividades laborais diversas daquelas que executaram ao longo da vida, a despeito de não terem recebido o treinamento adequado para ocupar novas funções no mercado de trabalho. Depreendemos ainda de seus discursos que eles não tiveram suas capacidades avaliadas com base no modelo biopsicossocial proposto pela Classificação Internacional de Funcionalidade - CIF, ou seja, à luz das barreiras pessoais, sociais e atitudinais que passaram a enfrentar desde que adquiriram impedimentos³.

² O Decreto n.º 10.410, de 2020, modificou as denominações dos benefícios do Auxílio-Doença e da Aposentadoria por Invalidez, que passaram a ser mais adequadamente chamados de Auxílio por Incapacidade Temporária e Aposentadoria por Incapacidade Permanente. Por questão de praticidade, nesta pesquisa, optamos por utilizar as denominações antigas desses benefícios previdenciários (Auxílio-Doença e Aposentadoria por Invalidez). Por outro lado, cumpre ressaltar que nem toda doença gera uma deficiência ou uma incapacidade para o trabalho.

³ A Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde - CIF consiste no documento resultante do processo de revisão da ICIDH - Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, o qual foi feito de maneira inclusiva (contando com a participação da academia e de movimentos sociais de pessoas com deficiência). Diniz identifica a diferença entre a ICIDH e a CIF argumentando que, enquanto a primeira enfatizava as consequências das doenças, a segunda se concentra na interrelação corpo-indivíduo-sociedade. Segundo a autora, a CIF parte do contexto da doença/saúde (ou seja, dos componentes da saúde) para avaliar a deficiência, mas se dispõe a analisar também as atividades e participações dos indivíduos nos diversos domínios da vida (ou seja, os componentes relacionados à saúde). DINIZ, D. **O que é Deficiência**, 2007.

Interessante pontuar que o considerável aumento da procura pelos serviços da DPU por parte dos trabalhadores que passaram pelo Programa de Reabilitação Profissional do INSS ocorreu justamente quando as estratégias governamentais, sob o signo da contenção de gastos desnecessários e do combate às fraudes, voltaram-se para o desmantelamento de políticas, programas e projetos garantidores dos direitos sociais. Foi nesse cenário que medidas que são previstas em leis e que deveriam acontecer de maneira regular, como as revisões de benefícios previdenciários e assistenciais por incapacidade/deficiência, passaram a ser estimuladas e executadas por meio de operações em massa capazes de cancelar milhares de benefícios em pouco tempo. Essas operações, em geral, ganharam ainda mais força e legitimidade por serem ancoradas nas avaliações, ditas neutras e científicas, dos Peritos Médicos Federais.

É com base nesse panorama que, no presente artigo, discutimos como o Programa de Reabilitação Profissional do INSS – que consiste em um conjunto de serviços que tem como objetivo prioritário assegurar o retorno de trabalhadores com deficiência ao mercado de trabalho – pode se tornar um meio para retirar essas pessoas do sistema previdenciário e abandoná-las à própria sorte.

1. METODOLOGIA

Como mencionamos no tópico introdutório, nossa pesquisa tem como unidade de análise o Programa de Reabilitação Profissional do INSS. Nela, tentamos apresentar o que é esse Programa, como ele funciona e como, dentro de um contexto específico, ele pode adotar práticas que vão de encontro aos princípios que fundamentam sua própria existência e aos direitos do trabalhador com deficiência.

Para desenvolver essa temática, escolhemos a metodologia científica do estudo de caso. Essa estratégia de pesquisa

Confere ao/à pesquisador (a) qualitativo (a) maior controle sobre os contextos nos quais as informações são obtidas e sobre a profundidade de interpretação, consequentemente, também da análise destas informações. Há aqui um *trade-off* evidente: controle, especificidade e profundidade maiores na resolução das

questões de investigação, em troca de menor capacidade de generalização dos achados empíricos e ausência de explicações causais quantitativas⁴.

Para melhor ilustrar o caso sobre o qual nos debruçamos, além de uma reflexão teórica baseada na revisão da bibliografia disponível, optamos por trazer à discussão a situação vivenciada por Maria José⁵, uma trabalhadora com queixas relacionadas ao Programa de Reabilitação Profissional do INSS, que solicitou a assistência jurídica da Defensoria Pública da União de Recife/PE no ano de 2019 e foi entrevistada por nós, na Divisão de Assistência Multidisciplinar, apenas um mês antes da decretação de estado de emergência em razão da pandemia de coronavírus. Maria José foi escolhida dentre dez pessoas com deficiência que tiveram Processos de Assistência Jurídica instaurados pela DPU/Recife-PE para análise desse pleito, entre os anos de 2015 e 2019⁶, e que passaram por entrevista, conduzida por nós, para fim de construção de um Laudo Pericial⁷.

No intuito de descrever em profundidade a situação vivenciada por Maria José, lançamos mão de documentos acostados ao seu Processo de Assistência Jurídica - PAJ da DPU⁸. Utilizamos, porém, como principal

⁴ GOMES NETO, J. M. W.; ALBUQUERQUE, R. B. de; SILVA, R. F. da. **Estudos de caso**: Manual para a pesquisa empírica qualitativa, 2024, p. 31.

⁵ É importante deixar claro que estamos utilizando aqui um nome fictício com o objetivo de preservar a identidade dessa assistida da DPU. Com essa mesma finalidade, optamos por omitir informações como bairro de moradia, local de trabalho, datas exatas de concessões e cessações de benefícios, identificação de varas de tramitação de processos etc.

⁶ Vale pontuar que, embora tenhamos atendido um volume mais elevado de pessoas com esse tipo de queixa a partir de 2018, escolhemos o ano de 2015 como marco inicial do estudo uma vez que foi nesse momento que o Ofício Regional de Direitos Humanos da DPU-Recife instaurou um Processo de Assistência Jurídica para realizar o acompanhamento especial dos pedidos individuais baseados em supostas irregularidades cometidas pelo Programa de Reabilitação Profissional do INSS. Já o fato de termos escolhido o ano 2019 como marco final se explica porque, com o início da pandemia de Covid-19, os atendimentos presenciais do INSS foram suspensos por força da Portaria SEPRT/INSS de n.º 8.024, de 19 de março de 2020, e, por causa disso, as queixas contra o Programa de Reabilitação Profissional não mais ocorreram. Somente em novembro de 2022, o Programa de Reabilitação Profissional do INSS foi restabelecido por força da Portaria PRES/INSS n.º 1.514, de 31 de outubro de 2022, que determinou a reavaliação médica dos segurados que já haviam sido encaminhados para ele.

⁷ O Laudo Pericial consiste em um documento individual produzido pelos profissionais da equipe psicossocial que compõe a Divisão de Assistência Multidisciplinar da DPU-Recife. Tem por objetivo fornecer informações que fortaleçam a defesa dos usuários dos serviços da DPU.

⁸ Demos prioridade à análise de documentos como: o processo administrativo – no qual consta o histórico dos benefícios concedidos e cessados pelo INSS; o HISMED – documento contendo informações sobre as perícias médicas do INSS; os prontuários, as fichas de avaliação e Certificados de Reabilitação Profissional; os laudos médicos ambulatoriais e das perícias médicas judiciais; as petições iniciais e os demais documentos produzidos pela DPU; as decisões judiciais etc.

fonte de informação o Laudo Pericial que produzimos a partir da entrevista realizada⁹.

A análise da situação foi feita em três etapas: a primeira etapa consistiu em uma descrição detida da situação vivenciada pela Sra. Maria José; na segunda etapa, procuramos tecer comentários sobre o tratamento dispensado ao seu caso pelo INSS, com ênfase nas anotações registradas pelos peritos médicos federais no HISMED; na última etapa, tentamos trazer para o debate um pouco acerca de como o caso foi tratado pela Justiça.

Conquanto não esteja associada a uma temática inovadora, pouco conhecida ou pouco explorada no meio acadêmico, a análise do funcionamento do Programa de Reabilitação Profissional do INSS com foco em uma história real que exemplifique alguns dos diversos problemas enfrentados pelos trabalhadores que passam por ele permite contribuir para a ampliação da discussão sobre a atuação dos peritos médicos federais junto aos segurados do INSS; sobre a importância do modelo biopsicossocial para análise da deficiência; e sobre os direitos do trabalhador com deficiência aos serviços e benefícios da previdência social e à igualdade de condição para participar da sociedade e para encontrar e manter-se em um emprego digno.

Quanto à validade das descobertas desta pesquisa, vale salientar que não é nosso intento efetuar, a partir de um estudo de caso, uma generalização sobre como o Programa de Reabilitação Profissional do INSS funciona para a integralidade do público que atende no Brasil, até porque o caso que analisamos aqui foi escolhido dentro do universo pequeno e muito específico de **segurados do INSS que: (1) tiveram problemas durante o processo de reabilitação profissional; (2) procuraram a unidade da DPU de Recife-PE, entre 2015 e 2019, para que esses problemas fossem avaliados; (3) foram atendidos por nós, na Divisão de Assistência Multidisciplinar.** Nesse sentido, entendemos que nosso objetivo consiste, tão somente, em colaborar para a ampliação do debate sobre um dos muitos problemas que os mecanismos de provimento de direitos sociais podem enfrentar.

Ademais, cabe ressaltar que o estudo de caso, enquanto estratégia metodológica, não tem por objetivo realizar generalizações estatísticas

⁹ A utilização da documentação e dos dados da trabalhadora escolhida, bem como dos demais trabalhadores que fizeram parte da população a partir da qual a elegemos, foi devidamente autorizada pela chefia da DPU-Recife após análise da observância dos termos da LGPD.

(com inferências sobre uma população com base em dados amostrais), mas analíticas (que se baseiam em casos típicos, mas não numericamente representativos de uma população), capazes de fornecer insights importantes sobre os fenômenos, contribuindo assim para formar novas hipóteses de trabalho, reinterpretar ou corroborar estudos já existentes. Como bem assinala Yin:

A generalização analítica pode ser baseada tanto em (a) corroboração, modificação, rejeição ou, de outra forma, avançar conceitos teóricos que você referiu no projeto do seu estudo de caso quanto em (b) novos conceitos que surgiram com a conclusão do seu estudo de caso¹⁰.

2. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO X DEFICIÊNCIA: NOTAS PARA UMA ABORDAGEM BIOPSISSOCIAL DA SAÚDE DO TRABALHADOR

Tal como mencionado por Maranhão *et al.*, “o bem jurídico protegido pela Previdência Social é a incapacidade laborativa”¹¹. Isso significa dizer que, em sua formulação, a Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, que estabelece a Aposentadoria por Invalidez, o Auxílio-Doença e o próprio serviço de reabilitação profissional, faz menção ao conceito de incapacidade (parcial ou total) para o trabalho, e não ao conceito de deficiência humana.

Compete-nos salientar, no entanto, que as fronteiras entre as doenças, as deficiências e as incapacidades nem sempre são claras. A história de Talía Gabriela Gonzales Lluy, criança equatoriana infectada pelo vírus HIV por meio de transfusão de sangue, é um excelente exemplo desse fenômeno. Isso porque o HIV é uma síndrome (doença) incurável que, eventualmente, manifesta-se por meio da aids, provocando a incapacidade temporária do doente (o que não implica, necessariamente, deficiência). Por ter sido impedida de frequentar a escola, não ter tido acesso aos tratamentos de saúde adequados e ter sido vítima de estigma (juntamente com sua família) em razão de sua síndrome, Talía passou a ser entendida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como uma pessoa com deficiência, já

¹⁰ YIN, R. K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**, 2015, p. 44.

¹¹ MARANHÃO, N.; FERREIRA, V. R.; COSTA, F. S. J. **Reabilitação Profissional e sua efetividade no ordenamento jurídico brasileiro**, 2017, p. 18.

que, em seu caso, estavam presentes os dois elementos básicos do conceito de deficiência: o impedimento e as barreiras sociais¹².

Maranhão *et al.* nos dizem que a “legislação previdenciária não apresenta uma definição do que seria incapacidade laborativa”¹³, deixando a cargo da medicina a responsabilidade de julgar pela inclusão ou exclusão dos segurados do INSS no Auxílio-Doença, na Aposentadoria por Invalidez e no Programa de Reabilitação Profissional, baseando-se unicamente em critérios biológicos. Esses autores argumentam que:

O próprio conceito de incapacidade ainda é muito discutido e não parece haver consenso entre a definição de juristas, organismos internacionais, pesquisadores da área de saúde e o utilizado por peritos médicos no momento da avaliação para concessão dos benefícios previdenciários, uma vez que a mera avaliação da doença e suas consequências no corpo não atende ao conceito ampliado de incapacidade que, nos termos da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), da Organização Mundial de Saúde, deve considerar o quadro geral que envolve a pessoa do avaliando, aí incluídos aspectos sociais, psíquicos, econômicos e características do território onde reside e trabalha¹⁴.

Citando a Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)¹⁵, esses autores afirmam que não há explicação para o fato de o INSS utilizar a Classificação Internacional de Funcionalidade como base de suas avaliações para a concessão do BPC-Deficiente e não fazer o mesmo nas análises do potencial laborativo dos trabalhadores com incapacidade parcial e permanente para o trabalho¹⁶.

¹² CUNHA, B. C. de A. Caso Gonzales Lluy e Outros vs. Equador: estigmatização e permeabilidade do conceito de deficiência. **Cadernos Estratégicos**, 2018.

¹³ MARANHÃO, N.; FERREIRA, V. R.; COSTA, E. S. J. **Reabilitação profissional e sua efetividade no ordenamento jurídico brasileiro**, 2017, p. 165.

¹⁴ *Ibidem*, p. 166.

¹⁵ Em seu artigo 2º, parágrafos 1º e 2º, o Estatuto da Pessoa com Deficiência determina que: “§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação. § 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência.”

¹⁶ MARANHÃO, FERREIRA, COSTA, *op. cit.*, p. 169.

Em texto escrito em 2012, Diniz e Silva iniciam seu debate alertando sobre a inovação em que consistiu a incorporação da definição de deficiência contida na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pela LOAS - Lei Orgânica de Assistência Social, principalmente porque essa Lei, originalmente, “definia que a pessoa com deficiência era aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”¹⁷.

A modificação do conceito de deficiência da LOAS permitiu que um número maior de pessoas com deficiência (principalmente aquelas que possuíam capacidade parcial para o trabalho, como os amputados, os surdos etc.) tivessem acesso ao Benefício de Prestação Continuada (BPC) - Deficiente.

Com base nesse raciocínio, esclarecemos que, neste artigo, optamos por trabalhar com o conceito de deficiência presente no preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, o qual afirma o seguinte:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas¹⁸.

Entendemos que as lesões e/ou disfunções orgânicas de muitos trabalhadores submetidos ao processo de reabilitação profissional, quando em interação com seus contextos de vida, não somente contribuem para a diminuição ou eliminação das suas possibilidades de ocupar vagas no mercado de trabalho, mas também limitam suas funcionalidades em muitos outros domínios da vida, impedindo-os de participar da sociedade em condição de igualdade com as demais pessoas e de executar até mesmo tarefas simples, comuns ao dia a dia de qualquer adulto funcional, como se levantar sozinho da cama, trocar de roupas, pentear os cabelos, caminhar nas ruas, usar o transporte público etc.

¹⁷ DINIZ, D.; SILVA, J. L. P. da. **Mínimo social e igualdade**: deficiência, perícia e benefício assistencial na LOAS. Revista Katálysis, jul./dez. 2012, p. 263.

¹⁸ BRASIL. **Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009**, 2009.

O conceito de deficiência proposto pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tornou-se mais apropriado à nossa análise, uma vez que retira da discussão sobre as incapacidades a ênfase dada apenas aos aspectos biomédicos e à adequação ergonômica dos corpos às atividades laborais, passando a focar também no processo social de exclusão ou diminuição das possibilidades de participação na sociedade enfrentado por pessoas que possuem impedimentos¹⁹.

A habilitação e a reabilitação (não apenas profissional como também social) são citadas por importantes dispositivos legais internacionais de defesa dos direitos da pessoa com deficiência²⁰ como ferramentas que auxiliam na conquista da igualdade material e de oportunidades, da autonomia e da inclusão social. Todavia, a má condução do Programa de Reabilitação Profissional não somente fere os direitos das pessoas com deficiência e os direitos dos trabalhadores em geral como também vai de encontro aos princípios da proteção ao hipossuficiente e da vedação ao retrocesso, que estão na base do Direito Previdenciário²¹. É principalmente sobre esse último ponto que falaremos no próximo tópico.

3. O PROGRAMA DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL DO INSS

O Manual Técnico de Procedimentos da Área de Reabilitação Profissional, amparado no caput do art. 89 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, refere-se à reabilitação profissional da seguinte forma:

RP é definida como a assistência educativa ou reeducativa e de adaptação ou readaptação profissional [...] visando proporcionar, aos beneficiários incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho, em caráter obrigatório, independente de carência, e às pessoas com deficiência, os meios indicados para o reingresso no mercado de trabalho e no contexto em que vivem²².

¹⁹ SHAKESPEARE, T. W. Conceptualizing disability. *In*: SHAKESPEARE, T. W. **Disability rights and wrong**, 2006.

²⁰ Como a Convenção n.º 159, de 1983, da OIT, sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas com deficiência, e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU.

²¹ MARANHÃO, N.; FERREIRA, V. R.; COSTA, F. S. J. **Reabilitação Profissional e sua efetividade no ordenamento jurídico brasileiro**, 2017.

²² BRASIL. **Manual Técnico de Procedimentos da Área de Reabilitação Profissional**, 2018, p. 9.

A Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991²³, ainda sublinha como partes do processo da reabilitação: o fornecimento de próteses, órteses e instrumentos de auxílio para locomoção; a substituição desses aparelhos; o transporte de acidentados do trabalho; e o auxílio para tratamentos ou exames fora do domicílio²⁴.

No Brasil, a reabilitação profissional é um serviço oferecido pela Previdência Social, prioritariamente: (1) aos segurados do Regime Geral que estão recebendo o Auxílio-Doença ou a Aposentadoria por Invalidez; (2) aos segurados que, embora estejam incapacitados, não possuem o tempo de contribuição exigido para obter o Auxílio-Doença (ou seja, aqueles que não cumpriram, à época da incapacidade, a carência para o benefício).

A fim de traçar os limites e conferir coerência ao problema e aos objetivos desta pesquisa, salientamos que, nela, analisamos apenas a atuação da Equipe de Reabilitação Profissional do INSS junto ao público que recebeu o Auxílio-Doença. Enfatizamos o caso dos trabalhadores que, tendo sido considerados aptos a desempenhar funções laborais diferentes das que lhes eram habituais, foram encaminhados para realizar cursos e capacitações de curta duração.

De acordo com a Divisão de Reabilitação Profissional do INSS²⁵, somente no ano de 2019, 16.437 pessoas foram reabilitadas pelo INSS e 46.1006 seguem em Programa. Esses números têm se mantido estáveis desde 2017. Por outro lado, a despeito de seu aparente sucesso, ao longo dos anos, as críticas ao Programa de Reabilitação Profissional do INSS só se multiplicam.

Maeno *et al.*²⁶ argumentam que o objetivo primordial da reabilitação profissional nem sempre é a reinserção efetiva do trabalhador com limitações no mercado de trabalho, mas a emissão de certificados para legitimar a cessação de benefícios previdenciários. Esses autores informam que as equipes responsáveis pela reabilitação nunca entrevistaram, por exemplo, nas

²³ BRASIL. **Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991**, 1991.

²⁴ As vagas reservadas para pessoas com deficiência em empresas com 100 ou mais empregados também podem ser destinadas aos trabalhadores reabilitados pelo INSS.

²⁵ BRASIL. Estatísticas de reabilitação profissional, segundo as Grandes Regiões e Unidades da Federação - 2017-2019. *In*: ANUÁRIO Estatístico da Previdência Social - AEPS, 27 out. 2021.

²⁶ MAENO, M.; VILELA, R. A. de G. **Reabilitação profissional no Brasil**: elementos para a construção de uma política pública, 2010.

condições de trabalho dos segurados, mesmo sabendo que a maior parte da clientela desse serviço é composta por acidentados do trabalho.

Para Miranda,

[...] a ausência de um modelo de avaliação da incapacidade caracterizado por uma análise que englobe uma visão integralizada do indivíduo e do seu coletivo tornou-se uma das principais críticas ao serviço de reabilitação profissional do INSS²⁷.

Esse autor tece ainda outras críticas ao Programa de Reabilitação Profissional do INSS relacionadas à falta de integração desse serviço com o campo da saúde do trabalhador, à falta de articulação do próprio INSS com o Ministério da Saúde, à rigidez da estrutura hierárquica do INSS e ao modelo de perícia médica²⁸.

Em seu texto, Miranda traz um apanhado interessante acerca de como o Programa de Reabilitação Profissional se desenvolveu no Brasil desde a década de 1960, dando ênfase, justamente, à falta de atuação conjunta entre Saúde e Previdência nessa área e à prevalência da autoridade médica sobre as decisões acerca de quais trabalhadores devem ser encaminhados ao Programa, ou mesmo de como suas reabilitações devem ser conduzidas. Ele conta que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi instituído o modelo de seguridade social de composição tripartite, com Saúde, Previdência Social e Assistência Social passando a funcionar a partir de sistemas independentes. Nesse momento, o serviço de reabilitação profissional, que para muitos deveria ter sido vinculado ao SUS (transformando-se, dessa forma, em uma ferramenta universal de inclusão ou reinserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho), permaneceu vinculado ao INSS²⁹.

Entre os avanços e retrocessos ocorridos desde 1988 no que tange à reabilitação profissional, Miranda também cita a implantação do Programa Reabilita, o qual inaugurou o modelo de trabalho da Perícia Médica Federal (que está em vigor até hoje), e a atualização de 2016 do Manual Técnico

²⁷ MIRANDA, C. B. de. Aspectos do cenário atual da reabilitação profissional no Brasil: avanços e retrocessos. **Cadernos de Saúde Pública**, ago. 2018, p. 5.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

de Procedimentos da Área da Reabilitação Profissional, que incorporou o conceito de deficiência humana à luz do modelo biopsicossocial da Classificação Internacional de Funcionalidade. Em relação a esse último ponto, o autor ressalta que, contrariando a inovação implementada no Manual em 2016, não houve, por parte do próprio INSS, nenhuma mudança no fluxo pericial de modo a facilitar uma avaliação multidisciplinar precoce. Além disso, os peritos médicos federais continuaram a fundamentar suas análises apenas na Classificação Internacional de Doenças³⁰.

O ano de 2016 também marcou o início do governo Temer, momento no qual, segundo Miranda, ocorreu a implantação da agenda neoliberal que, por meio da Emenda Constitucional n.º 95, de 2016, promoveu o enfraquecimento das instituições estatais e dos direitos sociais no Brasil³¹. Nesse período iniciado em meados de 2016, ocorreram muitos fatos que são relevantes para caracterizarmos o contexto histórico desta pesquisa, dentre eles destacam-se:

a) A transferência das atividades relacionadas a essa esfera da seguridade social, inicialmente, para as pastas do Desenvolvimento Social e Agrário e da Fazenda e, posteriormente, para o Ministério da Economia³².

b) A criação do PRBI - Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, por meio da Medida Provisória n.º 739, de 7 de julho de 2016 ³³⁻³⁴.

³⁰ MIRANDA, C. B. de. Aspectos do cenário atual da reabilitação profissional no Brasil: avanços e retrocessos. **Cadernos de Saúde Pública**, ago. 2018.

³¹ *Ibidem*.

³² As atividades da Previdência só foram incorporadas ao Ministério do Trabalho e da Previdência (mais adequado às suas características) por força do Decreto n.º 10.761, de 2 de agosto de 2021.

³³ Em 6 de janeiro de 2017, essa MP foi substituída pela Medida Provisória n.º 767, sendo essa convertida, em junho do mesmo ano, na Lei n.º 13.457/2017.

³⁴ O PRBI foi pensado em virtude de alertas lançados por auditorias relativamente antigas (como a auditoria promovida pelo TCU em 2009, que investigou o aumento na concessão de benefícios por incapacidade entre 2000 e 2007) e do aumento em 378% do número de Auxílios-Doença e Aposentadorias por Invalidez concedidos entre os anos de 2012 e 2016. Esses autores apontam que, na primeira fase do PRBI (entre agosto de 2016 e fevereiro de 2018), houve revisão de 279.791 Auxílios-Doença, sendo que 82% deles foram cessados (a maioria depois de constatada, por meio de perícia médica, a capacidade para o trabalho do segurado); também houve revisão de 10.073 Aposentadorias por Invalidez, sendo que 17% delas foram cessadas. ROCHA, W. M. (et al.). O Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade (PRBI). In: SACCARO JUNIOR, N. L.; ROCHA, W. M.; MATIÃO, L. F. **CMAP 2016 a 2018: estudos e propostas do Comitê de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas Federais**, 2018.

c) A instituição do bônus especial de desempenho institucional por perícia médica em benefícios por incapacidade, também através da Lei n.º 13.457/2017³⁵.

d) A implementação do Ato Médico na reabilitação profissional, por meio do Ato Decisório n.º 34/ /DIRSAT/INSS, de 11 de janeiro de 2017, que modificou um pequeno trecho do Manual Técnico de Procedimentos da Área de Reabilitação Profissional (versão 2016). A partir daí, a avaliação de elegibilidade para a reabilitação profissional passou a ser feita apenas pelo Perito Médico Federal³⁶.

e) A criação da carreira de Perito Médico Federal, por meio da Medida Provisória n.º 871/2019, convertida posteriormente na Lei n.º 13.846/2019, que desvinculou esses profissionais do INSS e submeteu suas atividades ao Ministério da Economia³⁷. Esse fato, conseqüentemente, reforçou o papel (que eles já tinham) de agentes protetores dos recursos públicos, voltados muito mais para reparar erros do sistema do que para garantir o acesso dos trabalhadores, dos idosos e das pessoas com deficiência aos benefícios previdenciários e assistenciais.

O que se nota, a partir dessas mudanças, é que o fortalecimento da autoridade discursiva do campo biomédico³⁸ foi um dos principais meios utilizados pelo governo brasileiro para a promoção do sucateamento dos direitos previdenciários do trabalhador.

No Manual Técnico de Procedimentos da Área de Reabilitação Profissional³⁹ consta que a equipe responsável pela reabilitação profissional é sempre composta por um Perito Médico Federal e um Profissional de Referência (que deve ser um analista do seguro social, ou seja, um servidor

³⁵ Com esse estímulo, entre 2017 e 2019, o número de médicos peritos atuando no PRBI passou de 918 para 2.897 (um acréscimo de 97%). *Ibidem*.

³⁶ MIRANDA, C. B. de. Aspectos do cenário atual da reabilitação profissional no Brasil: avanços e retrocessos. **Cadernos de Saúde Pública**, ago. 2018.

³⁷ Somente a partir da Medida Provisória n.º 1.058, de 27 de julho de 2021, essa categoria passou a fazer parte do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

³⁸ DINIZ, D.; SILVA, J. L. P. da. Mínimo social e igualdade: deficiência, perícia e benefício assistencial na LOAS. **Revista Katálysis**, jul./dez. 2012.

³⁹ BRASIL. **Manual Técnico de Procedimentos da Área de Reabilitação Profissional**, 2018.

de nível superior do INSS que possua formação em áreas como psicologia, sociologia, serviço social, pedagogia, fisioterapia etc.)⁴⁰.

No entanto, ao analisar as etapas constitutivas do Programa de Reabilitação Profissional, também constantes no supracitado documento, pareceu-nos claro que tanto o ingresso como a permanência e o desligamento do segurado no Programa de Reabilitação Profissional dependiam primordialmente da avaliação do Perito Médico Federal. Essa categoria profissional coloca-se à frente de todas as etapas da reabilitação que envolvem processos decisórios (principalmente no processo de elegibilidade), deixando a cargo do Profissional de Referência as atividades de caráter administrativo, logístico ou que envolvam contato mais próximo ou mais constante com o segurado.

Maeno e Vilela⁴¹ enfatizam que, diferentemente das versões anteriores, a versão 2018 do Manual Técnico de Procedimentos da Área de Reabilitação Profissional excluiu a participação do Profissional de Referência do momento da elegibilidade do segurado para o PRP.

Em vez da avaliação conjunta, a elegibilidade ao programa passou a ser definida no exato momento da perícia médica. O distanciamento entre os profissionais envolvidos não mais permite uma avaliação do nexos biopsicossocial do adoecimento em consonância com o que era proposto pelo campo da Saúde do Trabalhador. Os peritos médicos assumem posição centralizada e determinante do potencial laborativo, anulando a concepção multiprofissional da avaliação concebida nos manuais de 2011 e 2016 e tornando prevalecente o modelo biomédico de decisão.

[...] questões como deslocamento, vida cotidiana, independência física e relacionamentos familiares tornam-se irrelevantes como pilares de análise para o retorno a uma vida produtiva e mitigação das suas limitações no ambiente de trabalho⁴².

⁴⁰ Fazemos aqui a ressalva de que, a despeito de existirem normais procedimentais mais recentes para a área de reabilitação profissional, utilizaremos como base para esta discussão o Manual Técnico de Procedimentos da Área de Reabilitação Profissional (2018) e o Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária (2018), documentos que, certamente, guiaram a atuação dos profissionais que faziam parte das equipes de reabilitação profissional do INSS no período em que situamos esta pesquisa.

⁴¹ MAENO, M.; VILELA, R. A. de G. **Reabilitação profissional no Brasil: elementos para a construção de uma política pública**, 2010.

⁴² *Ibidem*, p. 7-8.

Distantes das reclamações, dos descontentamentos e dos sofrimentos cotidianos dos segurados em reabilitação, e indiferentes à maior parte das dificuldades operacionais inerentes ao próprio Programa de Reabilitação Profissional (como as negativas das empresas em proporcionar nova chance a seus empregados, as falhas dos cursos de capacitação, as avaliações ruins dos próprios segurados etc.), os Peritos Médicos Federais se tornam mais livres para estabelecer quem deve seguir o processo até o fim.

4. QUANDO A REABILITAÇÃO PROFISSIONAL IMPÕE O SACRIFÍCIO DO TRABALHADOR COM DEFICIÊNCIA: A HISTÓRIA DE MARIA JOSÉ

Em janeiro de 2020, entrevistamos Maria José, uma mulher de 56 anos, que solicitou a assistência jurídica da Defensoria Pública da União contra a decisão do INSS que indeferiu o seu pedido de prorrogação do Auxílio-Doença em virtude da constatação de que, apesar de possuir incapacidade parcial e permanente para o trabalho, ela poderia executar a atividade para a qual foi reabilitada.

O caso de Maria José é paradigmático não apenas por se tratar de uma pessoa de idade avançada e múltiplas comorbidades que foi considerada reabilitada, mas por ela ter sido uma dentre os muitos trabalhadores, atendidos pelos profissionais da Divisão de Assistência Multidisciplinar da DPU-Recife, que passaram pelo Programa de Reabilitação Profissional do INSS de Pernambuco e foram considerados aptos para a atividade de auxiliar de portaria.

Interessante apontar que as pessoas com as quais tivemos contato que foram encaminhadas para essa formação tinham várias características em comum, como deficiência física grave, funcionalidade prejudicada no quesito aquisição de novos conhecimentos e habilidades e histórico profissional limitado a atividades consideradas “pesadas”. O autotreinamento para auxiliar de portaria seria, nesse sentido, o último recurso para aqueles que nada mais podiam fazer, uma capacitação destituída de pessoas que capacitassem e destinada a pessoas sem capacidade.

Durante nosso contato, verificamos que Maria José era mãe de dois filhos adultos (ambos casados e independentes) e vivia apenas com o companheiro

(um idoso de 64 anos que ganhava a vida fazendo pequenos biscates). Ela residia em uma comunidade carente de um município da Região Metropolitana do Recife.

Na ocasião da entrevista, essa assistida da DPU informou que sua residência ficava na parte alta da comunidade e que, para acessá-la, era preciso subir uma ladeira em rampa. Ela relatou que passava meses sem visitar nem sequer sua mãe e suas irmãs, por conta da dificuldade de deslocamento. Pontuou que, para acessar a parada de ônibus mais próxima à sua casa, precisava subir e descer ladeiras.

Naquele momento, essa família estava sobrevivendo sobretudo com os recursos esporádicos que o companheiro de Maria José conseguia ganhar com os biscates. Contudo, ainda precisavam contar com a ajuda financeira de parentes igualmente pobres, considerando que o Auxílio-Doença (no valor de um salário-mínimo) que essa assistida recebeu por um tempo havia sido suspenso em 2019, e ela não tinha retornado ao trabalho por estar com deficiência motora.

Maria José iniciou sua vida laboral aos 12 anos, trabalhando informalmente como babá, lavadeira, arrumadeira etc. Apesar da extensa lista de atividades que já tinha realizado ao longo de sua trajetória, ela só possuía dois vínculos, como empregada doméstica, registrados em sua Carteira de Trabalho (o primeiro iniciado em 1996 e finalizado em 2004; o segundo iniciado em 2011, mas não finalizado).

Essa assistida da DPU, que afirmou ser hipertensa e diabética, contou que, por volta de junho de 2012, sofreu um acidente dentro do ônibus, enquanto ia trabalhar. Após frenagem brusca do veículo, levou uma pancada forte no joelho esquerdo. Ela relatou que não chegou a quebrar o joelho, porém nunca mais conseguiu se movimentar da mesma maneira.

Maria José era obesa e andava com dificuldade, claudicando, utilizando uma bengala. No dia da entrevista, compareceu acompanhada pela filha, que também a amparava para evitar que caísse. Ela ressaltou que sentia muitas dores no joelho esquerdo, as quais se agravavam caso permanecesse durante muito tempo em ambientes frios ou caso tivesse de percorrer distâncias de moderadas a longas; que tinha dificuldade para dormir devido às dores e câimbras que sentia ao se deitar; que só conseguia subir e descer

escadas fazendo pausas entre um degrau e outro. Enfatizou que conseguia subir no ônibus segurando firme no corrimão da escada e contando com a ajuda de terceiros para impulsioná-la pelas costas. Esclareceu que, quase sempre, saía de casa na companhia do marido. Salientou que conseguia fazer as atividades domésticas, mas em um ritmo mais lento, “por partes”, e também contava com a ajuda do companheiro para isso. Alegou que evitava utilizar algumas peças de roupas, como calças jeans, por conta da dificuldade em se vestir. Apresentou vários laudos em que seus problemas de saúde eram informados: hipertensão arterial; obesidade; osteartrose erosiva; gonartrose pós-traumática bilateral (artrose de joelho); transtorno do menisco devido a ruptura ou lesão antiga.

Maria José permaneceu no Auxílio-Doença de junho de 2014 a agosto de 2019, tendo iniciado o processo de reabilitação profissional em fevereiro de 2019. Por vontade própria (e considerando-se ainda jovem para se tornar totalmente inválida), enquanto estava gozando do Auxílio-Doença, ela cursou e concluiu o ensino médio, com magistério, em uma escola municipal próxima à sua casa.

Tendo sido integrada ao Programa de Reabilitação Profissional, entre fevereiro e junho 2019, Maria José foi encaminhada para realizar o curso de recepcionista na área de saúde em uma escola municipal. Em documento avaliatório, a diretora dessa escola relatou que essa assistida foi reprovada no curso, uma vez que não participava devidamente das aulas, ficava inquieta, impaciente, queixando-se de dores; ela tinha dificuldade de subir escadas e, muitas vezes, precisava da ajuda dos colegas.

Acerca dessa primeira tentativa de reabilitação profissional, Maria José esclareceu que o supracitado curso acontecia no primeiro andar do prédio da escola municipal (o qual só podia ser acessado por meio de escadas). Ela disse que sofria muito para chegar até o local (haja vista que também tinha dificuldade para sair de casa e pegar os três ônibus necessários para ir até lá). Afirmou ainda que, como já chegava à escola sentindo muitas dores nos ossos da perna, às vezes não conseguia acessar o primeiro piso do prédio (onde aconteciam as aulas) e ficava no piso térreo, na sala da diretoria. Contou que a diretora da instituição geralmente entregava o material que era repassado durante as aulas para que ela estudasse em casa.

Ante sua reprovação na primeira tentativa de reabilitação, no mês de julho de 2019, Maria José foi compelida pela equipe do INSS a fazer uma nova tentativa, dessa vez treinando para a função de auxiliar de portaria em outra escola municipal. Ela relembrou que seu aprendizado nessa profissão se resumia a ficar na portaria da escola das 7h às 12h, observando o trabalho do porteiro. Contou que, como era obrigada a seguir o horário estabelecido, ficava sozinha na portaria, visto que o porteiro só chegava às 11 horas da manhã. Salientou que, por ficar sozinha no local por muito tempo, enfrentou algumas dificuldades: “Uma vez, uma mãe de aluno tentou forçar a entrada, me deu um empurrão... eu quase caí... depois disso, eu disse à diretora que não ia mais me arriscar.”

A despeito das dificuldades narradas por Maria José, seu Certificado de Reabilitação Profissional foi emitido pelo INSS, que afirmou que ela estava apta para exercer o ofício de auxiliar de portaria, desde que não precisasse realizar atividades como carregamento de peso, ortostatismo prolongado, subir e descer escadas e agachamentos.

4.1 Como o caso de Maria José foi tratado pelo INSS

No dia da entrevista que realizamos com Maria José, ela trajava roupas muito simples, estava com cabelos bastante desgrehados e transpirava muito devido ao esforço exigido no deslocamento. Provavelmente por conta de seus inúmeros problemas de saúde e de seu comportamento recatado (de pouca vaidade), a mulher parecia ter idade mais avançada.

Logo no primeiro momento, sua filha comentou estarrecida sobre a tentativa do INSS de reabilitar para a atividade de recepcionista uma pessoa idosa, doente e que já não conseguia mais cuidar da própria aparência. O questionamento da filha de Maria José também foi o nosso. Como uma pessoa com mais de 50 anos, obesa, que passou a vida inteira desempenhando atividades que exigiam muito esforço físico e que desenvolveu múltiplos problemas ósseos e reumatológicos de caráter progressivo pode ter sido considerada apta à reabilitação? O próprio processo de reabilitação, por si só, não representaria um risco à sua saúde?

Acreditamos que a disposição que essa assistida demonstrou em retomar os estudos no período em que estava gozando do Auxílio-Doença (por volta

de 2014) foi um fato que influenciou significativamente a opinião dos Peritos Médicos Federais que avaliaram a viabilidade de sua reabilitação. Em perícia realizada em setembro de 2014, o médico menciona: “Segurada empregada doméstica, motivada para nova função, **estudando apesar das barreiras físicas.**” Ele só esqueceu de acrescentar que a instituição de ensino frequentada por essa pericianda era próxima à casa dela, facilitando, assim, seu deslocamento.

A despeito do comentário desse médico, as limitações físicas de Maria José falaram mais alto nesse primeiro período, e ela teve seu Auxílio-Doença mantido, sem nenhum questionamento, por mais dois anos. Por outro lado, sua situação veio a mudar em março de 2016, quando, depois de ser submetida a nova perícia médica para manutenção de seu Auxílio-Doença, essa assistida da DPU foi avaliada da seguinte forma:

Obesidade mórbida (112kg/1,61), deambula com o auxílio de bengala a direita, limitação grave na flexo extensão do joelho esquerdo, sem deformidades com edema leve no local.

Encaminhado ao setor de reabilitação profissional, pois segurada tem 52 anos, já em benefício desde 06/2012, com artrose severa em joelho esquerdo com indicação de artrodese sem previsão, **está no último ano de magistério,** destra. Restrições laborativas carregamento de peso, posturas ortostáticas, subir e descer escadas e agachamentos.

Para além da constatação de que aquela pericianda estava estudando (portanto, em sua visão, provavelmente poderia ser reabilitada para funções que não exigissem grande esforço físico), as palavras desse último perito médico expressaram a sua preocupação com a manutenção de um benefício temporário por muito tempo.

A respeito desse tema, Takahashi e Igute salientam que:

A prestação dos serviços de reabilitação profissional articulada aos sistemas de previdência social tem um duplo papel: se, por um lado, são formas de intervenção para a redução e a superação das desvantagens produzidas pelas incapacidades, são, por outro, também estratégias de regulação econômica destes sistemas com a

finalidade de reduzir o tempo de concessão de benefícios previdenciários⁴³.

E sobre o papel central do Perito Médico Federal no processo de redução do tempo de permanência dos segurados no Auxílio-Doença, Almeida⁴⁴ destaca que esses profissionais se entendem como possuidores de responsabilidade coletiva, assentada no princípio da justiça, na distribuição dos recursos disponíveis. Ao assumirem esse papel, os Médicos Peritos Federais se tornaram atores decisivos dentro de uma instituição que há muito opera a partir da lógica neoliberal do corte de gastos e da diminuição de direitos.

Enxergamos o caso de Maria José como emblemático muito por conta do aparente dilema que os peritos médicos enfrentaram. Se, por um lado, eles se sentiam compelidos a cessar, a todo custo, o Auxílio-Doença que essa segurada recebia, por outro, sempre se deparavam com os inúmeros problemas físicos (cada vez mais agravados) que ela possuía.

A debilidade do estado de saúde de Maria José levou os Peritos Médicos Federais até mesmo a darem maior credibilidade à atuação dos profissionais de outras áreas, atuantes na Equipe de Reabilitação Profissional. Em maio de 2017, o perito registrou: “Atendendo **solicitação da orientadora(o) profissional** [...], estamos prorrogando o benefício do(a) segurado(a) que ainda se encontra no programa de reabilitação profissional.”

Já em junho de 2019, nova avaliação da funcionalidade da Sra. Maria José foi realizada. Os comentários do perito médico foram os que seguem:

No momento ainda com incapacidade laborativa para a atividade prévia de empregada doméstica, pois com osteoartrose em joelhos, mais à esquerda, e consequente limitação funcional associada. Encontra-se em PRP e havia sido encaminhada para curso de recepcionista na área de saúde. No momento (03/07/2019) nos apresenta Declaração da Prefeitura do Recife [...] relatando que segurada foi reprovada no curso de recepcionista na área de saúde por não participar devidamente das aulas e queixa de dores e dificuldade de locomoção. Diante do quadro, prorrogamos a DCI que encontra-se vencida e

⁴³ TAKAHASHI, M. A. B. C.; IGUTI, A. M. As mudanças nas práticas de reabilitação profissional da Previdência Social no Brasil: modernização ou enfraquecimento da proteção social? **Cadernos de Saúde Pública**, nov. 2008, p. 2662.

⁴⁴ ALMEIDA, E. H. R. de. **Aspectos bioéticos da perícia médica previdenciária**, 2011.

discutiremos o caso com a profissional de referência [...] em reunião de acompanhamento do PRP.

Provavelmente após essa reunião, o caso de Maria José ganhou seu desfecho. Um mês após a anotação supracitada, ela foi encaminhada para treinamento como auxiliar de portaria em uma escola municipal e, apesar de todas as dificuldades que enfrentou, recebeu o Certificado de Reabilitação Profissional e teve seu Auxílio-Doença cessado.

Desperta-nos a curiosidade em saber se, na reunião de acompanhamento do Programa de Reabilitação Profissional mencionada pelo perito médico em junho de 2019, os profissionais se concentraram em encontrar meios para fazer a segurada com deficiência superar efetivamente as barreiras que limitavam sua funcionalidade ou trataram somente de encontrar uma forma mais rápida e fácil de promover a cessação de seu Auxílio-doença.

4.2 Como o caso de Maria José foi tratado pela Justiça

Como pouquíssimas vezes se vê acontecer nos julgados de pedidos de restabelecimento de benefícios por incapacidade/deficiência, no caso de Maria José, o juiz da Vara Federal considerou desnecessária a realização de uma nova perícia médica judicial, por entender que a incapacidade que ela possuía havia sido atestada pelos próprios Peritos Médicos Federais e que ela havia conseguido comprovar o insucesso de suas tentativas de reabilitação profissional. O trecho da sentença prolatada nos autos do processo de autoria dessa assistida da DPU é, nesse sentido, muito interessante:

[...] especificamente no que se refere ao caso ora sob exame, vez que o próprio INSS reconheceu a incapacidade da autora, conforme se observa nos laudos SABI, desnecessária a realização de perícia judicial. A autora é portadora de I) Ruptura do menisco (S83.2). Relativamente à incapacidade, concluiu o experto que a autora não pode exercer sua atividade habitual de doméstica. Em sua inicial, a parte autora informou da ineficácia da reabilitação, sendo dignas de credibilidade as informações por ela prestadas quanto ao ponto.

Ao preterir a perícia médica judicial, esse juiz, por outro lado, se eximiu de realizar uma avaliação mais profunda da situação de Maria José, que, do alto dos seus 56 anos, provavelmente já não conseguiria se recuperar de

seus problemas de saúde a tempo de reingressar no mercado de trabalho. Nesse sentido, ele optou por não promover a conversão do Auxílio-Doença em Aposentadoria por Invalidez, concedendo apenas o restabelecimento daquele benefício. Ainda deu autonomia para que os Peritos Médicos Federais reconduzissem a trabalhadora com deficiência ao Programa de Reabilitação Profissional, caso considerassem necessário.

Em recurso contra a sentença, a Advocacia Geral da União chamou atenção para o fato de a segurada ter recebido um Certificado de Reabilitação Profissional (que, para eles, seria uma prova cabal de sua reabilitação), bem como para a característica mais polêmica do serviço de reabilitação profissional do INSS: sua desobrigação em relação à eficácia daquilo que se propõe a fazer. Eis um trecho do documento assinado pela AGU:

No presente caso, contudo, a parte autora foi submetida à reabilitação profissional, conforme certificado de reabilitação profissional.

Frise-se que reabilitação profissional pode ser entendida com “a assistência educativa ou reeducativa e de adaptação ou readaptação profissional, instituída sob a denominação genérica de habilitação e reabilitação profissional (RP), visando proporcionar aos beneficiários incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho, em caráter obrigatório, independente de carência, e às pessoas com deficiência, os meios indicados para o reingresso no mercado de trabalho e no contexto em que vivem (artigo 89 da Lei nº 8213/1991 e artigo 136 do Decreto nº 3.048/1999)” (<https://www.inss.gov.br/orientações/reabilitação-profissional/>) Nesse ponto, observe-se que a eventual restrição ao carregamento de pesos, ortostatismo prolongado, subir e descer escadas e agachamentos frequentes, não é ínsita à atividade de AUXILIAR DE PORTARIA, não podendo tal restrição ser fato que afaste a eficácia de processo de reabilitação profissional/READAPTAÇÃO PROFISSIONAL concluído com êxito pelo segurado. **5 Tão pouco podem ser fatores para afastar a eficácia do processo de reabilitação profissional eventual idade do segurado ou suposta dificuldade de adaptação à nova função, uma vez que o processo já foi concluído, não cabendo ao INSS a obrigação de inserção do segurado no mercado de trabalho.** Resta claro, portanto, uma vez que a incapacidade parcial do demandante não o impede de exercer A ATIVIDADE DE AUXILIAR DE PORTARIA

para a qual foi REABILITADO/READAPTADO, não é necessário mantê-lo em benefício de AUXÍLIO-DOENÇA/APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, ao contrário do que entendeu o D. Juízo a quo.

A parte do Recurso colocada em destaque traz elementos contraditórios que merecem ser confrontados. Ora, diferentemente do que argumentou a AGU, não há dúvida de que certos fatores pessoais como a idade e a dificuldade de adaptação a uma nova função (principalmente se a dificuldade for física ou cognitiva) colocam em xeque a eficácia de qualquer capacitação, de modo que esses fatores deveriam ser sempre considerados pela equipe multidisciplinar que compõe o Programa de Reabilitação Profissional.

Ademais, é importante salientar que a reabilitação profissional deve servir como instrumento de inclusão, não podendo ser vista como um fim em si mesmo e muito menos como apenas a última etapa para a retirada de pessoas com deficiências da lista de beneficiários do Auxílio-Doença.

Em resposta ao Recurso interposto pela AGU e parcialmente transcrito anteriormente, a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Pernambuco assim se pronunciou:

Argumenta a autarquia recorrente, em síntese, que a autora está apta a exercer a função de auxiliar de portaria, para a qual foi reabilitada, apresentando cópia do certificado de reabilitação expedido.

Pois bem. De início, observo que a própria autora já estabelece na petição inicial que passou pelo processo de reabilitação para auxiliar de portaria, impugnando, na verdade, a eficácia do procedimento. Nesse sentido, a autarquia previdenciária não apresentou qualquer documento que remetesse ao processo de reabilitação, como a frequência da autora, as habilidades que esta adquiriu ou avaliações dos responsáveis que a acompanharam durante o procedimento. Além disso, as limitações físicas da autora, reconhecidas pelo próprio INSS no certificado de reabilitação, por si sós, já levantam controvérsia acerca da eficácia do procedimento, cuja finalidade deve ser a de reposicionar o indivíduo no mercado de trabalho em igualdade de condições com os demais, o que não foi esclarecido em momento algum pela autarquia.

Pouco tempo após a publicação do supracitado acórdão, o Auxílio-Doença de Maria José foi devidamente restabelecido.

Até o momento, essa segurada não mais voltou ao Programa de Reabilitação Profissional. Provavelmente, não mais voltará, considerando que está a menos de um ano de comemorar seu 60º aniversário.

CONCLUSÃO

O caso apresentado neste artigo nos permite visualizar o truculento processo de reabilitação profissional pelo qual alguns segurados do INSS passaram (principalmente aqueles que possuem características de maior vulnerabilidade, como idade avançada, escolaridade baixa e situação socioeconômica difícil). Esse processo, em nossa opinião, só poderia resultar em duas situações, ambas deveras perversas. Na primeira situação, o segurado tenta retornar para sua empresa de origem, mas é considerado inapto pelos médicos do trabalho. Nesse caso, normalmente, esse trabalhador fica numa espécie de “limbo previdenciário”, tendo seu contrato permanentemente aberto, mas sem ser amparado pelo seu empregador ou mesmo pelo Estado. Na segunda situação, o segurado se vê obrigado a retornar ao mercado de trabalho para desempenhar atividades para as quais não possui capacidade completa, colocando em maior risco sua própria saúde.

No Brasil, não é de hoje que a postura do Instituto Nacional do Seguro Social em relação aos segurados que necessitam de benefícios por incapacidade ou deficiência (como o Auxílio-Doença, a Aposentadoria por Invalidez e o Benefício de Prestação Continuada) tem sido criticada pelos estudiosos da previdência e da deficiência. E essas críticas são quase sempre direcionadas à maneira como esses cidadãos têm suas situações de saúde avaliadas pela Perícia Médica Federal.

O protagonismo negativo dessa carreira médica, cuja existência é indispensável, deve-se muito à sua ainda limitada compreensão das variáveis relacionadas à saúde. Centrando-se mais nos diagnósticos do que na situação ampla do indivíduo em interação com o meio em que vive, esses profissionais ganham bastante espaço em contextos de retração do Estado de Bem-Estar Social, em que a autoridade de seus pontos de vista se torna lei, a despeito da força que o modelo biopsicossocial de avaliação da

saúde tem adquirido dentro da academia e entre os ativistas dos direitos das pessoas com deficiência.

A alienação, o distanciamento e a falta de envolvimento emocional para com o sofrimento do outro parece dominar a relação entre os que estão a serviço do INSS – que, por meio de leis como a Lei n.º 13.457/2017 e a Lei n.º 13.846/2019, são estimulados a “executar seu trabalho da melhor forma” – e aqueles que são excluídos do sistema.

É nesse sentido que entendemos que a Previdência Social brasileira precisa abandonar a imagem de instituição em que vidas concretas são descartadas pela superinteligência das máquinas (que promovem o cruzamento de dados e as revisões em massa) ou dos homens (que emitem seus diagnósticos) e voltar a ser pensada como a guardiã de um seguro social de caráter solidário, como um veículo de promoção dos direitos ao trabalho, à igualdade e à autonomia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Eduardo Henrique Rodrigues de. Aspectos bioéticos da perícia médica previdenciária. **Revista Bioética**, online, v. 9, n. 1, p. 277-298, 2011. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/618. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. INSS. Diretoria de Saúde do Trabalhador. Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária. mar. 2018. Disponível em: <https://www.saudeocupacional.org/v2/wp-content/uploads/2018/03/Manual-T%C3%A9cnico-de-Per%C3%ADcia-M%C3%A9dica-2018.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2023.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. INSS. Diretoria de Saúde do Trabalhador. **Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária**. mar. 2018. Disponível em: <https://www.saudeocupacional.org/v2/wp-content/uploads/2018/03/Manual-T%C3%A9cnico-de-Per%C3%ADcia-M%C3%A9dica-2018.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2023.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. Estatísticas de reabilitação profissional, segundo as Grandes Regiões e Unidades da Federação - 2017-2019. *In*: ANUÁRIO Estatístico da Previdência Social - AEPS, 28. 27 out. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/arquivos/versao-onlinte-aeps-2019-/secao-iii-servicos-previdenciarios/capitulo-28-reabilitacao-profissional/28-1-estatisticas-de-reabilitacao-profissional-segundo-as-grandes-regioes-e-unidades-da-federacao-2017-2019>. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. INSS. Diretoria de Benefícios. Portaria DIRBEN/INSS n.º 999, de 28 de março de 2022. Aprova as Normas Procedimentais em Matéria de Benefícios. **Diário Oficial da União**, p.

292, 29 mar. 2022. Disponível em: <https://www.normaslegais.com.br/legislacao/portaria-dirben-inss-999-2022.htm>. Acesso em: 17 abr. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, p. 14809, 25 jul. 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 17 abr. 2023

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, p. 3, 26 ago. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 17 abr. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n.º 10.410, de 30 de junho de 2020**. Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999. Diário Oficial da União, n. 124, p. 5, 1º jul. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.410-de-30-de-junho-de-2020-264503344>. Acesso em: 12 maio 2023.

CUNHA, Beatriz Carvalho de Araújo. Caso Gonzales Lluy e Outros vs. Equador: estigmatização e permeabilidade do conceito de deficiência. **Cadernos Estratégicos: Análise Estratégica dos Julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, Rio de Janeiro, p. 136-160, 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39109.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2023.

DINIZ, Débora. **O que é Deficiência**. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 2007.

DINIZ, Débora; SILVA, Janaína Lima Penalva da. Mínimo social e igualdade: Deficiência, perícia e benefício assistencial na LOAS. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 15, ed. 2, p. 262-269, jul./dez. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-49802012000200012>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rk/a/YLd5Z7mWwGL5TgMp4LPpCVb/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 5 nov. 2021.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; ALBUQUERQUE, Rodrigo Barros de; SILVA, Renan Francelino da. **Estudos de Caso: Manual para a pesquisa empírica qualitativa**. Rio de Janeiro: Vozes, 2024.

KULAITIS, Fernando; SILVA, Kelen Clemente. As transformações recentes no programa de reabilitação profissional do INSS. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 20, p. 1-12, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1590/1981-7746-sol00335>. Disponível em: <https://www.tes.epsv.fiocruz.br/index.php/tes/article/view/188/6>. Acesso em: 18 abr. 2023.

MAENO, Maria; VILELA, Rodolfo Andrade de Gouveia. Reabilitação profissional no Brasil: Elementos para a construção de uma política pública. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, São Paulo, v. 35, n. 121, p. 87-99, 2010. DOI <https://doi.org/10.1590/S0303-76572010000100010>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbso/a/Xdf4X39zTjTyTzYR9jKf7rw/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 2 nov. 2022.

MARANHÃO, Ney; FERREIRA, Vanessa Rocha; COSTA, Frederico Silva Jackson. Reabilitação Profissional e sua efetividade no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos**, Unesp, ano 21, n. 33, p. 155-186, 2017. DOI <https://doi.org/10.22171/rej.v21i33.2996>.

Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2996/2716>. Acesso em: 12 maio 2024.

MIRANDA, Cristiano Barreto de. Aspectos do cenário atual da reabilitação profissional no Brasil: avanços e retrocessos. **Cadernos de Saúde Pública**, São Paulo, v. 34, n. 8, ed. 00218717, p. 1-14, ago. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00218717>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/9qcMrvNKrL6nLfccc6CN7DR/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 abr. 2023.

ROCHA, Wilsimara Maciel; COSTA, Bruna Beck da; OLIVEIRA NETO, Waldyr de; VERAS, André Rodrigues. O Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade (PRBI). *In*: SACCARO JUNIOR, Nilo Luiz; ROCHA, Wilsimara Maciel; MATTON, Lucas Ferreira. **CMAP 2016 a 2018**: estudos e propostas do Comitê de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas Federais. Rio de Janeiro: IPEA, 2018, cap. 9, p. 183-196. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8796>. Acesso em: 18 abr. 2023.

SHAKESPEARE, Thomas William. Conceptualizing disability. *In*: SHAKESPEARE, Thomas William. **Disability rights and wrongs**. London, New York: Routledge, 2006, p. 7-82.

TAKAHASHI, Mara Alice Batista Conti; IGUTI, Aparecida Mari. As mudanças nas práticas de reabilitação profissional da Previdência Social no Brasil: modernização ou enfraquecimento da proteção social? **Cadernos de Saúde Pública**, online, v. 24, n. 11, p. 2661-2670, nov. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2008001100021>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/rKjFHYk876ZChcnsqpgFXqr/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 21 abr. 2023.

YIN, Robert K. **Estudo de Caso**: Planejamento e Métodos. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015.

O DIREITO À UTILIZAÇÃO DO NOME SOCIAL *POST MORTEM*

THE RIGHT OF USE THE SOCIAL NAME POST MORTEM

Lucas Rosado Martinez

(Pós-graduado em Direito Constitucional - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP. Advogado)

RESUMO

O presente artigo tem por escopo trazer à baila o conflito de direitos entre a prerrogativa do indivíduo transexual/transgênero de utilizar seu nome social inclusive para fins de registro *post mortem*, de forma que conste em seus obituários e em sua lápide, e a vontade da família desse indivíduo de utilizar o nome originariamente elegido para fins de registro civil para realização de seu sepultamento. Tais desdobramentos podem acarretar diversas repercussões no âmbito do indivíduo transgênero, pois o debate encontra-se vinculado à legitimidade do uso de seu nome social para fins de registro em conflito com a vontade de sua família no momento posterior à sua morte. A metodologia utilizada para análise do tema é a pesquisa de jurisprudência nacional e dos conceitos jurídicos trazidos pela doutrina para entender como se dá o exercício do direito ao uso do nome, enquanto direito da personalidade e direito fundamental do indivíduo trans, bem como suas diversas repercussões na esfera civil. O objetivo aqui é responder à pergunta: qual direito deve prevalecer, o direito do indivíduo de utilizar seu nome social após a morte ou o direito da família de realizar o sepultamento conforme sua própria vontade? Da mesma forma, o presente trabalho possui o objetivo de apresentar possíveis dispositivos e ferramentas jurídicas a serem utilizados para garantir o exercício do direito ao uso do nome social.

Palavras-chave: Nome social. Direito da personalidade. Transgênero.

ABSTRACT

The purpose of this article is to bring to the fore the conflict of rights between the transsexual/transgender individual prerogative to use their social name including for post-mortem registration purposes, so that it appears in their

obituaries and their tombstone, and the will of this individual's family to use the name originally chosen for civil registration purposes or carry out their burial. Such developments can have several repercussions for the transgender individual, as the debate is linked to the legitimacy of using their social name for registration purposes in conflict with the wishes of their family after their death. The methodology used to analyze the topic will be the research of national jurisprudence and legal concepts brought by the doctrine to understand how the right to use one's name occurs, as a personality right and fundamental right of the trans individual, as well as its various repercussions in the civil sphere. The objective is to answer the following question: which right should prevail, the individual's right to use their social name after death or the family's right to carry out the burial according to their own wishes? Likewise, the present work aims to present possible legal devices and tools to be used to guarantee the exercise of the right to use the social name.

Keywords: Social name. Personality rights. Transgender.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. DO INDIVÍDUO TRANSGÊNERO/TRANSEXUAL E DO NOME SOCIAL. 2. DIREITO AO USO DO NOME SOCIAL COMO DIREITO DA PERSONALIDADE. 3. DIREITO AO USO DO NOME SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL. 4. DIREITO DE UTILIZAÇÃO DO NOME SOCIAL *POST MORTEM*. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Data de submissão: 19/01/2024

Data de aceitação: 05/09/2024

INTRODUÇÃO

A luta pela conquista de direitos das pessoas transgênero é dura e constante, além de possuir um engajamento relativamente recente, pois há pouco tempo atrás não havia muita preocupação acerca de alguns direitos e garantias que são considerados como básicos em favor das minorias que integram o grupo Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Queer, Questionando,

Intersexuais e mais (LGBTQI+), como por exemplo o casamento civil entre indivíduos do mesmo sexo ou a alteração do registro civil dos transgênero. Essas discussões alcançaram o âmbito do Judiciário com mais visibilidade a partir da década passada, período que revelou um caráter ativista relacionado aos direitos de minorias nunca antes observado nos tribunais brasileiros. Por conta disso, houve recente fixação da jurisprudência pátria no sentido de garantir alguns desses direitos ao público LGBTQI+, como no julgamento sobre a mudança de nome e gênero em registro civil (RE n.º 670422/RS) e no famigerado julgamento da ADO n.º 26 e do MI 4.733, no qual o STF fixou a equiparação da homofobia ao crime de racismo.

Contudo, mesmo tendo alcançado essas conquistas, a luta do movimento LGBTQI+ pela igualdade de direitos ainda está longe de acabar, pois os integrantes desse grupo minoritário ainda sofrem com a discriminação e intolerância do meio social. Um exemplo da realidade enfrentada por muitos indivíduos transgênero pode ser visto na dificuldade de utilização do nome social, mesmo com esse direito tendo sido efetivamente chancelado pelo Poder Judiciário.

O escopo do presente artigo é analisar, sob a óptica dos direitos da personalidade, das garantias fundamentais dispostas na Constituição Federal e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o direito ao uso do nome social dos indivíduos transgênero e transexuais especificamente no que tange ao período *post mortem*, isto é, após o seu falecimento.

O eventual falecimento do indivíduo transexual/transgênero pode acarretar conflito aparente de direitos entre a vontade da família de realizar o sepultamento utilizando o nome originariamente escolhido no registro civil e o direito da personalidade tutelado em prol da pessoa falecida para utilização de seu nome social em qualquer circunstância, inclusive após seu falecimento. Busca-se esclarecer qual direito deve prevalecer em face desse conflito, sob a égide do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual já analisou situações análogas, bem como à luz das garantias fundamentais dispostas em nossa Carta Magna e dos direitos da personalidade dispostos no Código Civil.

1. DO INDIVÍDUO TRANSGÊNERO/TRANSEXUAL E DO NOME SOCIAL

Primeiramente, importante pontuar os conceitos de transgênero e transexual. Apesar de serem semelhantes tais conceitos, porquanto ambos tratam de indivíduos que possuem identidade de gênero que diverge daquela do sexo biológico, é necessário deixar clara sua diferenciação, de forma que se tenha uma ideia fixa acerca do conceito de identidade de gênero. Buscando ou passando por uma transição social que pode envolver tratamentos hormonais ou cirúrgicos, o indivíduo transexual procura se assemelhar à sua identidade de gênero. Nos dizeres de Berenice Alves de Melo Bento, a transexualidade “reivindica o reconhecimento social e legal para o gênero feminino/masculino”¹.

Da mesma forma, Berenice conceitua a transexualidade no seguinte sentido:

Transexualidade: Dimensão identitária localizada no gênero, e se caracteriza pelos conflitos potenciais com as normas de gênero à medida que as pessoas que a vivem reivindicam o reconhecimento social e legal do gênero diferente ao informado pelo sexo, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização².

Por outro lado, o transgênero é aquele cuja identidade de gênero difere em vários graus do sexo biológico. A ilustre filósofa e professora Judith Butler conceitua “gênero” da seguinte forma:

O gênero não é inscrito no corpo passivamente, nem é determinado pela natureza, pela linguagem, pelo simbólico, ou pela história assoberbante do patriarcado. O gênero é aquilo que é assumido, invariavelmente, sob coação, diária e incessantemente, com inquietação e prazer. Mas, se este acto contínuo e confundido com um dado linguístico ou natural, o poder e posto de parte de forma a expandir o campo cultural, tornado físico através de performances subversivas de vários tipos³.

Da mesma forma, Leandro Colling elucida o conceito de “identidade de gênero”:

¹ BENTO, B. A. M. **O que é transexualidade**, 2008, p. 181.

² *Ibidem*, p. 183.

³ BUTLER, J. **Actos performativos e constituição de gênero**. Um ensaio sobre fenomenologia e teoria feminista, 2011, p. 87.

Ao falarmos de diversidade de gênero evidenciamos que existem mais do que dois gêneros (homem e mulher, masculinidade e feminilidade). Como vimos, a sociedade, via de regra, trabalha para que todas as pessoas tenham apenas uma identidade de gênero, determinada pelo sexo, e que essa seja pura e tida como normal e natural. Mas, apesar disso, muitas pessoas quebram esse binarismo de gênero⁴.

Logo, o indivíduo transgênero é aquele que possui identidade de gênero distinta daquela do sexo biológico, sem necessariamente ter passado por algum procedimento de transição, enquanto o transexual tem sua figura atrelada à realização dessa transição física e/ou social, não necessariamente cirúrgica.

O terreno comum entre esses dois conceitos é a existência da figura do nome social, a qual é válida e pode ser utilizada tanto pelo transexual quanto pelo transgênero. O nome social é aquele pelo qual o indivíduo se identifica perante a sociedade, isto é, o nome pelo qual ele quer ser reconhecido no meio social. Um exemplo dessa situação é o indivíduo que nasceu possuindo o sexo biológico masculino e foi registrado civilmente com o nome de “João”, mas possui identidade de gênero correspondente ao sexo feminino e se identifica pelo nome de “Maria”. Uma vez que o nome “Maria” constitui a identidade adequada socialmente para esse indivíduo, em razão do gênero com o qual se identifica, esse será o nome social que deverá ser adotado.

De acordo com o dicionário jurídico do site Direito Legal, nome social “é a designação pela qual pessoas transexuais ou travestis se identificam e são socialmente reconhecidos, podendo ou não haver a alteração da identidade civil”⁵. Da mesma forma, dispõe o Ministério da Saúde do Brasil, em sua cartilha intitulada “Transexualidade e Travestilidade na Saúde”:

Com isso, as pessoas trans, que possuem um nome que remete ao seu sexo (homem ou mulher) no registro civil, devem ser tratadas pelo seu nome social, que condiz com a sua identidade de gênero, evitando, assim, constrangimentos e proporcionando que estas sintam-se mais acolhidas nos serviços⁶.

⁴ COLLING, L. **Gênero e sexualidade na atualidade**, 2018, p. 32.

⁵ DIREITONET. Dicionário Jurídico. **Nome Social**, 5 jul. 2021.

⁶ BRASIL. **Transexualidade e travestilidade na saúde**, 2015, p. 69.

Desse modo, o nome social constitui o meio de identificação adequado ao indivíduo transexual/transgênero, o qual é escolhido por ele próprio e possui proteção jurídica equivalente à do nome do registro civil, enquanto direito da personalidade, conforme será pontuado mais adiante.

2. DIREITO AO USO DO NOME SOCIAL COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Antes de adentrarmos o tema propriamente dito, faz-se necessário discutir acerca do nome social enquanto direito da personalidade. Decerto, os direitos da personalidade encontram-se dispostos no artigo 11 e seguintes do Código Civil e são aqueles responsáveis pela construção de valores essenciais do indivíduo enquanto pessoa humana.

Carlos Roberto Gonçalves conceitua os direitos da personalidade como “certas prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana, que aos poucos foram reconhecidas pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, bem como protegidas pela jurisprudência”⁷. Complementando esse entendimento, o ilustre jurista clássico Clóvis Beviláqua enuncia que a “pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações, e Personalidade é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica à alguém para exercer e contrair obrigações”⁸.

Entre os direitos da personalidade, temos o direito à utilização do nome, o qual se encontra consubstanciado no artigo 16 do nosso Código Civil: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”⁹. Nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira, “elemento designativo do indivíduo e fator de sua identificação na sociedade, o nome integra a personalidade, individualiza a pessoa e indica grosso modo a sua procedência familiar”¹⁰. E ainda, na lição de Sílvio de Salvo Venosa, “o nome designativo do indivíduo é seu fator de individualização na sociedade, integrando sua personalidade e indicando, de maneira geral, sua procedência familiar”¹¹.

⁷ GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**, 2012, p. 179.

⁸ BEVILÁQUA, C. **Teoria Geral do Direito Civil**, 1980, p. 70.

⁹ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2022.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 2017, p. 180.

¹¹ VENOSA, S. S. **Direito Civil**: Parte Geral, 2006, p. 186.

E, como direito da personalidade, o direito ao uso do nome encontra-se dotado de proteção jurídica, possuindo as características especiais que permeiam esse instituto, entre eles a intransmissibilidade, o absolutismo, a vitaliciedade e a não sujeição à desapropriação. Por seu caráter intransmissível, o exercício dos direitos da personalidade não pode ser transferido a terceiros, pois são personalíssimos e inerentes exclusivamente ao seu titular. O caráter absoluto dos direitos da personalidade enuncia que sua relevância é tanta que é dever da coletividade respeitá-los e se abster de interferir no seu exercício por parte de seu titular. Assim, o absolutismo dos direitos da personalidade possui efeitos *erga omnes*, aplicáveis à coletividade como um todo.

A não sujeição à desapropriação dos direitos da personalidade funda-se no artigo 11 do Código Civil, sendo que seu princípio parte da ideia de que não podem ser retirados da pessoa contra sua vontade nem podem sofrer limitação voluntária por parte de terceiros. Por fim, a vitaliciedade enuncia que os direitos da personalidade são adquiridos pelo indivíduo no momento de sua concepção e alguns deles o acompanham mesmo após a morte. Em corroboração a esse entendimento, Gonçalves ainda aponta que alguns dos direitos que acompanham a pessoa mesmo depois de morta seriam o “respeito ao morto, à sua honra ou memória e ao seu direito moral de autor”¹².

O caráter absoluto, intransmissível e da não sujeição à desapropriação do direito ao nome impõe à coletividade a obrigação de respeitar o uso do nome elegido para a pessoa, ao passo que a vitaliciedade garante esse direito ao indivíduo até mesmo depois de sua morte, como uma forma de resguardar sua imagem e sua honra. E é nesse sentido que é necessário apontar que o nome social também se encontra inserido no rol dos direitos da personalidade, gozando assim de todas as características e proteções normativas que o nome do registro civil possui.

Como foi pontuado anteriormente, o nome social diverge do nome consignado no registro civil, haja vista que busca se adequar à nova identidade de gênero do indivíduo transgênero. Venosa ainda aponta que, sendo “comprovada a alteração do sexo, impor a manutenção do nome

¹² GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**, 2012, p. 183.

do outro sexo à pessoa é cruel, sujeitando-a a uma degradação que não é consentânea com os princípios de justiça social”¹³.

Tais considerações são de suma importância para se discorrer adiante sobre o direito ao uso do nome social pelo indivíduo transgênero mesmo após a morte, uma vez que encontra respaldo e proteção pelo ordenamento jurídico e constitucional na condição de direito da personalidade.

3. DIREITO AO USO DO NOME SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito ao nome, inclusive o nome social, enquanto direito da personalidade, deve ser analisado aqui sob o viés constitucional das garantias fundamentais. Por mais que os direitos da personalidade não estejam expressamente consignados no texto constitucional, nossa Constituição Federal confere uma proteção a esses direitos análoga à dos direitos fundamentais, uma vez que os direitos da personalidade decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e do princípio da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (artigo 5º, inciso X).

Nesse sentido, entende o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal:

Os direitos da personalidade vêm expressamente disciplinados no novo Código Civil, dos arts. 11 a 21. Sobre a caracterização de tais direitos, (Gustavo Tepedino, Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, in Temas de direito civil, 1998, p. 24 e 33): “Compreendem-se, sob a denominação de direitos de personalidade, os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade. [...] ótica privatista, mas de base constitucional, tais direitos da personalidade, inerentes à dignidade humana, apresentam-se em dois grupos: (i) direitos à integridade física, que englobam o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica sob a qual se

¹³ VENOSA, S. S. **Direito Civil**: Parte Geral, 2006, p. 202.

abrigam, dentre outros, o direito à honra, à imagem, à privacidade e o direito moral do autor”¹⁴.

Logo, os direitos da personalidade gozam da mesma proteção conferida pela Carta Magna aos direitos fundamentais, e devem ser resguardados na mesma medida e proporção. Nessa linha, José Afonso da Silva deixa claro o caráter especial envolvendo a utilização do nome e da identidade pessoal enquanto garantias fundamentais, enunciando o seguinte:

O direito à preservação da honra e da imagem, como direito ao nome, não caracteriza propriamente um direito à privacidade, e menos à intimidade. Pode-se mesmo dizer que sequer integra o conceito de “direito à vida privada”. A Constituição, com razão, reputa-os valores humanos distintos. A honra, a imagem, o nome e a identidade pessoal constituem, pois, objeto de um direito, independente, da personalidade¹⁵.

Como vimos anteriormente, qualquer proteção constitucional e jurídica conferida ao nome deve ser também estendida ao nome social, uma vez que constitui direito da personalidade do indivíduo trans, consubstanciado no artigo 16 do CC (direito ao nome) e reconhecido como direito fundamental pela Constituição Federal.

Nessa esteira, a partir do momento em que o indivíduo transexual/transgênero elege para si um nome social, é por meio daquele nome que a sociedade e os entes estatais devem reconhecê-lo e identificá-lo. No âmbito da Administração Pública, foi editado o Decreto n.º 8.727, de 28 de abril de 2016, o qual prevê o direito do transexual/transgênero de utilizar e ter seu nome social reconhecido perante os órgãos e as repartições públicas. Nesse sentido, importante destacar o artigo 2º do referido ato normativo:

Art. 2º Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, em seus atos e procedimentos, **deverão adotar o nome social da pessoa travesti ou transexual**, de acordo com seu requerimento e com o disposto neste Decreto¹⁶.

¹⁴ BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2010, p. 290-291.

¹⁵ SILVA, J. A. da. **Comentário contextual à Constituição**, 2007, p. 102.

¹⁶ BRASIL. **Decreto n.º 8.727, de 28 de abril de 2016**.

Na mesma linha, como foi brevemente aduzido na introdução, houve diversos episódios protagonizados pelo Judiciário no sentido de reconhecer o direito à utilização do nome social. Em 2018, o público trans conquistou o direito de mudar seu nome e gênero no registro civil sem que houvesse realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, por uma decisão do Supremo Tribunal Federal no RE n.º 670422/RS, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Nessa decisão, o STF fixou a seguinte tese:

I - O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa;

II - Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero';

III - Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial;

IV - Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos¹⁷.

Assim, a Suprema Corte estabeleceu que basta a mera declaração de vontade por parte do indivíduo trans para que isso crie um direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil. Nesse mesmo sentido, no mesmo ano, inclusive, houve o julgamento da ADI n.º 4275, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no sentido de dar ao artigo 58 da Lei 6.015/1973 interpretação conforme a Constituição Federal para assegurar aos transgêneros o direito de alterar o prenome e sexo perante o registro civil, mediante autodeclaração pela via administrativa, conforme os seguintes fundamentos:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL.
PESSOA TRANSGÊNERO. [...]

¹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. RE 670422 RG. **Diário da Justiça Eletrônico**, 21 nov. 2014.

ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES.

1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.
2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la.
3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.
4. Ação direta julgada procedente¹⁸.

É necessário pontuar que, nos dois julgamentos, o STF adotou um entendimento que coaduna com a linha de raciocínio exposta no presente artigo, isto é, a chancela da proteção ao uso do nome social enquanto direito da personalidade e garantia fundamental constitucional. O voto do Ministro Relator Marco Aurélio no julgamento da ADI n.º 4.275 é bem claro nesse sentido:

Na realidade, o Estado não pode limitar, restringir, excluir, obstar ou embaraçar o exercício, por qualquer pessoa, de seus direitos à identidade de gênero, **pois esse direito fundamental** – decorrente do postulado constitucional consagrador da dignidade da pessoa humana – integra o complexo mínimo que se encerra no **âmbito dos direitos da personalidade**, a significar que o direito à autodeterminação sexual justifica e confere legitimidade à adequação da identidade da pessoa, segundo a percepção por ela própria revelada e

¹⁸ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4275. *Diário da Justiça Eletrônico*, 7 mar. 2019.

assumida, ao conteúdo dos assentamentos registrais, que poderão ser alterados para assegurar o nome social do transgênero, independentemente da prévia realização do procedimento cirúrgico de transgenitalização, mesmo porque não é a cirurgia que atribui à pessoa a condição de transgênero, nem é esse procedimento cirúrgico que constitui requisito para o livre exercício, pelo transgênero, desse expressivo **direito da personalidade**¹⁹.

Na mesma esteira desse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça adotou a tese firmada pelo STF, através do julgamento do REsp n.º 1860649/SP, o qual virou jurisprudência consolidada no âmbito do referido Tribunal Superior, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. ALTERAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO. LEI Nº 6.015/1973. PRENOME MASCULINO. ALTERAÇÃO. GÊNERO. TRANSEXUALIDADE. REDESIGNAÇÃO DE SEXO. CIRURGIA. NÃO REALIZAÇÃO. DESNECESSIDADE. DIREITOS DE PERSONALIDADE.

[...]

2. Cinge-se a controvérsia a discutir a possibilidade de transexual alterar o prenome e o designativo de sexo no registro civil independentemente da realização da cirurgia de alteração de sexo.

3. O nome de uma pessoa **faz parte da construção de sua própria identidade**. Além de denotar um interesse privado, de autorreconhecimento, visto que o nome é um **direito de personalidade** (art. 16 do Código Civil de 2002), também compreende um interesse público, pois é o modo pelo qual se dá a identificação do indivíduo perante a sociedade.

[...]

5. No caso de transexuais que buscam a alteração de prenome, essa possibilidade deve ser compreendida como uma **forma de garantir seu bem-estar** e uma vida digna, além de regularizar uma situação de fato.

6. O uso do nome social, embora não altere o registro civil, é uma das maneiras de **garantir o respeito às pessoas transexuais**, evitando constrangimentos públicos desnecessários, ao permitir a identificação da pessoa por nome adequado ao gênero com o qual ela se identifica.

¹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4275. **Diário da Justiça Eletrônico**, 7 mar. 2019 (grifo nosso).

Ele deve ser uma **escolha pessoal do indivíduo e aceito por ele como parte de sua identidade**.

7. O direito de escolher seu próprio nome, no caso de aquele que consta no assentamento público se revelar incompatível com a identidade sexual do seu portador, é uma decorrência da **autonomia da vontade e do direito de se autodeterminar**. Quando o indivíduo é obrigado a utilizar um nome que lhe foi imposto por terceiro, não há o respeito pleno à sua personalidade.

[...]

11. Condicionar a alteração do gênero no assentamento civil e, por consequência, a proteção da dignidade do transexual, à realização de uma intervenção cirúrgica é **limitar a autonomia da vontade e o direito de o transexual se autodeterminar**. Precedentes.

12. Recurso especial provido²⁰.

Não demorou muito para diversas Cortes Estaduais da Federação começarem a julgar as matérias que lhe eram submetidas nesse sentido, mediante a adoção do posicionamento firmado nos Tribunais Superiores, principalmente à luz do entendimento do STF. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, houve o julgamento da Apelação n.º 1019808-10.2019.8.26.0001, por meio da qual a Corte decidiu que o indivíduo transgênero possui direito a solicitar a adequação de seu registro civil ao gênero com o qual se identifica:

ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - Pretensão à **alteração do nome e do gênero no assento de nascimento** - Processo extinto sem resolução do mérito pelo douto magistrado a quo - Reforma necessária - Não impede a propositura de ação judicial o fato de ser possível a formulação do pedido diretamente no ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais - Ação procedente - **É direito da pessoa transgênero adequar seu registro civil ao gênero com o qual se identifica** - Apresentados, no presente caso, documentos suficientes para verificação da regularidade do pedido - Alterações autorizadas - RECURSO PROVIDO²¹.

²⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1860649/SP. **Diário da Justiça Eletrônico**, 18 mai. 2020 (grifo nosso).

²¹ TJSP. Apelação Cível 1019808-10.2019.8.26.0001. 1ª Vara da Família e Sucessões, julgado em 8 out. 2021. Data de registro: 8 out. 2021.

Nos Juizados Especiais do Estado do Rio Grande do Sul houve o julgamento do Recurso Inominado n.º 71007364433, por meio do qual uma universidade foi responsabilizada civilmente por se negar a reconhecer e tratar o indivíduo trans pelo nome social:

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. UTILIZAÇÃO DE NOME SOCIAL. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL. RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA DA UNIVERSIDADE DE ADOTAR O NOME ELEITO PELA PARTE DEMANDANTE. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM REDUZIDO.

1. Cuida-se de ação em que a parte autora defende a configuração dos pressupostos da responsabilidade civil, e consequentemente o dever de indenizar, no caso concreto, decorrente da **resistência injustificada da ré de adotar o nome de gênero eleito pela parte demandante.**

[...]

4. Direito da parte autora de ver exteriorizado o nome eleito, que justifica o dever de indenizar pelo constrangimento sofrido, decorrente da resistência injustificada da ré, de se referir à parte demandante pelo nome de gênero. **Comprovada, no caso concreto, situação excepcional, que caracteriza o dano extrapatrimonial pleiteado. Prova de efetiva lesão a direito de personalidade da parte autora, pois demonstrado o abalo moral sofrido.**

[...]

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA²²

No Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais houve o julgamento da Apelação n.º 1.0000.23.257093-7/001, a qual manteve uma sentença de Primeiro Grau que havia julgado procedente a ação de retificação de registro civil de um indivíduo trans para alterar seu nome, independentemente de cirurgia de transgenitalização:

APELAÇÃO - AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - ALTERAÇÃO DO NOME - TRANSEXUAL - COMPATIBILIZAÇÃO DO NOME COM A IMAGEM PESSOAL E SOCIAL - POSSIBILIDADE - REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO - DESNECESSIDADE

²² TJRS. Recurso Cível n.º 71007364433. Segunda Turma Recursal Cível, julgado em 24 out. 2018.

- SENTENÇA MANTIDA. [...] A adequação dos assentos registrais ao nome social e a imagem que a pessoa tem de si mesmo e perante a sociedade se revela como medida efetivadora dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da pluralidade, já que a utilização de nome incompatível com o gênero de identificação e apresentação social é capaz de submeter o indivíduo a constrangimentos e humilhações, afetando sua integridade moral. - Restando comprovado nos autos que a parte se identifica individualmente como pessoa do gênero oposto, se apresentando assim perante a sociedade, deve ser autorizada a retificação do registro civil para a alteração do nome, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, de modo a compatibilizar o assento de nascimento com a imagem pessoal e social do indivíduo, afastando a submissão do mesmo a atos discriminatórios e constrangimentos injustificáveis²³.

No Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, o qual abarca o estado de Pernambuco, houve o julgamento do Recurso Ordinário n.º 0000229-32.2022.5.06.0022, por meio do qual uma empresa foi condenada a indenizar um empregado trans por danos morais decorrentes da recusa em tratá-lo pelo nome social:

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA.
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.
IDENTIDADE DE GÊNERO. INOBSERVÂNCIA
DO NOME SOCIAL.

1. A efetivação do direito ao uso do nome social por pessoas transgênero encontra amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, concretizando os direitos fundamentais à identidade de gênero e à não discriminação.

2. Já o deferimento do pedido de indenização por dano tem como pressupostos a prova da ocorrência de lesão a bem jurídico moral ou patrimonial, a evidência do nexo causal entre a falta e o prejuízo, a legitimidade e a inexistência de causas excludentes da responsabilidade, elementos que se conjugaram na hipótese, mostrando-se

²³ TJMG. Apelação Cível 1.0000.18.021996-6/001. 3ª Câmara Cível, julgado em 7 jun. 2018. Publicação da súmula em 7 jun. 2018.

cabível a indenização pleiteada. Recurso da reclamada a que se nega provimento²⁴.

O entendimento do STF acerca da matéria relacionada ao reconhecimento do direito ao uso do nome social enquanto direito da personalidade passou a ser reproduzido em quase todas as Cortes Estaduais, fixando o posicionamento no sentido de conferir essa garantia aos indivíduos trans.

Todavia, em que pese o STF, na ocasião do julgamento do RE n.º 670422/RS e da ADI n.º 4275, não ter se pronunciado especificamente acerca do direito à utilização do nome social *post mortem*, há de se concluir que a chancela de um direito fundamental subjetivo à alteração do nome perante o registro civil unicamente através da declaração de vontade do indivíduo deve abarcar todas as situações que envolvem o registro desse nome, inclusive situações que venham a ocorrer depois do falecimento da pessoa, conforme será visto no tópico a seguir.

4. DIREITO DE UTILIZAÇÃO DO NOME SOCIAL *POST MORTEM*

O falecimento de uma pessoa querida, seja ela um amigo ou um familiar, por si só já se revela uma situação extremamente delicada e frágil pelo contexto em que se apresenta. No caso das pessoas transgênero, essa situação pode ir além, pois um dos conflitos que advêm é a utilização ou não do nome social para fins de registro em seu obituário e em sua lápide. De um lado, tem-se o falecido trans, que desejaria que seu nome social fosse reconhecido e respeitado em todas as situações, por tratar-se de direito da personalidade, como foi aduzido nos subtópicos anteriores. E, de outro lado, os familiares que irão promover o sepultamento desse falecido, sendo que nem sempre há concordância entre eles em relação à utilização do nome social para fins de registro de óbito, podendo optar pelo uso do nome que foi escolhido para o registro civil no nascimento da pessoa.

Guacira Lopes Louro enuncia como houve uma naturalização do modelo convencional de família heterossexual, passando uma ideia de anormalidade

²⁴ TRT-6. Processo: ROT - 0000229-32.2022.5.06.0022. Quarta Turma, julgado em 23 nov. 2023. Data da assinatura: 23 nov. 2023.

em relação a outros modelos de composição familiar e sexualidade, inclusive a transexualidade:

O modelo “normal” é a família nuclear constituída por um casal heterossexual e seus filhos. Essa forma de organização social é, na verdade, mais do que normal, ela é tomada como natural. Processa-se uma naturalização — tanto da família como da heterossexualidade — que significa, por sua vez, representar como não-natural, como anormal ou desviante todos os outros arranjos familiares e todas as outras formas de exercer a sexualidade²⁵.

Um dos casos que mais repercutiram nesse sentido foi o da trans Alana Azevedo, ocorrido em Aracaju/SE em 2021. Nesse caso, a trans foi enterrada pela família como homem, utilizando trajes masculinos, como terno e gravata, e ainda utilizando um cavanhaque falso. Esse caso chocou a comunidade LGBTQIA+, diante do flagrante desrespeito e desconsideração à identidade do indivíduo trans após sua morte. Nos ditames da pesquisadora da Associação Nacional de Travestis e Transexuais Bruna Benevides, “Esse ritual desumanizante de despedida, além de promover uma dupla morte, revoltou amigos e chegou ao movimento em defesa da comunidade transexual de Aracaju (SE)”²⁶.

De um outro ponto de vista, outro caso que também repercutiu nesse campo foi o da trans Victoria Jungnet, ocorrido em 2019, no Distrito Federal. Nesse caso, a jovem trans Victoria Jungnet havia nascido com o sexo masculino e iniciou tratamento hormonal para transição em dezembro/2018, mas veio a falecer em janeiro/2019. No caso de Victoria, ocorreu exatamente o contrário, pois aqui os próprios familiares da falecida é que tinham a intenção de enterrá-la como mulher trans e registrar seu nome social no obituário. Contudo, a Justiça do Distrito Federal negou aos pais da falecida o direito à utilização do nome social adotado pela filha em vida para fins póstumos. Nesse caso, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entendeu, por meio do julgamento da Apelação n.º 0700186-04.2019.8.07.0015, que os familiares não detinham legitimidade para solicitar a alteração do registro, já que a filha não havia feito isso em vida:

²⁵ LOURO, G. L. **Gênero, sexualidade e educação**. Uma perspectiva pós-estruturalista, 1997, p. 133-134.

²⁶ BENEVIDES, B.; SOARES, V. I.; DANDARA, V. Dignidade póstuma para pessoas trans. **Consultor Jurídico**, 28 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-28/opinioao-dignidade-postuma-pessoas-trans2/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DE NOME E GÊNERO. PESSOA TRANSGÊNERO. DIREITO PERSONALÍSSIMO. MORTE. PEDIDO PÓSTUMO. GENITORES. ILEGITIMIDADE RECONHECIDA. O Supremo Tribunal Federal pacificou a possibilidade de alteração de prenome e gênero de pessoas transgênero, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF. Por consistir um **direito personalíssimo**, eventual pedido de alteração **caberá exclusivamente ao próprio interessado**. O de cujus não exerceu tal prerrogativa em vida, **não sendo autorizado aos seus genitores, em momento póstumo, requerem em nome próprio a alteração de direito personalíssimo de outrem**²⁷.

É curioso notar que a linha de entendimento utilizada pelo TJDFT acompanhou a jurisprudência firmada no STF sobre a matéria, e ainda resguardou as características de intransmissibilidade da utilização do nome como direito personalíssimo para, todavia, restringir o direito de uso do nome social por parte dos familiares de Victoria Jungnet. Foi em decorrência desse caso que em 2021, no âmbito do Distrito Federal, foi sancionada a Lei Distrital n.º 6.804/2021, que levou o nome de “Lei Victoria Junget”, de autoria do Deputado Fábio Félix, a qual garante a utilização do nome social dos indivíduos trans nas lápides e nos atestados de óbito de travestis, mulheres transexuais, homens transexuais e demais pessoas trans.

A referida lei não apenas garantiu esse direito, como também estabeleceu efeitos retroativos para as famílias de indivíduos trans já falecidos em datas anteriores à vigência da lei:

Art. 4º Fica assegurado às famílias de travestis e pessoas trans já falecidas em datas anteriores à vigência desta Lei o direito à inclusão do nome social nas lápides de seus túmulos e jazigos, bem como na certidão de óbito e nos demais documentos relacionados ao fato²⁸.

Além disso, sob influência das negativas repercussões do caso Alana Azevedo, como foi exposto anteriormente, a referida lei ainda garantiu a manutenção

²⁷ TJDFT. Acórdão 1186763, 07001860420198070015. 2ª Turma Cível, 17 jul. 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, 24 jul. 2019.

²⁸ DISTRITO FEDERAL. Lei n.º 6.804, de 28 de janeiro de 2021.

da aparência pessoal e da vestimenta utilizada pelo trans falecido durante a cerimônia de velório e sepultamento:

Art. 3º Durante as cerimônias de velório e no sepultamento ou cremação, fica assegurado, além do respeito ao nome social, o respeito à aparência pessoal e às vestimentas utilizadas pela pessoa trans ou travesti ao final de sua vida²⁹.

Assim como a Lei Distrital n.º 6.804/2021, outras unidades da Federação já haviam criado seus dispositivos próprios nesse sentido, como é o caso do Decreto n.º 58.228, de 16 de maio de 2018, da Prefeitura de São Paulo/SP, e do Decreto n.º 1.726, de 11 de abril de 2019, de Palmas/TO. Contudo, além do fato de a matéria ainda não se encontrar regulamentada em nível nacional, ainda resta não solucionada a problemática relacionada ao possível conflito entre a vontade dos familiares e a vontade do indivíduo trans falecido no tratamento *post mortem*.

Diante de toda a linha de entendimento exposta neste artigo, principalmente no que tange ao posicionamento majoritário e consolidado da jurisprudência nacional, a utilização do nome é uma prerrogativa do próprio indivíduo transgênero, mesmo após sua morte, sendo que seu direito ao uso do nome é resguardado pela Constituição Federal, como direito fundamental, na condição de direito da personalidade intransmissível, absoluto, vitalício e não sujeito a desapropriação, não cabendo aos familiares a opção de desconsiderar seu nome social para fins de sepultamento e registro de obituário.

O posicionamento do STF, que representa o entendimento majoritário do Judiciário, é claro no sentido de dar prevalência à garantia de utilização do nome social ao indivíduo trans falecido sobre o direito dos familiares de promoverem o sepultamento nas condições que acharem melhor, pois a escolha do nome social deve ser respeitada em qualquer circunstância, haja vista que cabe unicamente ao detentor desse nome o direito e a escolha de utilizá-lo ou não, ainda que após a morte. A utilização do nome social *post*

²⁹ DISTRITO FEDERAL. Lei n.º 6.804, de 28 de janeiro de 2021.

mortem ainda se encontra intimamente ligada ao direito à memória, o qual, inclusive, transcende a pessoa falecida. Nesse sentido, opina Benevides³⁰:

[...] o direito à memória nunca se restringe à pessoa morta ou falecida, mas alcança a coletividade e o grupo ao qual essa pessoa pertencia e se integrava em vida. Por outro lado, a dignidade póstuma tem ligação intrínseca com a liberdade de ser e de se expressar exercida em vida, além de ser um desdobramento natural da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro, nos termos do artigo 1º inciso III da Constituição.

Em corroboração a esse entendimento, Heidy Cristina Boaventura Siqueira leciona sobre a violação da vontade do indivíduo trans de utilizar seu nome social para preservar sua memória póstuma:

Segundo Butler (2016 p. 39), “ninguém domina as pessoas mortas, mas os seus rastros podem ser apagados”. Contudo, rastros deixados em vida devem permanecer, ainda mais quando se tratar da vontade própria de ser o que for de vontade, e perpetuar essas características nas memórias dos vivos. O não reconhecimento do nome social cessa com esse direito. O não reconhecimento do nome social no registro de óbito das pessoas trans é outra violência das muitas praticadas, uma violação contra a dignidade de não ser reconhecida como havia desejado em vida³¹.

Reforçando o que foi visto anteriormente, o direito à utilização do nome social, como direito da personalidade do indivíduo trans, possui caráter de direito fundamental protegido pela Constituição Federal, e obstaculizar o uso do nome constitui uma violação dessa garantia constitucional. No presente caso, conferir aos familiares do indivíduo a prerrogativa de escolher não utilizar o nome social nos registros de óbito e na lápide do falecido trans acarreta grave ofensa ao seu direito fundamental de uso ao nome, violação essa que não pode ser permitida em um Estado Democrático de Direito que preza a integridade e proteção dos direitos da personalidade.

³⁰ BENEVIDES, B.; SOARES, V. I.; DANDARA, V. Dignidade póstuma para pessoas trans. **Consultor Jurídico**, 28 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-28/opinioao-dignidade-postuma-pessoas-trans2/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

³¹ PEREIRA *et al.* Visibilidade post mortem: análise do direito ao uso do nome social nos registros de óbito. **Revista Feminismos**, 2023.

Ademais, negar ao indivíduo trans falecido o direito de utilizar seu nome social para efeitos *post mortem* também implica violação do princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Nesse sentido, opina Marcelo Brito:

A não utilização do nome social com o qual a pessoa transexual se apresenta é uma grave violação à dignidade da pessoa humana, não só durante a vida, mas também após a morte, em razão de invisibilizar a sua trajetória e desrespeitar o direito de preservação a sua memória³².

É sempre necessário lembrar que a vitaliciedade do direito ao nome garante o direito ao seu uso pelo indivíduo mesmo após a morte, como uma forma de resguardar sua imagem e sua honra. E não é diferente no caso do indivíduo trans com a utilização de seu nome social, haja vista que o uso do nome é personalíssimo e intransmissível, não podendo a família do indivíduo dispor desse direito, que é prerrogativa exclusiva dele, da forma como bem entender, sob pena de violação gravíssima à garantia constitucional do direito ao nome enquanto direito fundamental.

Por fim, cabe destacar que uma ferramenta que pode ser utilizada para minimizar eventuais conflitos nesse sentido, entre o indivíduo trans e sua família, é a disposição de última vontade na forma de testamento, nos termos do artigo 1.857 e seguintes do Código Civil. Na prática, no momento de seu sepultamento, não será possível para o indivíduo trans se insurgir contra familiares que eventualmente desrespeitem sua vontade de utilizar seu nome social para registro póstumo, e muito menos buscar no Judiciário a tutela de sua garantia fundamental nesse sentido. Portanto, o testamento se mostraria um instrumento de extrema valia, haja vista que lá esse indivíduo pode deixar consignada e expressa sua vontade no sentido de utilizar o nome social para fins de registro obituário e de sepultamento.

Dessa forma, havendo um documento com essa disposição expressa dotado de valor jurídico e proteção legal, a garantia constitucional de utilização do nome social do indivíduo trans poderia ser preservada e protegida contra terceiros que tivessem intenções em sentido contrário.

³² PEREIRA *et al.* Visibilidade post mortem: análise do direito ao uso do nome social nos registros de óbito. **Revista Feminismos**, 2023.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Passando para a conclusão da presente discussão acadêmica, é possível afirmar que o direito ao uso do nome social por parte do indivíduo transgênero, mesmo após o seu falecimento, à luz da jurisprudência do STF e da doutrina majoritária, constitui prerrogativa exclusiva sua, possuindo assim as características especiais dos direitos da personalidade e protegido como direito fundamental pelo ordenamento constitucional, não sendo passível de intervenção por parte de terceiros, ainda que esses sejam familiares do indivíduo.

Não se pode admitir que o direito da família de enterrar seu ente querido ultrapasse os limites das garantias constitucionais da pessoa falecida no que tange ao seu direito ao uso do nome social, pois, se assim fosse, haveria uma flagrante violação da Constituição Federal no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais, bem como significaria uma desconsideração e um retrocesso a todo avanço decorrente da luta do movimento LGBTQIA+, especialmente das pessoas transgênero, em relação à busca da igualdade de direitos e de espaço no meio social. Um instrumento jurídico que seria de grande valia para se evitar ou minimizar esses conflitos seria a disposição de última vontade através de testamento escrito, nos termos do artigo 1.857 e seguintes do Código Civil, pois, dessa forma, a vontade do falecido nesse sentido restaria consignada e seu direito resguardado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENEVIDES, B.; SOARES, V. I.; DANDARA, V. Dignidade póstuma para pessoas trans. **Consultor Jurídico**, 28 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-28/opiniao-dignidade-postuma-pessoas-trans2/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BENTO, B. A. M. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BEVILÁQUA, C. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Transexualidade e travestilidade na saúde**. Brasília, 2015.

BRASIL. **Decreto n.º 8.727, de 28 de abril de 2016**. Brasília, 2016.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2022**. Código Civil Brasileiro. Brasília, 2022.

BUTLER, J. **Actos performativos e constituição de gênero**. Um ensaio sobre fenomenologia e teoria feminista. Minho: Universidade do Minho/Húmus, 2011.

COLLING, L. **Gênero e sexualidade na atualidade**. Salvador: UFBA – Instituto de Humanidades, Artes e Ciências; Superintendência de Educação à Distância, 2018.

DIREITONET. Dicionário Jurídico. **Nome social**. 5 jul. 2021. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/2271/Nome-social>. Acesso em: 18 jan. 2024.

DISTRITO FEDERAL. **Lei n.º 6.804, de 28 de janeiro de 2021**. Brasília, 2021.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1 – Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOURO, G. L. **Gênero, sexualidade e educação**. Uma perspectiva pós-estruturalista. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

PEREIRA, A. Letícia Silva; GUIMARÃES FILHO, J. Dias; BRITO, M.; SIQUEIRA, H. Cristina Boaventura. Visibilidade post mortem: análise do direito ao uso do nome social nos registros de óbito. **Revista Feminismos**, v. 11, n. 1, 2023. DOI: 10.9771/rf.v11i1.51223. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/51223>. Acesso em: 21 abr. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SILVA, J. A. da. **Comentário contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 102.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. RE 670422 RG. Relator(a): Dias Toffoli. Tribunal Pleno, julgado em 11 set. 2014. Diário da Justiça Eletrônico, n. 229, 21 nov. 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4275. Relator(a): Marco Aurélio. Relator(a) p/ Acórdão: Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 1º mar. 2018. Diário da Justiça Eletrônico, n. 045, 7 mar. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1860649/SP. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma, julgado em 12 mai. 2020. Diário da Justiça Eletrônico, 18 mai. 2020.

TJDFT. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão 1186763, 07001860420198070015. Relator: Carmelita Brasil. 2ª Turma Cível, 17 jul. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, 24 jul. 2019.

TJMG. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0000.18.021996-6/001. Relator(a): Des.(a) Adriano de Mesquita Carneiro. 3ª Câmara Cível, julgado em 7 jun. 2018. Publicação da súmula em 7 jun. 2018.

TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Cível n.º 71007364433. Relatora: Elaine Maria Canto da Fonseca. Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, julgado em 24 out. 2018.

TJSP. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1019808-10.2019.8.26.0001. Relator(a): Elcio Trujillo. Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado, Foro Regional I - Santana. 1ª Vara da Família e Sucessões, julgado em 8 out. 2021. Data de registro: 8 out. 2021.

TRT-6. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Processo: ROT - 0000229-32.2022.5.06.0022. Redatora: Ana Maria Soares Ribeiro de Barros. Quarta Turma, julgado em 23 nov. 2023. Data da assinatura: 23 nov. 2023.

VENOSA, S. S. **Direito Civil**: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OS DIREITOS HUMANOS DO PACIENTE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

THE PATIENT'S HUMAN RIGHTS IN THE CASE LAW OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Walber Rondon Ribeiro Filho

*(Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhangueira/ UNIDERP e em Direitos Humanos pela Faculdade de Ciências e Tecnologias de Campos Gerais/ FACICA. Mestrando em Bioética pela Universidade de Brasília/ UNB)
walber.filho@dpu.def.br*

Aline Albuquerque

*(Doutora em Ciências da Saúde - Universidade de Brasília/UNB)
alineoliveira@hotmail.com*

RESUMO

O artigo aborda a importância do referencial dos Direitos Humanos dos Pacientes (DHP) nos cuidados de saúde na América Latina, especialmente devido à influência histórica do autoritarismo na relação entre profissionais de saúde e pacientes. O objetivo é analisar como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) trata questões relacionadas aos DHP em suas decisões, contribuindo para sua consolidação e reforçando a dignidade e autonomia do paciente. A pesquisa envolve análise de sentenças e opiniões consultivas da Corte IDH entre os anos de 2006 e 2022, identificando 20 casos pertinentes aos DHP. Em considerações finais, ressalta-se a necessidade de um referencial específico de direitos humanos para orientar políticas públicas e práticas de saúde, especialmente na América Latina, e contribuir para a proteção e emancipação dos pacientes.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Paciente. Cuidados de saúde. Corte Interamericana.

ABSTRACT

The article addresses the importance of the Patient's Human Rights framework in healthcare in Latin America, especially due to the historical influence of authoritarianism in the relationship between healthcare professionals and patients. The objective is to analyze how the Inter-American Court of Human Rights treats issues related to Patient's Human Rights in its decisions, contributing to its consolidation and reinforcing the dignity and autonomy of the patient. The research involves analysis of judgments and advisory opinions from the Inter-American Court of Human Rights between 2006 and 2022, identifying 20 cases relevant to the Patient's Human Rights. In final considerations, we highlight the need for a specific human rights framework to guide public policies and health practices, especially in Latin America, and contribute to the protection and emancipation of patients.

Keywords: Human Rights. Patient. Healthcare. Inter-American Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. O REFERENCIAL TEÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS DO PACIENTE (DHP). 2. O PAPEL DA CORTE IDH NA CONSTRUÇÃO, CONSOLIDAÇÃO E PROTEÇÃO DOS DHP. 3. DA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH A PARTIR DO REFERENCIAL DOS DHP. 3.1 Direito à vida. 3.2 Direito a não ser submetido a tortura nem a tratamento cruel, desumano ou degradante. 3.3 Direito ao respeito à vida privada. 3.4 Direito à liberdade. 3.5 Direito à informação. 3.6 Direito de não ser discriminado. 3.7 Direito à saúde. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Data de submissão: 05/03/2024

Data de aceitação: 11/07/2024

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa se insere no contexto do incremento do reconhecimento da importância do referencial dos direitos humanos aplicáveis aos cuidados de saúde na América Latina. Com efeito, a influência histórica do autoritarismo

se manifesta na relação hierárquica entre profissionais de saúde e pacientes¹, o que resulta em uma ambiência de violação de direitos humanos na prática clínica, caracterizada pelo paternalismo e pela desigualdade de poder, como a falta de consentimento informado e a desconsideração da autonomia do paciente. Desse modo, constata-se a importância de se adotar o referencial dos Direitos Humanos dos Pacientes, doravante DHP, no âmbito dos cuidados de saúde, de modo a contribuir para a reconfiguração da relação entre profissional de saúde e paciente, reconhecendo o paciente como sujeito de direitos e agente central de seu próprio cuidado² e o caráter terapêutica da interação humana travada entre ambos.

Na América Latina, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) se destaca como um referencial jurídico-normativo valoroso, uma vez que tem sido fundamental na interpretação e no desenvolvimento dos direitos humanos na região³. Sendo assim, considerando a importância de se aprofundar os estudos sobre a aplicação dos direitos humanos no contexto dos cuidados de saúde, este artigo objetiva analisar como a Corte IDH tem tratado as questões relacionadas aos DHP em suas decisões, identificando padrões, tendências e desenvolvimentos que irão aportar conteúdo aos DHP e concorrer para a sua consolidação. Sendo assim, este artigo concorre para o aprofundamento teórico dos DHP e dos estudos que objetivam divulgar e examinar a jurisprudência da Corte IDH.

Frise-se que os DHP desempenham um papel inovador e emancipatório no campo bioético e dos direitos humanos, consistindo numa ferramenta para que a dignidade, a autonomia pessoal e a integridade do paciente sejam respeitadas. Trata-se de um referencial que visa balizar a tomada de decisões em saúde, promovendo o tratamento respeitoso e empático dos pacientes.

A metodologia desta pesquisa, de natureza documental e teórica, envolve a análise das sentenças de mérito e as opiniões consultivas proferidas pela Corte IDH, entre os anos 2006 e 2022, identificando as que abordam

¹ VILLA, E. A. *et al.* As relações de poder no trabalho da Estratégia Saúde da Família. **Saúde em Debate**, 2015 p. 1045.

² BISCIONI, D. N.; ROCHA DA CUNHA, T.; ALBUQUERQUE, A. Bioética y Derechos Humanos en una mirada latinoamericana. **Rev. Bioética y Derecho**, 2023, p. 237.

³ ROCHA, M. B. B. Caso Fazenda Brasil Verde vs Brasil: a prática de trabalho escravo contemporâneo e a importância das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos para tutelar e responsabilizar infrações cometidas pelos países signatários do Pacto de São José da Costa Rica. **Caderno Virtual**, 2021.

contexto fático direta ou indiretamente relacionado à violação de direitos humanos aplicados ao contexto dos cuidados de saúde, quais sejam: o direito à vida, à liberdade e segurança pessoal, à proteção contra tortura e tratamento desumano ou degradante, o direito ao respeito à vida privada, à informação, à não discriminação e o direito à saúde.

A partir da ferramenta de pesquisa disponibilizada no sítio da Corte IDH – <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/> –, no campo de casos contenciosos e opiniões consultivas, foram utilizados como filtros/indexadores cada um dos direitos humanos citados, sendo que os fatos relevantes de cada caso foram explorados de modo a se estabelecer uma correlação com o referencial teórico-normativo dos DHP.

Quanto à estrutura, inicia-se com a abordagem da fundamentação teórica do referencial dos DHP, delineando os seus conceitos-chave. Em seguida, explora-se o papel central desempenhado pela Corte IDH na construção, consolidação e proteção dos direitos humanos na região das Américas, enfatizando-se os padrões normativos e interpretativos estabelecidos. Por fim, realiza-se uma análise da jurisprudência da Corte IDH, utilizando o referencial dos DHP, com o objetivo de averiguar como as questões relacionadas ao cuidado de saúde têm sido abordadas na jurisprudência interamericana dos direitos humanos.

1. O REFERENCIAL TEÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS DO PACIENTE (DHP)

O cuidado de saúde abrange todas as pessoas, independentemente de qualquer fator pessoal, as quais, em algum momento das suas vidas, tornam-se pacientes. Registra-se que o cuidado de saúde não se limita apenas à provisão de serviços de saúde, mas envolve questões complexas de direitos humanos que desempenham um papel crucial nesse contexto⁴.

A Bioética latino-americana tem criticado a visão restritiva da bioética construída a partir da Teoria Principlista de Beauchamp e Childress, que se baseia nos princípios da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça,

⁴ LUCENA, M. de A.; ALBUQUERQUE, A. Qualidade de vida em pacientes sob cuidados paliativos no prisma dos Direitos Humanos dos Pacientes. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 2021, p. 166.

os quais são demasiadamente abstratos e não consideram adequadamente as variáveis sociais, culturais e econômicas que influenciam as decisões de saúde.

Este artigo utiliza o referencial dos Direitos Humanos dos Pacientes (DHP), que reconhece a centralidade do paciente no cuidado, para propor uma nova vertente bioética que substitua a Teoria Principlista, que é insuficiente para abordar a assimetria de poder e informação entre profissionais de saúde e pacientes, não valorizando sua voz e seu papel decisório⁵. Essa nova vertente enfoca o paciente e reconhece suas escolhas, contribuindo para a redução da assimetria de informação e poder nas relações de cuidado em saúde⁶.

Os pacientes são detentores de direitos humanos que devem ser respeitados em todas as fases dos cuidados de saúde. Isso inclui o direito à participação ativa nas decisões relacionadas à sua saúde, abrangendo elementos essenciais como o consentimento informado⁷ para a tomada de decisões e o direito de recusar tratamento de saúde, bem como ter assegurada a confidencialidade das suas informações pessoais de saúde⁸.

Conforme o referencial teórico dos DHP, os pacientes desfrutam de um amplo conjunto de direitos ao longo de sua jornada de cuidados de saúde⁹, tais como o direito à vida, à privacidade e à não submissão a tortura ou tratamento desumano, além do direito à informação, à saúde e à não discriminação. É fundamental ressaltar que esse referencial não apenas protege os direitos dos pacientes, mas também estabelece os direitos dos

⁵ ALBUQUERQUE, A. *et al.* Os direitos humanos dos pacientes como novo referencial da bioética clínica. **Revista Bioética**, 2018.

⁶ ALBUQUERQUE, A.; TANURE, C. Healthcare bioethics: a new proposal of ethics for clinical practice. **History and Philosophy of Medicine**, 2023, p. 10.

⁷ MOURA, R. J. de; ROMERO, G. A. S.; ALBUQUERQUE, A. Consentimento informado para a testagem do HIV em unidades de pronto-socorro e direitos humanos dos pacientes: à procura de equilíbrio. **Ciência & Saúde Coletiva**, 2022, p. 2680.

⁸ ALBUQUERQUE, A.; ELER, K. **Engajamento do paciente e de familiares na segurança do paciente**, 2023, p. 69.

⁹ LUCENA, M. de A.; ALBUQUERQUE, A. Qualidade de vida em pacientes sob cuidados paliativos no prisma dos Direitos Humanos dos Pacientes. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, 2021, p. 172.

profissionais de saúde, criando um equilíbrio essencial na relação de cuidado¹⁰.

Os DHP são ancorados em normas internacionais de direitos humanos, que são refletidas em tratados, declarações, princípios e na jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos construída pelos órgãos de monitoramento dos direitos humanos das Organizações das Nações Unidas (ONU), Organização dos Estados Americanos (OEA) e Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos¹¹. Tais normas têm um alcance mais amplo do que os direitos específicos dos pacientes e as normas internas dos países e se aplicam a todas as partes envolvidas na prestação de cuidados de saúde¹².

No mais, a lógica dos DHP difere significativamente da lógica dos direitos do usuário em saúde e dos direitos do consumidor em saúde. Enquanto os direitos do usuário em saúde e os do consumidor em saúde frequentemente se baseiam em uma perspectiva de acesso e consumo de serviços de saúde, os DHP são fundamentados na dignidade intrínseca e nos direitos inalienáveis de cada indivíduo. Os DHP, portanto, colocam o paciente no centro do cuidado de saúde, promovendo a igualdade de acesso, o respeito à autonomia e a qualidade dos serviços, independentemente de considerações financeiras ou comerciais¹³.

2. O PAPEL DA CORTE IDH NA CONSTRUÇÃO, CONSOLIDAÇÃO E PROTEÇÃO DOS DHP

A concepção atual do direito internacional dos direitos humanos é fruto do amadurecimento das sociedades contemporâneas, incentivadas pela urgência de superar horrores da Segunda Guerra Mundial, sendo uma ferramenta

¹⁰ VASCONCELLOS, I. Z.; ELER, K. C. G. A insuficiência do Direito do Consumidor para regulamentar a relação paciente e profissional de saúde: proposta de releitura sob a perspectiva dos direitos humanos dos pacientes. *Revista de Direito*, 2020, p. 19.

¹¹ ALBUQUERQUE, A. *Direitos Humanos do Paciente*, 2016, p. 60.

¹² PARANHOS, D. G. A. M.; ALBUQUERQUE, A. Direitos humanos dos pacientes como instrumentos bioéticos de proteção das pessoas idosas. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 8, n. 1, 2019, p. 55.

¹³ ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 40, 45.

para garantir a dignidade de todos os seres humanos, independentemente de suas diferenças, centrando-se unicamente na sua condição de pessoa¹⁴.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), resultado do desenvolvimento progressivo do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, divide-se em duas partes: uma substantiva e outra orgânica. Na primeira são definidos os direitos e as liberdades fundamentais, assim como normas sobre as obrigações dos Estados, interpretação da Convenção, restrições permitidas, suspensão de direitos, cláusulas sobre obrigações de Estados Federais e deveres dos titulares de direitos. A parte orgânica estabelece os órgãos responsáveis pela proteção e promoção desses direitos – a Comissão Interamericana de Direito Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) – junto com mecanismos de controle¹⁵.

A Corte IDH é uma instituição judicial autônoma cujo objetivo é aplicar e interpretar a CADH e estabelecer padrões regionais de interpretação e aplicação dos direitos humanos, sendo que suas decisões são vinculantes para os Estados-membros da OEA que aceitaram sua jurisdição. Suas competências incluem consultas e casos contenciosos.

As opiniões consultivas são limitadas pela natureza judicial da Corte, pelos sujeitos autorizados a consultar (Estados e órgãos da OEA) e pela função geral da Corte, que visa esclarecer os direitos humanos da CADH e outros tratados relacionados. A competência contenciosa da Corte IDH, por sua vez, envolve a possibilidade de responsabilizar internacionalmente o Estado pela violação de direitos humanos. O Estado, ao ratificar a CADH, possui a obrigação de garantir, prevenir, investigar, processar e punir pelos meios de que dispuser as violações à CADH¹⁶.

¹⁴ PIOVESAN, F.; FREITAS, D. C. de. O pacto de San José da Costa Rica e a jurisprudência interamericana em matéria de direito à saúde. **Revista do Direito**, 2018, p. 205.

¹⁵ QUIROGA, C. M.; ROJAS, C. N. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección**, 2007, p. 17.

¹⁶ LEGALE, S.; CAUSANILHAS, T. O caso Schmidt, a liberdade de expressão e a rivalidade entre a comissão e corte interamericana de direitos humanos nos anos 1980. **INTER - Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**, 2019.

A atuação da Corte IDH não substitui nem interfere na autoridade dos tribunais nacionais, nem deve ser vista como um meio para revisão ou anulação de suas decisões. No entanto, ao exercer sua jurisdição contenciosa, a Corte IDH avalia se os atos internos dos Estados, incluindo decisões judiciais, estão em conformidade ou não com as obrigações internacionais assumidas por eles em matéria de direitos humanos¹⁷.

A jurisprudência e os padrões normativos estabelecidos pela Corte IDH impactam diretamente o fortalecimento do referencial dos DHP, pois, ao criar precedentes vinculantes para os Estados-membros da OEA, fornecem uma base sólida e coerente para a interpretação e aplicação dos direitos humanos no contexto do atendimento e cuidado em saúde.

A partir da análise que se segue, observa-se que esses padrões ético-jurídicos ajudam a garantir que os Estados cumpram suas obrigações de respeitar e proteger os direitos humanos dos pacientes, estabelecendo parâmetros claros para questões jurídicas que decorrem da relação de cuidados de saúde.

3. DA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH A PARTIR DO REFERENCIAL DOS DHP

Passa-se a analisar a jurisprudência selecionada da Corte IDH sob a luz dos DHP, abrangendo o direito à vida, à liberdade e segurança pessoal, à proteção contra tortura e tratamento desumano ou degradante, o direito ao respeito à vida privada, à informação, à não discriminação e o direito à saúde. Conforme o quadro de referência exposto a seguir, foram catalogadas 20 (vinte) decisões que se revelaram pertinentes ao escopo do trabalho.¹⁸

¹⁷ MARINO, T. F.; CARVALHO, L. C. de; CONCI, L. G. A. A tutela do direito à saúde na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, 2022, p. 339.

¹⁸ O inteiro teor das decisões citadas está disponível no site da Corte IDH, no seguinte endereço: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt.

Resumo fático dos casos selecionados	
Caso	Contexto fático relacionado aos DHP
Caso Brítez Arce e outros vs. Argentina, sentença n. 474 de 2022	O caso envolve Cristina Brítez Arce, uma mulher paraguaia grávida de 40 semanas que não recebeu o devido cuidado médico como paciente de alto risco durante sua gestação. Depois de ser diagnosticada com a morte fetal em uma ecografia, foi internada para indução do parto, que durou várias horas, incluindo um período de espera em uma cadeira. Cristina faleceu de parada cardiorrespiratória não traumática após o parto.
Opinião Consultiva n. 29/2022. Enfoques diferenciados a determinados grupos privados de liberdade	Atenção adequada à saúde física e psicológica especializada na gravidez, parto e pós-parto no contexto da prisão. Direito à saúde de crianças que vivem na prisão. Direito à saúde a pessoas trans em privação de liberdade, com respeito ao processo de transexualização. Direito à saúde das pessoas idosas no contexto de privação de liberdade.
Caso Manuela e outros vs. El Salvador, sentença n. 441 de 2021	Manuela enfrentou uma emergência obstétrica durante o terceiro trimestre de sua terceira gravidez, resultando em uma hemorragia severa e desmaio. Ao buscar ajuda médica, foi tratada como se tivesse provocado um aborto, levando à sua condenação de 30 anos por homicídio. Na prisão, ela foi diagnosticada com câncer linfático em estágio avançado, que não havia sido detectado antes. Não recebeu os cuidados de saúde adequados e acabou falecendo na prisão.
Caso Vera Rojas e outros vs. Chile, sentença n. 439 de 2021	Os fatos relacionam-se com a situação da menina Martina Vera Rojas, portadora da Síndrome de Leigh, e o descumprimento do tratamento médico da empresa privada provedora do seguro que deveria cobrir essas despesas.
Caso Guachalá Chimbó e outros vs. Ecuador, sentença n. 423 de 2021	Os fatos referem-se aos tratamentos médicos recebidos pelo senhor Guachalá Chimbó, enquanto internado em um hospital psiquiátrico em Quito.
Caso Hernández vs. Argentina, sentença n. 395 de 2019	O senhor José Luiz Hernández, enquanto esteve privado de liberdade, adquiriu meningite aguda e não foi tratado em tempo hábil, nem em condições equivalentes às de uma pessoa não privada de liberdade. Teve consequências neurológicas como perda absoluta de visão de um olho, incapacidade parcial e permanente de um braço e perda de memória.

<p>Caso Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco vs. México, sentença n. 372 de 2018</p>	<p>O caso envolve a violência sofrida por 11 mulheres mexicanas que foram ilegalmente detidas durante uma operação policial. O atendimento de saúde prestado a elas no centro de detenção foi negligente, pois os médicos se recusaram a atendê-las adequadamente, realizar exames ginecológicos e registrar as violações sexuais relatadas.</p>
<p>Caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala, sentença n. 359 de 2018</p>	<p>O caso relaciona-se com a falta da devida atenção médica, entre a década de 1990 até 2006, a um grupo de pessoas diagnosticadas com HIV/aids.</p>
<p>Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua, sentença n. 350 de 2018</p>	<p>Os fatos do caso referem-se à violência sexual a que foi submetida a menina V.R.P. por seu pai e sua revitimização posterior no ambiente em que deveria ter cuidado de saúde.</p>
<p>Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile, sentença n. 349 de 2018</p>	<p>O caso diz respeito à morte do Sr. Vinicio Antonio Poblete Vilches, de 76 anos de idade, que estava internado e foi submetido a um tratamento médico em um hospital público no Chile.</p>
<p>Opinião Consultiva n. 24, de 2017 - Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo</p>	<p>Construção da identidade pelas pessoas trans independentemente de tratamentos médicos ou intervenções cirúrgicas.</p>
<p>Caso Chinchilla Sandoval e outros vs. Guatemala, sentença n. 312 de 2016</p>	<p>Os fatos do caso se referem à morte de María Inés Chinchilla, que se encontrava sob custódia do Estado e não contou com a atenção médica adequada para sua condição de saúde.</p>
<p>Caso I.V. vs. Bolívia, sentença n. 329 de 2016</p>	<p>I.V. foi vítima de esterilização forçada no Hospital da Mulher de La Paz. Após o parto, I.V. foi submetida à laqueadura tubária sem seu prévio consentimento.</p>
<p>Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador, sentença n. 298 de 2015</p>	<p>Aos 3 anos de idade, após uma hemorragia nasal decorrente de um problema de saúde, Tália Gabriela Gonzales Lluy foi submetida a uma transfusão de sangue em uma clínica privada de saúde, onde, por não terem sido observados os cuidados de saúde necessários, acabou sendo contaminada pelo vírus HIV**.</p>
<p>Caso Suárez Peralta vs. Equador, sentença n. 261 de 2013</p>	<p>Os fatos do caso dizem respeito ao diagnóstico médico e posterior cirurgia recebida por Melba Peralta Mendoza por apendicite crônica, que resultou em condições de saúde permanentes e graves.</p>

Caso Mendoza e outros vs. Argentina, sentença n. 260 de 2013	Cuidados de saúde adequados a pessoas menores em situação de privação de liberdade.
Caso Artavia Murillo e outros (Fecundação in Vitro) vs. Costa Rica, sentença n. 257 de 2012	Proibição de acesso e uso da técnica de fertilização <i>in vitro</i> às pessoas diagnosticadas com infertilidade na Costa Rica, bem como debate sobre o descarte de embriões humanos.
Caso Vera Vera e outra vs. Equador, sentença n. 226 de 2011	O caso se refere à atenção médica inadequada a Pedro Vera Vera, quando se encontrava sob a custódia do Estado, o que provocou a sua morte.
Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador, sentença n. 171 de 2007	O caso se refere à morte de Laura Susana Albán Cornejo, causada por tratamento médico inadequado recebido no Hospital Metropolitano para um diagnóstico de meningite bacteriana.
Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, sentença n. 149 de 2006	O caso se refere à morte e aos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes sofridos por Damião Ximenes Lopes, quando se encontrava internado em um centro de saúde privado que prestava serviços no âmbito do sistema público de saúde ²¹ .

*Thainá Mamede explica, a partir do caso Poblete Vilches vs. Chile, como a Corte IDH passou a reconhecer a justiciabilidade direta do direito à saúde. MAMEDE, T. Reconhecimento da justiciabilidade direta do direito à saúde pela Corte IDH – Caso Poblete Vilches vs. Chile. **Clinica IDH**, 2021.

** MERLL, I. M.; RIANELLI, L. L. Gonzales Lluy vs. Equador (2015): a equiparação da contaminação pelo HIV a contração de uma deficiência. **Casoteca do NIDH/UFRJ**, 2020.

Busca-se, a partir deste ponto, compreender como a Corte IDH tem abordado questões relacionadas à proteção e promoção dos DHP, bem como as implicações dessas decisões na relação do cuidado em saúde²⁰.

3.1 Direito à vida

Na relação do cuidado, o direito à vida se manifesta de maneira premente em dois aspectos cruciais: o direito ao cuidado emergencial eficaz, assegurando que nenhum paciente seja negligenciado em momentos críticos, e o direito à segurança do paciente, garantindo que os cuidados de saúde sejam prestados de forma a minimizar riscos e assegurar a proteção da vida em todas as etapas

¹⁹ O resumo está disponível em <https://summa.cejil.org/pt/entity/43tqnv49ebfbt9>.

²⁰ Em razão da limitação de escopo do presente trabalho, não foram explorados os votos individuais dos Juízes e Juízas da Corte IDH, os quais reconhecidamente também são rica fonte de informação para compreensão da dimensão jurídica dos DHP na perspectiva daquele Tribunal. Também não foram consideradas as sentenças interpretativas da Corte.

do cuidado de saúde²¹. O cuidado emergencial exige intervenção imediata para evitar riscos à vida do paciente, e sua ausência ou precariedade pode colocar em perigo a pessoa que precisa de cuidados, violando seu direito à vida e à segurança. Já o direito à segurança dos pacientes está relacionado à redução do risco de danos desnecessários durante o cuidado de saúde. Isso implica garantir que não sejam expostos a riscos injustificáveis que possam comprometer sua saúde e vitalidade²².

No caso *Brítez Arce e outros vs. Argentina*²³, a paciente apresentava diversos fatores de risco para sua saúde durante a gravidez, incluindo idade avançada, aumento significativo de peso e histórico de pressão arterial elevada. Essas condições exigiam cuidados de saúde especiais, dada a possibilidade de complicações como pré-eclâmpsia e mortalidade materna. No entanto, ela não recebeu o tratamento adequado nem foi informada sobre os riscos específicos de sua condição, como a pré-eclâmpsia, e a importância do controle da pressão arterial. Isso representou uma negligência por parte do sistema de saúde em fornecer os cuidados necessários para proteger sua vida durante a gravidez. A Corte IDH considerou, assim, que a paciente foi submetida a um trabalho de parto induzido de um feto morto sem receber informações adequadas. O comportamento da equipe de saúde expôs a paciente a riscos que resultaram em sua morte, configurando uma violação dos direitos humanos à vida e à integridade da paciente.

Em *Manuela e outros vs. El Salvador*²⁴, o cuidado prestado não foi aceitável e de qualidade, com demora injustificada na remoção da placenta e no tratamento da pré-eclâmpsia grave. O médico priorizou a apresentação de uma denúncia criminal em razão de suspeitar que a paciente cometera um autoaborto no lugar de prestar cuidados de saúde adequados e urgentes. Essas falhas resultaram em uma violação do direito à vida e à integridade da paciente.

Na decisão de *Poblete Vilches e outros vs. Chile*²⁵, considerou-se que houve falha no tratamento de emergência ao paciente, apesar de a equipe de

²¹ ALBUQUERQUE, A. **Direitos Humanos do Paciente**, 2016, p. 97.

²² ALBUQUERQUE, A.; OLIVEIRA, L. G. S. M. de. Violência obstétrica e direitos humanos dos pacientes. **Revista CEJ**, 2018, p. 42.

²³ CORTE IDH. Caso *Brítez Arce e outros vs. Argentina*. §§ 82 a 86. 16 nov. 2022.

²⁴ CORTE IDH. Caso *Manuela e outros vs. El Salvador*. §§ 236 a 242. 2 nov. 2021.

²⁵ CORTE IDH. Caso *Poblete Vilches e outros vs. Chile*. §§ 121, 122 e 149. 8 mar. 2018.

saúde ter conhecimento de que sua vida estava em perigo. Isso representou uma violação do direito à vida do paciente, especialmente considerando sua condição de pessoa idosa. As omissões resultaram em uma violação do direito à vida do paciente.

Em síntese, a partir dos casos citados, observa-se a intersecção entre o risco para a saúde dos pacientes e a falha nos cuidados de saúde, evidenciando uma violação dos direitos humanos à vida. Em cada situação, os pacientes enfrentaram condições de saúde graves, que exigiam cuidados específicos e diligentes por parte dos profissionais de saúde. No entanto, no lugar de receberem o tratamento adequado, sofreram demoras injustificadas no atendimento e não foram informados sobre os riscos associados à sua condição. Essas negligências resultaram em consequências fatais, expondo os pacientes a riscos evitáveis, privando-os de sua dignidade e de um cuidado adequado, o que demonstra uma clara violação dos direitos humanos fundamentais, como o direito à vida

Há outros casos relevantes, a partir dos quais a Corte IDH trata diretamente do direito à vida no contexto de DHP, que poderiam enriquecer o debate. São eles: Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala²⁶, Chinchilla Sandoval e outros vs. Guatemala²⁷ e Ximenes Lopes vs. Brasil²⁸. Cada caso tem sua própria importância e complexidade. Ocorre que o espaço limitado do presente trabalho e a necessidade de focar em determinados exemplos para uma análise mais aprofundada impõem a escolha sobre quais casos abordar.

3.2 Direito a não ser submetido a tortura nem a tratamento cruel, desumano ou degradante

A proibição da tortura e de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes estende-se a todos os aspectos do cuidado em saúde, abrangendo desde a prevenção até o tratamento. Isso implica afirmar que a coerção, o abuso físico ou psicológico, a negligência ou qualquer forma de tratamento que cause sofrimento desnecessário aos pacientes são inaceitáveis e violam gravemente seus direitos humanos. Por isso, os profissionais de saúde devem

²⁶ CORTE IDH. Caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala. 23 ago. 2018.

²⁷ CORTE IDH. Caso Chinchilla Sandoval e outros vs. Guatemala. 29 fev. 2016.

²⁸ CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. 4 jul. 2006.

estar atentos à vulnerabilidade dos pacientes e às possíveis disparidades de poder na relação médico-paciente, garantindo que o tratamento seja sempre guiado pela ética, pela empatia e pelo respeito aos direitos humanos.

No caso *Brítez Arce e outros vs. Argentina*²⁹, concluiu-se que a falta de informações completas sobre alternativas de tratamento, a espera de duas horas em uma cadeira durante o procedimento e a decisão de submeter a paciente ao trabalho de parto em uma situação de especial vulnerabilidade causaram a ela um tratamento desumanizado. É que, durante ou imediatamente após o parto ou a cesariana, as mulheres se encontram em situação de especial vulnerabilidade. Nessa medida, o estado de ansiedade, angústia e estresse a que a paciente foi submetida, somado à vulnerabilidade em que se encontrava, levou-a a ser vítima de um tratamento desumanizado. Sobre o assunto, a Corte tem se pronunciado especificamente sobre a violência durante a gravidez, o parto e o pós-parto no acesso aos serviços de saúde, e tem entendido que constitui uma violação dos direitos humanos e uma forma de violência de gênero denominada violência obstétrica, que “abrange todas as situações de tratamento desrespeitoso, abusivo, negligente ou recusa de tratamento, durante a gestação e o pré-natal, o parto ou puerpério, em centros de saúde públicos ou privados”.

Em *Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco vs. México*³⁰, a Corte IDH enfatizou o papel importante do profissional de saúde na prevenção da tortura e dos maus-tratos e destacou que os médicos que atenderam as mulheres vítimas nesse caso praticaram tratamentos degradantes e estereotipados, o que foi grave devido à sua posição de poder, violando seu dever de cuidado e comprometendo as investigações ao recusar-se a registrar as lesões. Uma das pacientes teve negado o direito de fazer um exame ginecológico por falta de ginecologista, bem como o direito de denunciar ou registrar o estupro, além de ouvir ironicamente “Se você quiser, eu vou te verificar, mas eu não sou ginecologista”. Outra relatou enfrentar violência devastadora por parte dos médicos, uma vez que indicou que precisava de cuidado de saúde como resultado das agressões sexuais, e os médicos se recusaram a atendê-la ou avaliá-la. Uma terceira narrou que foi levada de madrugada para a enfermaria, onde recebeu provocações e insultos de

²⁹ CORTE IDH. Caso *Brítez Arce e outros vs. Argentina*. §§ 74, 75 e 84. 16 nov. 2022.

³⁰ CORTE IDH. Caso de *Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco vs. México*. §§ 206 e 207. 28 nov. 2018.

um dos médicos, que não a examinou clinicamente e se recusou a lhe dar atendimento ginecológico. Em seguida, foi levada a um médico legista, que também não lhe deu nenhum tipo de atendimento, apesar de suas queixas.

Na análise de V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua³¹, entendeu-se que houve crueldade no tratamento da paciente uma vez que foram realizados múltiplos exames médicos, incluindo um ginecológico, mesmo após a conclusão de violação com base em resultados anteriores. Isso expôs a paciente a condições vexatórias e traumáticas, não se consideraram os laudos médicos existentes e não se respeitou o direito dela de ser ouvida sobre a realização desses exames, levando a uma repetição traumática e injustificada dos procedimentos.

Constata-se, assim, que os padrões de violação do direito a não ser submetido a tortura ou tratamento cruel no cuidado de saúde incluem a falta de informações completas e espera prolongada durante procedimentos; profissionais de saúde praticando tratamentos degradantes e estereotipados, prejudicando vítimas de estupro e investigações legais; repetição injustificada de exames de saúde, mesmo após conclusões anteriores de violação, expondo pacientes a condições vexatórias e traumáticas. Essas ocorrências, conforme se extrai das decisões da Corte IDH, evidenciam violações sistemáticas do direito à integridade física e psicológica dos indivíduos, enfatizando a importância das discussões promovidas a partir da óptica dos DHP em contextos de cuidado em saúde.

As decisões proferidas nos casos Manuela e outros vs. El Salvador³², Vera Vera e outra vs. Equador³³ e Ximenes Lopes vs. Brasil³⁴ também apresentam aportes relevantes sobre o direito de não ser submetido a tortura nem a tratamento cruel, desumano ou degradante no contexto de cuidado em saúde. Tais casos, contudo, serão abordados a partir da perspectiva de outros DHP neste trabalho, o que não impede que sejam novamente explorados, em artigo futuro, para uma análise mais detalhada e complementar aos debates ora iniciados.

³¹ CORTE IDH. Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua. § 173. 8 mar. 2018.

³² CORTE IDH. Caso Manuela e outros vs. El Salvador. 2 nov. 2021.

³³ CORTE IDH. Caso Vera Vera e outro vs. Equador. 19 mai. 2011.

³⁴ CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. 4 jul. 2006.

3.3 Direito ao respeito à vida privada

Os pacientes possuem o direito de manter sua privacidade e de não ter informações sensíveis reveladas a terceiros sem seu consentimento informado e expresso. Isso é essencial para criar um ambiente de confiança na relação médico-paciente, de modo que os pacientes se sintam à vontade para compartilhar informações cruciais sobre sua saúde sem medo de discriminação, estigmatização ou violação de sua intimidade³⁵.

Em *Manuela e outros vs. El Salvador*³⁶, a Corte IDH enfatizou o direito ao respeito à vida privada como um direito humano do paciente, que inclui a confidencialidade dos cuidados de saúde e a proteção dos dados de saúde. No caso em questão, as informações pessoais de Manuela foram divulgadas sem sua autorização, em violação ao seu direito à vida privada. A decisão pondera que, no contexto fático apreciado, a divulgação de informações pode restringir o acesso a cuidados de saúde adequados para as mulheres que deles necessitam, ao evitarem ir a um hospital por medo de serem criminalizadas.

No caso *I.V. vs. Bolívia*³⁷, a Corte IDH afirmou que a decisão sobre a cirurgia de laqueadura pertence exclusivamente à paciente, não ao médico ou ao marido. O consentimento verbal obtido da paciente foi considerado contrário aos critérios convencionais, pois teve de tomar uma decisão importante em situação de fragilidade de saúde, e a esterilização não consensual violou seus direitos à integridade pessoal, dignidade, vida privada e acesso à informação. O Estado violou diversos direitos da Sra. I.V., incluindo sua capacidade de decidir sobre seu corpo, sua reprodução e sua formação familiar. Ao afirmar que a decisão sobre a cirurgia de laqueadura pertence exclusivamente à paciente, a Corte destacou que o consentimento verbal obtido em uma situação de fragilidade de saúde não atende aos critérios convencionais de consentimento informado.

Submeter um paciente a qualquer tipo de procedimento invasivo contra a sua vontade e suas preferências consiste em um desrespeito ao direito ao consentimento informado, derivado do direito à privacidade. Os casos

³⁵ LIMA, L. *et al.* Violação dos direitos humanos dos pacientes com tentativa de suicídio no Brasil. **Saúde e Sociedade**, 2022, p. 7.

³⁶ CORTE IDH. Caso *Manuela e outros vs. El Salvador*. §§ 202 a 208. 2 nov. 2021.

³⁷ CORTE IDH. Caso *I.V. x Bolívia*. §§ 225 e 235. 30 nov. 2016.

citados revelam, assim, desdobramentos do direito à privacidade no campo da saúde.

Em *Manuela e outros vs. El Salvador* é possível afirmar que houve violação da privacidade informativa na relação médico-paciente, a qual busca garantir a confidencialidade das informações pessoais, essenciais para um tratamento eficaz. Sua violação pode gerar receio nos pacientes de compartilhar informações importantes e expô-los a riscos, causando danos psicológicos. Dados sensíveis devem ser tratados com confidencialidade, limitando o acesso apenas aos profissionais de saúde envolvidos. Medidas como anonimização, consentimento explícito e transparência na divulgação são essenciais para preservar a privacidade informativa do paciente³⁸.

Já em *I.V. vs. Bolívia*, restou evidenciado que a privacidade decisória da paciente não foi respeitada, já que não lhe foi propiciado um ambiente sem interferências externas arbitrárias e indevidas para tomar sua decisão sobre a cirurgia de laqueadura, sendo o consentimento verbal obtido em uma situação de fragilidade de saúde em desacordo com os critérios convencionais relacionados ao direito à privacidade.

A privacidade decisória, nessa perspectiva, contempla a autonomia pessoal e a autodeterminação do paciente, sendo a primeira relacionada à independência e à autenticidade dos próprios valores, desejos e emoções que impelem à atuação do indivíduo, e a segunda a habilidade para agir como agente causal da própria vida, controlando as próprias decisões e atuando para concretizar seus objetivos³⁹.

Embora não explorados no presente trabalho devido ao limitado espaço de discussão, há ricos elementos sobre os DHP de respeito à vida privada debatidos pela Corte IDH em *Artavia Murillo e outros (Fecundação in Vitro) vs. Costa Rica*⁴⁰ e em *V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua*⁴¹, os quais poderão guiar pesquisa futura para novos aprofundamentos sobre o tema.

³⁸ ALBUQUERQUE, A. Direito à privacidade do paciente. *In*: MELGAÇO, N.; ALBUQUERQUE, A. (org.). **Direito do paciente**: formação e atualização, 2023, p. 6.

³⁹ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁰ CORTE IDH. Caso *Artavia Murillo e outros (Fertilização in Vitro) vs. Costa Rica*. 28 nov. 2012.

⁴¹ CORTE IDH. Caso *V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua*. 8 mar. 2018.

3.4 Direito à liberdade

Na perspectiva dos DHP, o direito à liberdade implica proibição de restrições de ordem física de mobilidade dentro de determinado espaço. Embora possa ser restringido em casos de risco de propagação de doenças infecciosas, problemas de saúde mental, alcoolismo ou uso de drogas, sua limitação deve ocorrer apenas quando estritamente necessário para proteger o paciente ou terceiros de danos graves. É por isso que o Estado tem a obrigação de garantir que a restrição da liberdade seja feita de acordo com as normas de direitos humanos, evitando abusos e interferências arbitrárias. A retenção involuntária só é justificada quando não há outro meio menos restritivo de proteger a saúde do paciente, sendo necessário que seja proporcional e ocorra apenas em situações de risco iminente de deterioração da saúde⁴².

No caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*⁴³, os fatos analisados apontam que o paciente foi imobilizado com as mãos atrás das costas entre uma noite de domingo e uma manhã de segunda-feira sem uma reavaliação da necessidade de continuar o confinamento, sendo que esse modelo de contenção acarreta um alto risco de causar lesões ou morte ao paciente, já que quedas são comuns durante esse procedimento. Para a Corte IDH, essa forma de contenção física não condiz com a necessidade de proporcionar ao paciente tratamento digno, nem a proteção de sua integridade mental, física ou moral. Enfatiza-se que a contenção deve ser utilizada como último recurso em tratamento psiquiátrico, somente para proteger o paciente, equipe médica e terceiros quando há risco à segurança, e deve ser realizada por pessoal qualificado e com base no melhor interesse do paciente, respeitando sua autonomia.

O direito à liberdade do paciente abrange diversas dimensões além da restrição física. A violação desse direito pode manifestar-se em diferentes graus, desde formas extremas como a tortura até outros modos de humilhação ou tratamento cruel, desumano ou degradante. As consequências físicas e mentais dessas violações variam em intensidade, influenciadas por fatores endógenos e exógenos que precisam ser cuidadosamente avaliados em cada situação específica. Assim, garantir a integridade física e mental das pessoas

⁴² ALBUQUERQUE, A.; PARANHOS, D. G. A. M. Direitos humanos dos pacientes e vulnerabilidade: o paciente idoso à luz da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. *Quaestio Juris*, 2017, p. 2856.

⁴³ CORTE IDH. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. §§ 133 a 136. 4 jul. 2006.

requer não apenas a ausência de restrições físicas arbitrárias, mas também a proteção contra qualquer forma de tratamento que possa causar danos psicológicos ou físicos.

3.5 Direito à informação

O direito à informação assegura que os pacientes tenham acesso a informações claras, precisas e compreensíveis sobre sua condição de saúde, seu diagnóstico, suas opções de tratamento, os riscos e benefícios associados a essas opções, bem como qualquer outra informação relevante para tomar decisões informadas sobre sua saúde. É importante que os profissionais de saúde forneçam informações completas e compreensíveis aos pacientes, garantindo que eles entendam plenamente sua situação e as escolhas disponíveis. Além disso, os pacientes têm o direito de consentir ou recusar tratamentos com base nessa informação, respeitando-se sua autonomia e capacidade de tomar decisões sobre sua própria saúde⁴⁴.

No caso *Brítez Arce e outros vs. Argentina*⁴⁵, a Corte IDH enfatizou que a falta de acesso a informações precisas e oportunas sobre o estado de saúde durante a gravidez teve consequências graves para a paciente. Apesar de apresentar vários fatores de risco, como idade avançada e histórico de pressão arterial elevada, a paciente não recebeu o tratamento especializado necessário para uma gestação de alto risco. A falta de informações sobre o risco de pré-eclâmpsia e a ausência de recomendações de cuidados adequados contribuíram para a tragédia. Quando foi internada na maternidade com suspeita de feto morto, não recebeu orientações suficientes sobre o procedimento a ser seguido. A paciente ficou em trabalho de parto de feto morto por mais de três horas, parte desse tempo sentada em uma cadeira, sem que sua condição fosse devidamente avaliada. O comportamento da equipe médica a expôs a um alto nível de estresse, ansiedade e angústia, contribuindo para seu estado de vulnerabilidade e, conseqüentemente, resultando em sua morte.

⁴⁴ CORTE IDH. Caso *Poblete Vilches e outros vs. Chile*. §§ 158, 161, 162 e 166. 8 mar. 2018.

⁴⁵ CORTE IDH. Caso *Brítez Arce e outros vs. Argentina*. §§ 82 a 86. 16 nov. 2022.

Na análise dos fatos do caso I.V. vs. Bolívia⁴⁶, a Corte IDH apontou que as informações prestadas ocorreram em momento impróprio e de forma inoportuna, quando a paciente estava na mesa de cirurgia depois de ser submetida a uma cesariana. Embora a equipe médica tenha fornecido informações básicas sobre o procedimento de laqueadura, a paciente não teve a oportunidade de refletir e compreender plenamente as consequências da sua decisão no contexto da situação em que se encontrava, não sendo razoável imaginar que pudesse ter avaliado e tomado uma decisão em apenas dez minutos. A paciente não tinha condições mínimas de manifestar livremente sua vontade, tornando impossível a obtenção de um consentimento válido, pois estava em uma sala de cirurgia com o abdômen aberto devido à cesariana, enfrentando uma situação de pressão, estresse e vulnerabilidade típica de um procedimento cirúrgico. Além disso, estava exausta devido à duração prolongada da cirurgia, complicada por aderências e pela espera de várias horas desde sua admissão no hospital até o início da cirurgia.

Constata-se assim que, mesmo que se reconheça que o consentimento foi dado pela paciente prévia e verbalmente no centro cirúrgico, há de se averiguar se foi emitido de forma livre, plena e informada, uma vez que a mera aceitação de um procedimento não equivale a afirmar que o consentimento contempla dimensão completa do direito à informação na perspectiva dos DHP.

3.6 Direito de não ser discriminado

O direito de não ser discriminado garante que todos os pacientes sejam tratados com igualdade, dignidade e respeito, independentemente de origem étnica, gênero, orientação sexual, idade⁴⁷, status socioeconômico, condição de saúde ou qualquer outra característica pessoal⁴⁸. Como a discriminação pode ser um obstáculo significativo ao acesso a serviços de saúde, ao diagnóstico adequado e ao tratamento eficaz, os profissionais de saúde têm a responsabilidade ética e legal de prestar cuidados sem discriminação⁴⁹.

⁴⁶ CORTE IDH. Caso I.V. vs. Bolívia. §§ 232, 233 e 235. 30 nov. 2016.

⁴⁷ CORTE IDH. Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile. §139. 8 mar. 2018.

⁴⁸ CORTE IDH. Caso Guachalá Chimbo e outros vs. Equador. §§ 172 e 173. 26 mar. 2021.

⁴⁹ CORTE IDH. Caso Manuela e outros vs. El Salvador. §§ 231, 235 e 248. 2 nov. 2021.

Em *I.V. v. Bolívia*⁵⁰, a Corte IDH considerou que a esterilização não consensual da paciente representou uma violação grave de seus direitos como mulher. O profissional de saúde baseou sua decisão em estereótipos de gênero prejudiciais, assumindo que a paciente não tomaria decisões confiáveis sobre contracepção no futuro. Essa atitude refletiu uma lógica paternalista injustificada e discriminatória, negando à paciente o direito de tomar decisões autônomas sobre seu corpo e sua saúde reprodutiva. A Corte IDH concluiu que a esterilização foi uma interferência abusiva em sua vida privada e familiar, com sérias consequências para sua integridade pessoal, e destacou a importância de eliminar práticas que perpetuam estereótipos de gênero prejudiciais nos serviços de saúde.

Em *Ximenes Lopes vs. Brasil*⁵¹, em abordagem indireta, a Corte IDH enfatiza que, devido à vulnerabilidade das pessoas que necessitam de cuidados em saúde mental, especialmente quando estão em instituições psiquiátricas, o tratamento deve priorizar o bem-estar do paciente e o respeito à sua dignidade, com princípios orientadores que incluem o respeito à privacidade e autonomia. A deficiência mental não deve ser automaticamente considerada como uma incapacidade de tomar decisões, e a presunção de capacidade deve ser aplicada, respeitando a vontade das pessoas. Discriminação com base na deficiência mental deve ser evitada em todas as circunstâncias.

3.7 Direito à saúde

O direito à saúde garante que todos tenham acesso a cuidados de saúde adequados, de qualidade e oportunos, sem discriminação.

Em *Brítez Arce e outros vs. Argentina*⁵², a Corte IDH considerou que a paciente apresentava fatores de risco durante sua gravidez que exigiam cuidados em saúde diligentes e reforçados, dada a possibilidade de complicações graves. No entanto, o sistema de saúde não forneceu o tratamento de saúde especializado necessário nem informações específicas sobre seu estado de saúde e seus riscos, incluindo o risco de pré-eclâmpsia, o

⁵⁰ CORTE IDH. Caso *I.V. vs. Bolívia*. §§ 236 e 246. 30 nov. 2016.

⁵¹ CORTE IDH. Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. §128. 4 jul. 2006.

⁵² CORTE IDH. Caso *Brítez Arce e outros Vs. Argentina*. §§ 82 a 86. 16 nov. 2022.

que violou o direito à saúde e o dever dos profissionais de saúde de fornecer cuidados adequados em uma situação de alto risco, resultando em uma grave negligência no cuidado da paciente.

Ressalta-se, assim, a importância de reconhecer e mitigar os riscos associados à saúde dos pacientes, garantindo que recebam tratamento de qualidade e as informações necessárias para proteger sua saúde e seu bem-estar. Embora não tenha sido objeto de exame mais aprofundado pela Corte IDH, a qualidade em saúde, sob a perspectiva do paciente, implica resultados mais efetivos na melhoria da sua condição de saúde com base em suas necessidades, por meio do uso eficiente dos recursos humanos e materiais⁵³.

A qualidade nos cuidados de saúde desempenha um papel fundamental na prevenção de situações como a descrita no caso mencionado. Quando os pacientes recebem cuidados de saúde de alta qualidade, baseados em suas necessidades individuais e fornecidos por profissionais competentes, há uma redução significativa na busca de tratamentos desnecessários e uma melhoria geral na condição de saúde da população. A utilização eficiente dos recursos humanos e materiais disponíveis não só beneficia os pacientes, garantindo resultados mais efetivos e satisfatórios, mas também alivia o ônus sobre os sistemas de saúde e os recursos financeiros, permitindo um uso mais prudente dos fundos públicos e contribuindo para a estabilidade econômica das famílias. Assim, a qualidade nos cuidados de saúde não é apenas uma questão de direito individual, mas também uma necessidade imperativa para o bem-estar coletivo e o desenvolvimento sustentável da sociedade⁵⁴.

No caso *Manuela e outros vs. El Salvador*⁵⁵, a Corte IDH considerou que o direito à saúde da paciente foi negligenciado, uma vez que apresentava nódulos visíveis no pescoço desde 2007, mas os profissionais de saúde não registraram nem examinaram esses nódulos durante sua internação de sete dias. A negligência na realização de um exame físico completo resultou na falta de diagnóstico de um tumor no pescoço. Destacou-se a importância de cuidados em saúde adequados e exames abrangentes para garantir o direito à saúde do paciente e evitar falhas graves no tratamento.

⁵³ ALBUQUERQUE, A. **Direitos Humanos do Paciente**, 2016, p. 176.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 174.

⁵⁵ CORTE IDH. Caso *Manuela e outros vs.* §§ 236 a 242. 2 nov. 2021.

No caso *Poblete Vilches e outros vs. Chile*⁵⁶, concluiu-se que a decisão de alta médica precoce do paciente foi irresponsável, uma vez que ele foi admitido em condições críticas, com febre e secreção purulenta nas feridas, e os familiares não receberam orientações adequadas para cuidar do paciente em casa, resultando em negligência médica. A Corte IDH entendeu também que houve falhas graves no atendimento ao paciente, incluindo a inadequação do esquema antibiótico e a falta de encaminhamento para um centro com capacidade operacional adequada, o que levou à sua morte sem receber o tratamento necessário para preservar sua saúde.

As violações evidenciadas revelam uma série de falhas sistêmicas que minaram diretamente o direito à vida do paciente. A decisão precipitada de dar alta médica, sem considerar a gravidade de sua condição de saúde inicial, resultou em consequências trágicas. A ausência de orientações para os familiares sobre os cuidados necessários em casa exacerbou ainda mais a negligência médica, evidenciando uma desconexão crítica entre os profissionais de saúde e os pacientes. Além disso, a má administração do tratamento, incluindo a escolha inadequada de antibióticos e o não encaminhamento do paciente para um centro com capacidade operacional adequada, demonstra uma falha grave no sistema de saúde em garantir que os pacientes recebam os cuidados necessários para preservar sua vida.

Essas violações não apenas apontam para falhas individuais, mas também revelam uma lacuna fundamental no cumprimento do direito à vida como garantido por convenções internacionais e leis nacionais. O direito à vida não se limita à ausência de morte física, mas também inclui o direito a condições adequadas de saúde e tratamento médico adequado. Ao negligenciar o cuidado e o tratamento apropriados, as autoridades médicas violaram diretamente esse direito fundamental. A decisão da Corte IDH, portanto, destaca a necessidade premente de sistemas de saúde mais responsáveis e transparentes, que coloquem o bem-estar do paciente no centro de suas práticas, garantindo assim o pleno exercício do direito à vida para todos os indivíduos.

Pesquisas futuras, com escopo mais direcionado ou abrangente em relação ao direito à saúde no contexto dos DHP, poderão explorar os ricos debates

⁵⁶ CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile*. §§ 176 e 177. 8 mar. 2018.

da Corte IDH ao julgar os casos Guachalá Chimbo e outros vs. Ecuador⁵⁷, Hernández vs. Argentina⁵⁸ e Gonzales Lluy e outros vs. Equador⁵⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo objetivou analisar casos julgados pela Corte IDH e as suas opiniões consultivas acerca de situações nas quais os pacientes foram submetidos a condições violadoras de seus direitos enquanto tal. Reconhece-se que a Corte IDH não emprega em suas decisões a expressão “direitos humanos dos pacientes” e não construiu, ao longo do tempo, um arcabouço específico para lidar com tais direitos, incorporando em sua jurisprudência as especificidades da relação entre profissional de saúde e paciente, tais como a vulnerabilidade do paciente e a assimetria de poder e de informação que a caracteriza.

A despeito da Corte IDH não ter se apropriado dos direitos humanos nos cuidados de saúde enquanto um campo singular, suas decisões são relevantes para a elaboração de aportes teóricos relacionados aos DHP, de modo a aprofundar a reflexão sobre as práticas violadoras dos direitos humanos dos pacientes, o papel dos profissionais e dos serviços de saúde no enfrentamento de tais práticas e a obrigação estatal de adotar medidas legislativas e políticas públicas endereçadas à inserção dos direitos humanos nos cuidados de saúde.

Os casos analisados destacam a importância do direito à vida no cuidado à saúde, exigindo um atendimento emergencial eficaz e segurança do paciente para evitar graves violações de direitos humanos. Além disso, a proibição da tortura e de tratamentos desumanos no cuidado em saúde ressalta a necessidade de proteger a dignidade dos pacientes. O direito à vida privada inclui a confidencialidade das informações de saúde e o consentimento informado, enquanto o direito à liberdade dos pacientes requer a minimização de restrições físicas arbitrárias. O direito à informação busca garantir que os pacientes recebam informações claras e completas, respeitando-se sua autonomia, enquanto o direito de não ser discriminado exige tratamento

⁵⁷ CORTE IDH. Caso Guachalá Chimbo e outros vs. Equador. 26 mar. 2021.

⁵⁸ CORTE IDH. Caso Hernández vs. Argentina. 22 nov. 2019.

⁵⁹ CORTE IDH. Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador. 1º set. 2015.

igualitário e respeitoso para todos. Por fim, o direito à saúde visa garantir acesso a cuidados adequados e de qualidade, enfatizando a importância de sistemas de saúde responsáveis e transparentes para assegurar o pleno exercício desse direito fundamental.

Este estudo, portanto, oferece uma contribuição ao apontar o referencial dos DHP como uma ferramenta ético-jurídica que pode orientar políticas públicas e práticas diárias nos serviços de saúde, em especial na América Latina, no sentido de tornar tais direitos efetivos. Espera-se que uma das condições humanas mais vulneráveis, a de paciente, seja considerada em sua particularidade e protegida pelos direitos humanos, referencial historicamente consolidado para mitigar a opressão dos mais vulneráveis e conferir-lhes uma ferramenta de emancipação.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos do Paciente**. Curitiba: Juruá, 2016.

ALBUQUERQUE, Aline; PARANHOS, Denise G. A. M. Direitos humanos dos pacientes e vulnerabilidade: o paciente idoso à luz da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. **Quaestio Iuris**, v. 10, n. 4, p. 2844-2862, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/27401>. Acesso: 3 nov. 2023.

ALBUQUERQUE, Aline *et al.* Os direitos humanos dos pacientes como novo referencial da bioética clínica. **Revista Bioética**, set. 2018. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Montevideo/pdf/RevistaBi.etica16.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2023.

ALBUQUERQUE A.; OLIVEIRA, L. G. S. M. de. Violência obstétrica e direitos humanos dos pacientes. **Revista CEJ**, v. 22, n. 75, mai./ago. 2018. Disponível em: revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2393. Acesso em: 4 nov. 2023.

ALBUQUERQUE, Aline. Direito à privacidade do paciente. *In*: MELGAÇO, Nelma; ALBUQUERQUE, Aline (org.). **Direito do paciente: formação e atualização**. Ponta Grossa - PR: Atena, 2023. Disponível em: <https://atenaeditora.com.br/catalogo/ebook/direito-do-paciente-formacao-e-atualizacao>. Acesso em: 5 nov. 2023.

ALBUQUERQUE, Aline; ELER, Kalline. **Engajamento do paciente e de familiares na segurança do paciente**. 1. ed. Ponta Grossa - PR: Atena, 2023.

ALBUQUERQUE, Aline; TANURE, Cintia. Healthcare bioethics: a new proposal of ethics for clinical practice. **History and Philosophy of Medicine**, v. 5, n. 2, 2023. Disponível em: <https://www.tmrjournals.com/public/articlePDF/20230419/91b6d8b343fe6ac4b7bc36f87c8d4b41.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2023.

BISCIONI, Diego Nicolas; ROCHA DA CUNHA, Thiago; ALBUQUERQUE, Aline. Bioética y Derechos Humanos en una mirada latinoamericana. **Rev. Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 57, p. 227-241, 2023. Disponível em: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872023000100015. Acesso em: 3 nov. 2023.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Albán Cornejo e outros vs. Ecuador. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C n.º 171.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo e outros (Fertilização in Vitro) vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C n.º 257.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Brítez Arce e outros vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2022. Série C n.º 474.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chinchilla Sandoval e outros vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 29 de fevereiro de 2016. Série C n.º 312.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 23 de agosto de 2018. Série C n.º 359.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Guachalá Chimbo e outros vs. Ecuador. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 26 de março de 2021. Série C n.º 423.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales Llu y e outros vs. Ecuador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 1º de setembro de 2015. Série C n.º 298.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hernández vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C n.º 395.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso I.V. x Bolívia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 30 de novembro de 2016. Série C n.º 329.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Manuela e outros vs. El Salvador. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 2 de novembro de 2021. Série C n.º 441.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mendoza e outros vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito e Reparaciones. Sentença de 14 de maio de 2013. Série C n.º 260.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2018. Série C n.º 371.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 8 de março de 2018. Série C n.º 349.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de maio de 2013. Série C n.º 261.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vera Rojas e outros vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1º de outubro de 2021. Série C n.º 439.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vera Vera e outro vs. Ecuador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de maio de 2011. Série C n.º 226.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de março de 2018. Série C n.º 350.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C n.º 149.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Abordagens diferenciadas em relação a determinados grupos de pessoas privadas de liberdade (Interpretação e alcance dos artigos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 e 26 da Convenção Americana sobre Derechos Humanos e outros instrumentos que dizem respeito à proteção dos direitos humanos). Opinião Consultiva OC-29/22, de 30 de maio de 2022. Série A n.º 29.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Identidade de gênero e igualdade e não discriminação contra casais do mesmo sexo. Obrigações do Estado em relação à mudança de nome, identidade de gênero e direitos derivados do vínculo entre casais do mesmo sexo (interpretação e alcance dos artigos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 e 24, em relação ao artigo 1.º do Convenção Americana sobre Derechos Humanos). Opinião Consultiva OC-24/17, de 24 de novembro de 2017. Série A n.º 24.

LEGALE, Siddharta; CAUSANILHAS, Tayara. O caso Schmidt, a liberdade de expressão e a rivalidade entre a Comissão e Corte Interamericana de Derechos Humanos nos anos 1980. **INTER** - Revista de Direito Internacional e Derechos Humanos da UFRJ, n. 1, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/inter/article/view/24628/13666>. Acesso em: 28 mai. 2024.

LIMA, Luana *et al.* Violação dos direitos humanos dos pacientes com tentativa de suicídio no Brasil. **Saúde e Sociedade**, v. 31, n. 3, 2022.

LUCENA, Monique de Alencar; ALBUQUERQUE, Aline. Qualidade de vida em pacientes sob cuidados paliativos no prisma dos Derechos Humanos dos Pacientes. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 10, n. 1, p. 165-185, 2021. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/620>. Acesso em: 4 nov. 2023.

MAMEDE. Thainá. Reconhecimento da Justiciabilidade Direta do Direito à Saúde pela Corte IDH – Caso Poblete Vilches vs. Chile. **Clínica IDH**, 11 abr. 2021. Disponível em: <https://nidh.com.br/reconhecimento-da-justiciabilidade-direta-do-direito-a-saude-pela-corte-idh-caso-poblete-vilches-vs-chile/>. Acesso em: 7 nov. 2023.

MARINO, Tiago Fuchs; CARVALHO, Luciani Coimbra de; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. A tutela do direito à saúde na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 16, n. 46, p. 335-361, 2022.

MERLI, Isadora Marques; RIANELLI, Luiza Lima. Gonzales Lluy vs. Equador (2015): a equiparação da contaminação pelo HIV a contração de uma deficiência. **Casoteca do NIDH/UFRJ**, 16 set. 2020. Disponível em: <https://nidh.com.br/gonzaleslluy>. Acesso em: 5 nov. 2023.

MOURA, Rafael Jardim de; ROMERO, Gustavo Adolfo Sierra; ALBUQUERQUE, Aline. Consentimento informado para a testagem do HIV em unidades de pronto-socorro e direitos humanos dos pacientes: à procura de equilíbrio. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 27, n. 7, p. 2679-2688, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/RV6TBFfH3WjcRXnP3kzFzBwg/#>. Acesso em: 5 nov. 2023.

PARANHOS, Denise G. A. M.; ALBUQUERQUE, Aline. Direitos humanos dos pacientes como instrumentos bioéticos de proteção das pessoas idosas. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 8, n. 1, p. 53-64, 2019. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/507>. Acesso em: 3 nov. 2023.

PIOVESAN, Flávia; FREITAS, Daniel C. de. O pacto de San José da Costa Rica e a jurisprudência interamericana em matéria de direito à saúde. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 54, p. 205-225, 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11843>. Acesso em: 27 mai. 2024.

QUIROGA, Cecilia Mediana; ROJAS, Cláudio Nash. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos**: Introducción a sus Mecanismos de Protección. Santiago - Chile: Universidade do Chile, Faculdade de Direito, Centro de Direitos Humanos, 2007. Disponível em: https://libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/390/submission/proof/files/assets/common/downloads_f9f12250/CDH_025.pdf. Acesso em: 27 mai. 2024.

ROCHA, Mayara Bueno Barretti. Caso Fazenda Brasil Verde Vs Brasil: a prática de trabalho escravo contemporâneo e a importância das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos para tutelar e responsabilizar infrações cometidas pelos países signatários do pacto de São José da Costa Rica. **Caderno Virtual**, v. 3, n. 52, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/6136>. Acesso em: 5 nov. 2023.

VASCONCELLOS, Isabela Zagne; ELER, Kalline Carvalho Gonçalves. A insuficiência do Direito do Consumidor para regulamentar a relação paciente e profissional de saúde: proposta de releitura sob a perspectiva dos direitos humanos dos pacientes. **Revista de Direito**, v. 12, n. 1, p. 1-27, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/9928>. Acesso em: 3 nov. 2023.

VILLA, Eliana Aparecida *et al.* As relações de poder no trabalho da Estratégia Saúde da Família. **Saúde em Debate**, v. 39, p. 1044-1052, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/vgrbvJsBZVZSzznkgqXtTZg/>. Acesso em: 28 mai. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA

PUBLIC DEFENDER'S OFFICE

**PROTECTION OF SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS
BY FEDERAL PUBLIC DEFENDER'S OFFICE:
REDUCING INEQUALITIES IN ACCESS TO JUSTICE
TO VULNERABLE GROUPS IN BRAZILIAN REGIONS?**

*PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS
PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO: REDUZINDO
DESIGUALDADES NO ACESSO À JUSTIÇA
PARA GRUPOS VULNERÁVEIS NAS REGIÕES BRASILEIRAS?*

Lígia Mori Madeira

*(Doctor in Sociology. Associate Professor of the Dept. of Political Science of
Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Coordinator
of NEDIPP/UFRGS - Center of Studies in Rights,
Judicial Institutions and Public Policies)*

Leonardo Geliski

*(Master in Public Policies. Doctorate Student in Public Policies at
Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Researcher member
of NEDIPP/UFRGS - Center of Studies in Rights,
Judicial Institutions and Public Policies)*

Ana Paula Boessio

*(Master in Public Policies. Coordinator of the Technical Advisory
in Management and Innovation of the State Department of Innovation,
Science and Technology. Researcher member of NEDIPP/UFRGS -
Center of Studies in Rights, Judicial Institutions and Public Policies)*

ABSTRACT

The purpose of the paper is the judicialization of economic and social rights (SER) in the Federal Regional Courts (TRFs), seeking to investigate to what extent the institutionalization and dissemination of the DPU promoted changes in the profile of those who have access to these rights through the Judiciary. The study used a mixed methods approach to identify trends in lawsuits, identifying the role of institutions in the federal justice system, highlighting the DPU. The text discusses the role of courts and the justice system in guaranteeing rights and public policies, especially in Latin

America; the role of access to justice institutions in protecting human rights and vulnerable groups; and analyzes the protection of social and economic rights in the Federal Court, focusing on the Federal Public Defender's Office, concluding with the fundamental role played by the institution in accessing rights by vulnerable groups in Brazil.

Keywords: Access to Justice. Social and Economic Rights. DPU. Federal Justice.

RESUMO

O objeto do artigo é a judicialização dos direitos econômicos e sociais (SER) nos Tribunais Regionais Federais (TRFs), buscando investigar em que medida a institucionalização e a disseminação da DPU promoveu mudanças no perfil daqueles que têm acesso a esses direitos através do Judiciário. O estudo utiliza uma abordagem de métodos mistos para identificar tendências em ações judiciais, identificando o papel das instituições do sistema de justiça federal, destacando-se a DPU. O texto discute o papel dos tribunais e do sistema de justiça na garantia de direitos e políticas públicas, especialmente na América Latina; o papel das instituições de acesso à justiça na proteção dos direitos humanos e dos grupos vulneráveis; e analisa a proteção dos direitos sociais e econômicos na Justiça Federal, com foco na Defensoria Pública da União, concluindo pelo papel fundamental desempenhado pela instituição no acesso a direitos por grupos vulneráveis no Brasil.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Direitos Econômicos e Sociais. DPU. Justiça Federal.

SUMMARY

INTRODUCTION. 1. THEORETICAL REFERENCES. 2. THE PROTECTION OF SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS BY THE FEDERAL PUBLIC DEFENDER'S OFFICE. 3. DPU'S ROLE IN THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND VULNERABLE GROUPS. FINAL CONSIDERATIONS.

Data de submissão: 27/03/2024

Data de aceitação: 23/09/2024

INTRODUCTION

The theme of this chapter is the protection of social and economic rights by the Federal Public Defender's Office (DPU), seeking to understand to what extent its institutionalization and dissemination promote changes in the protection of vulnerable groups. We are interested in presenting a national study, which will allow a regionalized comparative glance, breaking the cycle of works that advocate a Brazilian model of judicialization but whose focus is concentrated on few contexts, despite its high number of decisions.

This work analyzes the role of the institutions of the federal justice system in the realization of economic and social rights (SER) focusing on the Public Defender's Office and its judicial and extrajudicial action in the country. The reason for this research lies in looking at an understudied institution inside the federal justice system that deals with the high complexity health care, besides investigating other sectors of social policies that begin their litigations through federal justice: social assistance and housing, as well as vulnerable groups.

This research integrates the field of comparative judicial studies, in a sub-area aimed at investigating the role of the Judiciary, especially the lower courts, concerning access¹ and compliance² with public policies³.

¹ GARRO, A. M. Acesso à Justiça para pobres na América Latina. In: MÉNDEZ, J.; O'DONNELL, G.; PINHEIRO, P. S. (ed.). **Democracia, violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina**, 1999, p. 307-335. SMULOVITZ, C. Legal inequality and federalism: Domestic violence laws in the Argentine Provinces. **Latin American Politics and Society**, 2015.

² KAPISZEWSKI, D.; TAYLOR, M. M. Compliance: conceptualizing, measuring, and explaining adherence to judicial rulings. **Law & Social Inquiry**, 2013.

³ TAYLOR, M. M. The judiciary and public policies in Brazil. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, 2007, p. 229.

Discussions about the judicial protection of SER⁴ have been concerned with the possible gains from litigation⁵. While some authors point to the preservation of the social inequalities, which persist in the judicial system with their selective access to justice⁶; others point to symbolic effects and structural changes, which can benefit the general population, beyond the individuals duly represented in the courts⁷.

⁴ BRINKS, D. M.; GAURI, V. **Courting social justice**: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World, 2008. BRINKS, D. M.; GAURI, V. The Law's Majestic Equality? The Distributive Impact of Litigating Social and Economic Rights. **Policy Research Working Paper**, 2012. BRINKS, D. M.; FORBATH, W. Commentary: Social and Economic Rights in Latin America - Constitutional Courts and the Prospects for Pro-poor Interventions. **Texas Law Review**, 2011. BRINKS, D. M.; FORBATH, W. The Role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America. *In*: PEERENBOOM, R.; GINSBURG, Tom (ed.). **Law and Development of Middle-Income Countries**, 2013. GLOPPEN, S.; SIEDER, R. Courts and the marginalized: Comparative perspectives. **International Journal of Constitutional Law**, 2007. GLOPPEN, S.; GARGARELLA, R.; SKAAR, E. **Democratization and the Judiciary**: The Accountability Function of Courts in New Democracies, 2004.

⁵ BIEHL, J. *et al.* Between the court and the clinic: lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. **Health and Human Rights Journal**, 2012, p. 36.

⁶ FERRAZ, O. L. M. Brazil: Health Inequalities, Rights and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health. *In*: YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. **Litigating health rights**: can courts bring more justice to health, 2011. FERRAZ, O. L. M. Between Usurpation and Abdication? The Right to Health in the Courts of Brazil and South Africa. **SSRN**, 21 ago. 2009. FERRAZ, O. L. M. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. **Texas Law Review**, 2010. FERRAZ, O. L. M. Brazil: Are Collective Suits Harder to Enforce? *In*: LANGFORD, M.; RODRIGUEZ-GARAVITO, C.; ROSSI, J. (ed.). **Social Rights Judgments and the Politics of Compliance**, 2017, p. 177. FERRAZ, O. L. M. Moving the debate forward in right to health litigation. **Health and human rights**, 2016, p. 265. FERRAZ, O. L. M.; VIEIRA, F. S. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Dados**, 2009.

⁷ BRINKS, D. M.; FORBATH, W. Commentary: Social and Economic Rights in Latin America - Constitutional Courts and the Prospects for Pro-poor Interventions. **Texas Law Review**, 2011.

In Brazil, studies on the judicial protection of social policies are well-recognized: health⁸, education⁹ and social assistance¹⁰. Under the federal system, these relationships between individuals and institutions are less known.

The study used a mixed methods approach to identify trends in lawsuits and the role of the federal judicial system institutions like the DPU as methodology. The chapter presents the following sections: after this introduction, the theoretical framework discusses the role of courts and

⁸ FERRAZ, O. L. M. Brazil: Health Inequalities, Rights and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health. *In*: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri. **Litigating health rights**: can courts bring more justice to health, 2011, p. 76-102. WANG, D.; FERRAZ, O. L. M. Reaching Out of the Needy? Access to Justice and Public Attorneys' Role in Right to Health Litigation in the City of São Paulo. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, 2013, p. 159-179. WANG, D. *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública**, 2014, p. 1191-1206. DINIZ, D.; MACHADO, T. R. de C.; PENALVA, J. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, 2014, p. 591-598. TRAVASSOS, D. V. *et al.* Judicialização da Saúde: um estudo de caso de três tribunais brasileiros. **Ciência & Saúde Coletiva**, 2013, p. 3419-3429. ANDRADE, E. I. G. *et al.* A judicialização da saúde e a política nacional de assistência farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça. **Revista Médica de Minas Gerais**, 2008, p. S46-S50. BARCELLOS, A. Sanitation rights, public law litigation, and inequality: A case study from Brazil. **Health and Human Rights Journal**, 2014. HOFFMANN, F.; BENTES, F. Accountability for Social and Economic Rights in Brazil. *In*: BRINKS, D. M.; GAURI, V. (ed.). **Courting social justice**: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World, 2008, p. 100-145. OLIVEIRA, V. E.; NORONHA, L. Judiciary-Executive relations in policy making: the case of drug distribution in the State of São Paulo. **Brazilian Political Science Review**, 2011, p. 10-38. PEPE, V. L. E. *et al.* A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva**, 2010, p. 2405-2414. WANG, D. *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública**, 2014, p. 1191-1206.

⁹ SILVEIRA, A. A. D. A exigibilidade do direito à educação básica pelo Sistema de Justiça: uma análise da produção brasileira do conhecimento. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, 2008, p. 537-555. *Idem.* Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica. **Jornal de Políticas Educacionais**, 2011, p. 30-40. CORRÊA, L. A. **Judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo**, 2014. RODRIGUES, R. V.; OLIVEIRA, V. E. de. Judicialização da política de educação: interações Judiciário-Executivo em São Bernardo do Campo (SP). **Revista Brasileira de Iniciação Científica**, 2017. BOESSIO, A. P. **Padrões de variação e determinantes da judicialização da educação infantil nos municípios do estado do Rio Grande do Sul (2011-2016)**, 2021. BRANDÃO, T. **Direito à Educação Infantil de 0-3 anos de idade: a judicialização na perspectiva do gestor da escola**, 2015. CURY, C. R. J.; AMARAL, C. T. O direito à educação básica: análise inicial dos julgamentos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *In*: CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE POLÍTICA E ADMINISTRAÇÃO DE EDUCAÇÃO, IV. **Anais [...]**, 2014. OLIVEIRA, V. E.; SILVA, M. P.; MARCHETTI, V. Judiciário e Políticas Públicas: a judicialização da educação infantil em São Paulo. **Educação & Sociedade**, 2018. OLIVEIRA, V. E.; MARCHETTI, V. Judiciário e o controle sobre as Políticas Públicas: a judicialização da educação no município de São Paulo. **Encontro Nacional da Anpocs**, 2013. FREITAS, L. B. As decisões judiciais e as políticas públicas sobre a educação no Estado de São Paulo. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, 2016, p. 145-166. IVO, A. B. L.; SILVA, A. B. de A. O hiato do direito dentro do direito: os excluídos do BPC. **Revista Katálysis**, 2011, p. 32-40.

¹⁰ BICCA, C. S. O ativismo judicial no controle das políticas públicas: o caso da assistência social no Brasil. **Publicações da Escola Superior da AGU**, 2012. SANTOS, W. R. dos. Deficiência e democracia: a interpretação do Poder Judiciário sobre o Benefício de Prestação Continuada, 2009.

the justice system in guaranteeing rights and public policies, especially in Latin America; second, the DPU's role in the protection of human rights and vulnerable groups; third, the analysis of the protection of social and economic rights in the federal courts, focusing on the Federal Public Defender's Office; lastly conclusions.

1. THEORETICAL REFERENCES

Discussions on the role of the courts and the justice system in guaranteeing rights, and consequently their involvement in social policies is a broad research agenda, the result of extensive debates on the Rule of law, constitutionalism and democracy, and access to justice in Latin America.

Despite a lack of prioritization, it increasingly encompasses themes and researchers, dividing opinions on the role that judiciaries should play in enforcing economic and social rights. The orthodox view of the positive orientation of these rights, keeping them as mere aspirations or as programmatic and non-enforceable goals, collides with a human rights orientation endorsed by multilateral agencies¹¹. For the provision of health and education in developing countries as well as social rights¹².

During the third wave of democratization, more and more substantive rights were enshrined in constitutions, with courts being the paradigm institutions for identifying and responding to violations of those rights, but the capacity of these institutions to act for marginalized groups - and more than that, to understand what kind of vulnerability is being addressed - has always been unknown.

Most of the time, courts limit themselves to applying the law, seldom engaging in the judicial reshaping of existing legal norms. As a result, it

¹¹ At the international level, the defense of the trajectory of economic and social rights and their capacity for justiciability have been debated, defending the argument that "a new international adjudicative mechanism is necessary to validate those rights proceeds from equally dubious contentions. Formalistic demands that economic, social and cultural rights must be treated the same as civil and political rights, and must, therefore, be 'justiciable' in the same sense, are equally flawed". DENNIS, M. J.; STEWARD, D. P. Justiciability of economic, social, and cultural rights: should there be an international complaints mechanism to adjudicate the rights to food, water, housing, and health? *American Journal of International Law*, 2004.

¹² GAURI, V. Social rights and economics: claims to health care and education in developing countries. *World Development*, 2004.

is reinforcing existing patterns of social exclusion. However, on occasion, courts – particularly constitutional courts – have sought actively to improve the conditions of marginalized groups that have, in one way or another, been left behind by the political system.

Is there a difference between moral and economic marginalization? Between groups that are vulnerable in society and not treated as full citizens and those that are politically weak who are stigmatized? And what is the significance of support structures and the availability of resources for litigation and advocacy?¹³

Despite the advances from the institutional point of view, access to justice has always been the Achilles' heel given the significant difference between the formal outlook and the social realities of Latin American countries, especially when the concern is about establishing justice for the lower strata of the population, traditionally excluded from any possibility of accessing the courts, for the lack of free legal aid services.

The institutionalization of public defenders throughout the continent was a process developed throughout the decade of 1990. Despite the differences between the institutions created, it can be said that efforts to establish legal aid services on the continent have resulted in improvements in the population's access to justice.

Access to justice as an agenda for Latin American judicial policy has been associated with matters of criminal law, with legal services aimed at the equal promotion of the right of defense in criminal justice¹⁴. From the 2000s onwards, free legal aid services underwent processes of institutional reform and empowerment, expanding coverage for the civil, labor, childhood and youth areas, among others¹⁵.

The strengthening movement of Latin American defenders is characterized as an instrument of democratization and promotion of equality¹⁶. The

¹³ GLOPPEN, S.; SIEDER, R. Courts and the marginalized: Comparative perspectives. **International Journal of Constitutional Law**, 2007, p. 183-186.

¹⁴ CHAUCA, N. P. **Avances y Desafíos de las Defensorías Públicas para garantizar el acceso a la justicia en las Reformas Procesales Penales en América Latina**, 2007.

¹⁵ GELISKI, L. **Rede de atores, ideias e agendas: o papel das associações de defensores e de defensorias em seu processo de fortalecimento institucional na América Latina**, 2018, p. 72-73.

¹⁶ HAMMERGREEN, L. **Envisioning reform: improving judicial performance in Latin America**, 2007.

improvement of the policies of access to justice is linked to policies to fight inequality, and its development should confront other social problems, such as poverty, democratic instability, social inequality.

Brazilian public defenders are included in this context. The institutional reform movements resulting from Constitutional Amendment no. 45 of 2004, called Reform of Judiciary, and Complementary Law 132 of 2009, sought to grant autonomy and institutional independence and extend the competencies of these services in matters of human rights, diffuse and collective rights, with the possibility of DPs interposing Public Civil Actions.

Not only did Brazil reproduced, but to a certain extent, it was the leader behind the continent's agenda by disseminating the free public defender model as a constitutional guarantee of access to justice. This came with the 1988 Constitution and its establishment as an instrument for the enforcement of justice and promotion of social rights, incorporating the values of social equality, economic and cultural development, while consolidating the expansion of justice for the protection of collective rights, also for the expansion of access to justice, namely through innovations in the judicial structure.

Over the last four decades, the country has built an institutional model of guaranteeing access to justice through the dissemination of state public defenders that covers all Brazilian states, granting autonomy and independence, a significant increase in the number of defenders and institutional guarantees. This process was followed within the federal justice system, with the institutionalization of the Federal Public defender's Office (DPU).

Despite the advances, the concern of many studies on access to justice and economic and social rights through the courts, including the theme of the judicialization of social policies, remains the extension of rights to the lower classes of the population and their effects.

It is possible, on the one hand, to draw a new role for the courts and actors of the judicial system concerning the protection of growing social protection systems in Latin American countries, in a process named by the authors as courting social justice. On the other, it questions the role that law has played in social relations, becoming a source of rights and responsibilities,

although still reproducing the inequalities typically found in our Latin American societies¹⁷, for example.

This extensive agenda seeks to understand the role of the courts in establishing social justice, while elucidating the fact that unequal societies have considerable gaps in law practice, resulting in a rupture between formal legality and practical reality¹⁸ and sometimes pointing to possibilities for activism, to achieve social justice. The debate about the protection of social and economic rights (SER) has been concerned with the possible gains from litigation. While some more critical analyses point to the preservation of inequalities traditionally found in Latin American countries, which persist in the judicial system with their selective access to justice¹⁹, others point to symbolic effects and structural changes that may benefit the population in general, in addition to the actors duly represented in the courts²⁰ Brinks and Gauri²¹, for example, analyze the involvement of institutions of the justice system in the policy-making process by asking for the meaning of these interventions in terms of a revolution of rights, discussing the importance of litigation strategies and their channels of access, trying to understand why it is more frequent and prominent in some countries and areas than other countries.

Another interesting aspect concerns the capacity of intervention of the courts on economic and social rights to respond to extreme poverty and deprivation. Are these lawsuits favoring the high classes, with a judiciary representing the conservative interests of the elites?

Using the concept of legalization, the authors decompose the public policy litigation cycle into four stages: (a) legal mobilization; (b) judicial decision; (c) bureaucratic, political or private response; (of) litigation follow-up.

¹⁷ BRINKS, D.; BOTERO, S. Inequality and the rule of law: ineffective rights in Latin American democracies. *In*: BRINKS, D.; LEIRAS, M.; MAINWARING, S. (ed.). **Reflections on Uneven Democracies: The Legacy of Guillermo O'Donnell**, 2014, p. 214-239.

¹⁸ KAPISZEWSKI, D.; TAYLOR, M. M. Compliance: conceptualizing, measuring, and explaining adherence to judicial rulings. **Law & Social Inquiry**, 2013, p. 803-835.

¹⁹ FERRAZ, O.; MOTTA, L. Brazil: Health Inequalities, Rights and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health. *In*: YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. (ed.). **Litigating health rights: can courts bring more justice to health**, 2011, p. 76-102.

²⁰ BRINKS, D. M.; FORBATH, W. Commentary: Social and Economic Rights in Latin America - Constitutional Courts and the Prospects for Pro-poor Interventions. **Texas Law Review**, 2011.

²¹ BRINKS, D. M.; VARUN, G. The Law's Majestic Equality? The Distributive Impact of Litigating Social and Economic Rights. **Policy Research Working Paper**, 2012.

The product of this four-stage process is what we call the legalization of policy in a particular policy area. We understand policy legalization to be the extent to which courts and lawyers, including prosecutors, become relevant actors, and the language and categories of law and rights become relevant concepts, in the design and implementation of public policy. Legalization in this sense is self-evidently a continuous concept and quite often a difficult one to measure with any degree of precision, but this definition is broad enough to capture most of what is interesting about the role of law and courts in the policy arena and yet specific enough to guide our inquiry²².

The legalization, unlike the analysis of the isolated performance of the courts, is the participation of legal actors and the use of legal concepts in the process of policy making, including the process of decisions by the parties to the process²³.

For the authors, the type of legalization differs from the political channels of demand (access channels and the different relations to coerce and persuade power, tending to prioritize a different set of demands of the political process) and the types of resources needed to anchor them effectively. Some of these demands privileged the dispossessed and marginalized, while others may serve the interests of political and economic elites and the middle classes, who can clothe their private interests and claim for economic and social rights²⁴.

Brinks and Gauri argue that there are three types of actors involved in the production and distribution of economic and social rights and services: the state, providers, and clients (citizens or beneficiaries). They call this triangle relationship between economic and social rights, involving the three actors and three types of actions: regulation, provision or financing and private obligations.

The authors analyze four bottlenecks found in the process of legalization by the courts: the decision and the legal mobilization necessary to propose the action before the courts, the judicial decision, the response or compliance given by the defendant, and the responses of the new actors and the claim to

²² BRINKS, D. M.; VARUN, G. **Courting social justice**: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World, 2008.

²³ *Ibidem*, p. 4.

²⁴ *Ibidem*, p. 6.

the new policy environment itself. For the whole process to occur, the actors assume some conditions: there are sufficient levels of social mobilization to produce substantial amounts of litigation; there are minimally autonomous judiciaries that can serve as a pathway to demands before the state and non-state actors, which is usually related to democratic contexts; the levels, objectives, and form of legalization for economic and social rights are the results of calculations and strategic capabilities of the actors involved in the process (individual and collective litigants, judges, bureaucrats, politicians and corporate decision makers).

However, in the countries analyzed are the explicit constitutionalization and judicialization of SE rights that support different levels and types of legalization.

We would expect more judicial support and, hence, more legalization where there is a greater development of constitutional and legislative frameworks concerning social and economic rights. It is also possible to verify that judicial independence counts, especially about the litigation that directly involves the state. Judicial support is likely to be essential to the legalization of a particular policy area. If access is difficult and expensive, or if the judiciary is likely to be unsupportive, a rudimentary cost-benefit calculation will dissuade many actors from pursuing legal claims²⁵.

It is not enough to have only political support and favorable judging behavior. Legalization depends on professional legal assistance:

A “rights revolution” will only happen, in this view, if claimants can count on (a) litigation-oriented organizations that can support a lengthy and strategically planned litigation campaign; (b) extensive charitable or state funding and (c) public interest or rights-oriented lawyers who can do the legal work. [...] The presence of Epp-style public interest organizations, then, will likely be associated not with the number of claims or the scope of their impact, but with the presence of beneficiaries from marginalized classes and groups²⁶.

²⁵ BRINKS, D. M.; VARUN, G. **Courting social justice**: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World, 2008, p. 18.

²⁶ *Ibidem*, p. 15.

It also depends on the infrastructure of public policies, which varies per country and even per area of social policies. Courts will be more active in those policy areas, claims, and countries where there are pre-existing public policy structures.

[...] In summary, there will likely be more litigation for the provision of services against the state when there is underutilized state capacity and against providers when they are economically strong, [...] When there are limited state resources to provide services, litigants might still bring claims for greater or different state regulation, rather than direct state provision. When the state is weak, litigants might demand, and courts might impose, additional obligations on private providers or market competition to improve service quality and lower prices²⁷.

On this account, patterns of legalization will follow the path of least resistance, shifting according to the limits of state and bureaucratic capacity, provider feasibility, and political tolerance. In more concrete terms: in a weak state context, we would expect courts and litigants to emphasize regulation and private obligations; in stronger states, with more infrastructure already in place, we would expect more cases and decisions imposing direct duties on the state to provide services²⁸.

Finally, there remains the last phase of the legalization process, which concerns compliance²⁹:

Follow up litigation is essential for the level and impact of legalization, with or without voluntary compliance with the original judicial decision. In the absence of voluntary compliance on the part of the target of litigation, the importance of follow up is obvious – no compliance and

²⁷ BRINKS, D. M.; VARUN, G. **Courting social justice**: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World, 2008, p. 19.

²⁸ *Ibidem*, p. 19.

²⁹ Compliance effects can be felt by both direct litigants and non-litigants, as well as in the justice system itself. In terms of direct effects, the authors argue that the benefits will focus on everyone who has some sort of personal resource and access to state services. In this case, those who already have resources may benefit, using judicialization as a means of accessing public funds, while through charitable intervention and state funding it is possible for indigent litigants to mitigate the potentially regressive effect of individual litigation. About non-litigants, there is also no guarantee that these effects will go to the unprivileged, as there is a clear division in the use of public services in developing countries, with lawsuits focusing more on areas and sectors used by the middle and upper classes, such as health care (high-level services, hospitals) and higher education.

no enforcement activity mean judicial opinions remain parchment victories, suitable for framing and little else. [...] Even decisions that produce some measure of compliance gain in importance from follow-up decisions. [...] As a result, where initial favorable decisions meet with voluntary compliance, there might well be an exponential growth of legalization; where they meet with resistance, there will be either a much lower but steady volume of enforcement litigation³⁰.

The processes of legalization, as we have shown above, are based on several factors, such as the constitutionalization or legal guarantee of the rights, the structure, organization and financing of the litigants, the political, bureaucratic, civil society and legal culture support given to the judges, as well as on the social impact of decisions. “Courts are, for dozens of reasons, more effective when working within, rather than against, the dominant currents in the political and policy environments”³¹.

However, three obstacles may further require cuts in the legalization process of SE rights: when there are (a) political blockades that can prevent government responses to popular demands, creating room for the courts to generate more responsiveness and accountability between voters and governments; (b) monitoring deficits that lead to lack of information, effective incentives or sanctions, bureaucratic inability and implementation inertia; (c) incomplete commitments, clientelist or based on particularisms, which lead to failures in the provision or delivery of services in a universal manner. In this last case “social movements excluded from clientelist networks or policy distribution may arise and mobilize on the basis of the official rights discourse”³².

Substantial legalization is, therefore, more likely when the courts are (a) engaging in one of these three ideal types of accountabilities enhancing activities, (b) within a well-functioning democratic context, and (c) acting in response to the demands of relatively developed economies and societies³³.

³⁰ BRINKS, D.; VARUN, G. **Courting social justice**: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World, 2008, p. 20.

³¹ *Ibidem*, p. 26.

³² *Ibidem*, p. 27.

³³ *Ibidem*, p. 28.

According to Brinks and Gauri, public interest litigation thrives and produces real-world effects when there is a positive balance between litigants and state, social, and political conditions: (a) a well-developed policy infrastructure with latent capability; (b) an electorate with substantive legal capacity; and (c) substantial support from politically influential actors - governmental and social - for action.

Under these conditions, judicial intervention becomes not a substitute for, but a complement to, the democratic process of policy development and service delivery monitoring³⁴.

From the findings, the authors demonstrated how much simpler it has been to secure individual remedies than collective ones (particularizing the universal and not universalizing the individual). However, even in the granting of individual rights, there is scope for extending rights, modifying legislation, extending policy-making structures, changing practices and providers to benefit more individuals. “As a result, we do see courts occasionally acting as catalysts for change that affects populations far beyond direct judicial influence”³⁵.

They also show the considerable variation found between countries, between areas and even between different subnational levels. Thus, in the health area, there is much more litigation than in the field of education, just as wealthier states tend to have more litigation than weaker states (see Brazil’s example). Finally, the findings of who benefits from the process of legalization of economic and social rights point to two primary mechanisms by which legislation can have a regressive effect on the distribution of public services.

The first is the beneficiary inequality, in which courts determine who benefits from universal programs - if it is true that only the upper classes, the rich, have access to justice and the courts, they alone will benefit directly from judicial allocation, which means that in this scenario the courts will be acting to promote services that are formally/legally available to all, but in practice accessible only to those who can benefit from lawyers and litigation. The second mechanism is the policy area inequality, in which the wealthy

³⁴ BRINKS, D.; VARUN, G. **Courting social justice**: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World, 2008, p. 306.

³⁵ *Ibidem*, p. 305.

use the courts to focus on the issues that are important to them, and block government efforts to address the problems that are important to the poor majority.

However, when looking at the direct beneficiaries, we can see that these do not belong to the most disadvantaged or the upper classes, and the middle classes are promoting the process of legalization in the countries investigated.

2. THE PROTECTION OF SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS BY THE FEDERAL PUBLIC DEFENDER'S OFFICE

The role of the Federal Public Defender's Office (DPU) seems fundamental to the process of judicialization of SER, by its action through the proposition of individual actions and collective actions. In this chapter, we examine the role of the DPU in legal representation in cases of social policies in the five federal regional courts, as we present the institutional development scenario and its impact on the protection of rights, protection of vulnerable groups and social rights.

In judicial matters, referring to the claims that made up the database of social policies in the federal regional courts in the period from 2003 to 2014, we find the preponderance of lawsuits aimed at ensuring access to health reveals the reproduction in the literature when investigating the international and national scenarios of the state courts³⁶.

The search for the supply of medicines as a right and duty emerges in more than half of the cases, setting the federal government in the defendant's side, but also demanding the accountability of municipalities with a greater focus on the exchange of competencies with the state. In this sense, municipalities and states correspond respectively: recurring parties, municipalities (14.9%) and states (25.2%); as defendants, municipalities (17.5%) and states (20.18%). The analysis of the drugs and health treatments required for some diseases reveals patients at risk of death³⁷.

³⁶ MADEIRA, L. M.; GELISKI, L. Políticas sociais nos tribunais intermediários: Tribunais Regionais Federais em evidência. *In*: FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 2017, p. 305-326.

³⁷ The plaintiffs are carriers of malignant neoplasms (liver, stomach, mammary, prostate, stomach, pancreas, colon, gallbladder, carcinomas, leukemias, Rodkin), syndromes such as HIV AIDS, progressive muscular

In this sense, if the literature points to a typology that explains the judicialization in health in the state courts, we can illustrate this federal outlook of claims from a new classification, consisting of four major types of demands³⁸: (1) lawsuits that place citizens and State in opposing sides, when they request the supply of medicines, beds, and surgical procedures. There are cases of medicines registered by the National Health Surveillance Agency (ANVISA)³⁹ not provided by the State because they are not on the lists of free medications, generally accepted; and cases of medicines not registered by ANVISA, generally rejected; (2) collective actions by groups of patients who demand the same rights; (3) claims that oppose health care providers and the State, which requires reimbursement by health services provided by public or private agencies to ensure beneficiaries, generally deferred; and (4) lawsuits seeking indemnity liabilities to the patients who were poorly served in public hospitals⁴⁰.

Although to a lesser extent, other social policy claims encountered are those related to education through litigation for access to higher and primary education. Although these claims do not emerge in our database, interviews give an account of a process of judicialization in social assistance and housing. The case of BPC is better known, and the *Bolsa Família* and the *Minha Casa Minha Vida* programs are also subject to litigation.

We will see in the next section the judicial action by the DPU in other sectors of public policies, especially from public civil actions, and extrajudicial ones.

dystrophy, Phenylketonuria, Paget's disease, Caroll disease, traumatic diseases such as arthrosis, rheumatoid arthritis, ankylosing spondylitis, hepatitis B and C, renal and hepatic insufficiencies, autoimmune diseases such as lupus erythematosus and Fabry's disease). The surgical procedures required are focused on these diseases, as well as highly complex surgeries like bariatric ones.

³⁸ This classification was proposed in a paper previously mentioned, whose objective was "to know the patterns of performance and relationship between institutions and actors of the Justice System - Judiciary, Public Prosecutor's Office and Public Defender's Office", having as object social policies and their treatment in federal regional courts". MADEIRA, L. M.; GELISKI, L. Políticas sociais nos tribunais intermediários: Tribunais Regionais Federais em evidência. In: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 2017, p. 307-308.

³⁹ The Brazilian FDA.

⁴⁰ MADEIRA, L. M.; GELISKI, L. Políticas sociais nos tribunais intermediários: Tribunais Regionais Federais em evidência. In: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 2017, p. 305-326.

Based on the lawsuits investigated⁴¹, there is an indication of the increase of the DPU's performance in the representation of claimants in the TRFs over the last years. We find that for the five TRFs the DPU presents itself as the prosecutor of one of the parties (appellants or defendants) in 36.1% of the lawsuits⁴² however, the DPU does not have a general rule for meeting health demands⁴³. In some DPU state units, there are informal agreements between federal and state public defenders depending on the institutional relationship of the unit with local actors (DPE, MP, municipality and state executives, health committees, etc.).

As a rule, the main demands addressed by the DPU are cases involving the treatment of patients with HIV AIDS, the supply of drugs to fight cancer along with medication and treatment of high cost and complexity. The demands of the DPU can also be induced by street-level bureaucrats (doctors and health professionals) and, in a subsidiary way, by the state's public defenders when the unit is overcrowded. This fact is interesting because it shows, once again, how the federal setting of the judicialization is different from the state and even other countries whereby the provision assumes a more liberal model causing a demand for broader consumer rights than the one found in TRFs, where the search for SER and services from the State directly prevails.

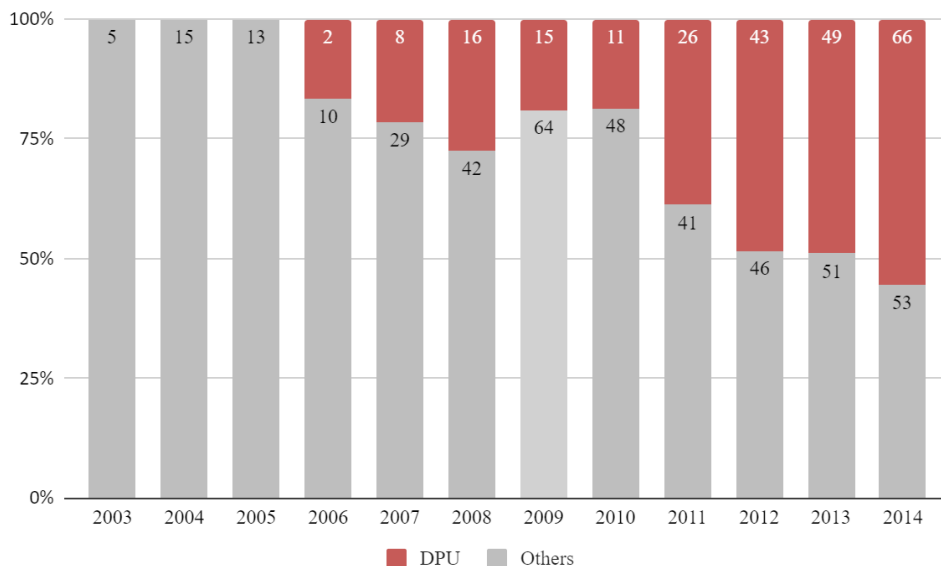
An analysis of the performance trajectory of the DPU in the Federal Courts demonstrates a scenario of growth. By 2003, we did not find any DPU claims. The participation started timidly with two cases in 2006 and progressively reached 66 cases in 2014. Between 2012 and 2013, the number of lawsuits with and without DPU participation is almost the same, and from 2014 on the DPU becomes responsible for more than 50% of the lawsuits.

⁴¹ Our database relies on six hundred and ninety-six (696) judicial decisions on social policies of the five Federal Regional Courts between 2003-2014: 90 decisions of TRF1, 153 of TRF2, 46 of TRF3, 234 of TRF4 and 173 of TRF5. The search was done through the keyword social policies in the menu of the judgments.

⁴² MADEIRA, L. M.; GELISKI, L. Políticas sociais nos tribunais intermediários: Tribunais Regionais Federais em evidência. In: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 2017, p. 305-326.

⁴³ As a rule, the DPU provides full and free legal assistance to persons with a gross family income that does not exceed the total amount of R\$ 2,000.00, according to the Resolution CSDPU No. 134/2017.

Graph 1 – Participation of the DPU in the representation of the assisted in the Second Degree of Jurisdiction per year⁴⁴



An analysis by TRFs and regions⁴⁵ related to the DPU’s performance reveals the role of the institution in TRF2 with 59% of lawsuits, likely due to the level of organization and coordination among the defenders, being the state’s earliest defendant. However, it draws attention to the scenario in TRF5, which brings together states with the lowest levels of income, higher Gini coefficient, lower levels of longevity and participation of the institution in 53% of the lawsuits. TRF1 is the second in defense, but with very different performances in each of the 14 states. TRF4, whose states have quite high levels of development, stands out due to the low performance of the DPU, and finally the TRF3, practically with no action by the institution. This is interesting because the literature is used to know about the two contexts

⁴⁴ Adapted from the graph used in: MADEIRA, L. M.; GELISKI, L. Políticas sociais nos tribunais intermediários: Tribunais Regionais Federais em evidência. In: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2017, p. 321.

⁴⁵ This same analysis by states shows that Acre, Goiás, Pará and Piauí had all actions filed by the DPU, Rio Grande do Norte 85% of the cases, Bahia, Rio de Janeiro and Pernambuco about 60% of the cases, Espírito Santo and Tocantins half of 40% of cases, Rio Grande do Sul about 30% of the cases, Ceará with 20%, Santa Catarina with 11%, Paraná with 8%, São Paulo with 5%, Paraíba with 2% and the remaining without DPU performance.

with less participation of DPU: the states of São Paulo (TRF3) and Rio Grande do Sul (TRF4)⁴⁶.

The growth of DPU's participation came in response to the institution's expansion of its competencies with LC 132/2009 and the increase in human resources. The DPU budget data shows a rise over the years in the period of 2009-2014, from R\$158,582,572.00 (R\$134,616,663.00 executed) to R\$364,699,742.00 (R\$364,446,877,00 executed)⁴⁷. In relation to the performance, there was an upward movement in terms of lawsuits (from 243,014 in 2009 to 643,644 in 2015), and attendance (808,469 in 2009 to 1,611,252 in 2016), while since 2016 we have a decrease in the number of lawsuits filed, probably because of the investment in extrajudicial resolutions.

Once in this chapter, we are especially interested in the protection of vulnerable populations who are targeted by the DPU, such as the elderly, people with disabilities, the people in poverty, the black, the indigenous, the women, the children, the LGBT, the prisoners and ex-offenders, the homeless and the migrants. Despite the target, our analysis in the judicial actions found only references to aged plaintiffs (64 lawsuits), children and adolescents (25 lawsuits), women (7 lawsuits), only one lawsuit dealing with the LGBT, and no references were found to the black, the indigenous, the graduates, the homeless nor the migrants. What is its significance? Therefore, we need to investigate the significance of this finding: if such vulnerabilities are protected, but are not exploited in legal documents, or whether the criterion of income definitively turns out to be a marker that only privileges the economic vulnerability. Research on the socio-sanitary profile of the plaintiffs, straight from the database of the DPU will allow elucidating this question better.

If individual actions are already well known, the next section will give attention to collective and public civil actions promoted seeking the implementation of rights and public policies to benefit large population plots.

⁴⁶ Attached is a chart with the demands met by the DPU in the TRFs in each Brazilian state, including social indicators.

⁴⁷ GONÇALVES, G. V. O.; BRITO, L. C. S.; FILGUEIRA, Y. von G. S. **IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**, 2015, p. 94.

3. DPU's role in the protection of human rights and vulnerable groups

Brazilian literature is critical of the role of the judiciary in guaranteeing rights, especially to the most vulnerable groups. Much of the literature questions the use of the judicialization concept, the inability to account for a complex phenomenon that encompasses different forms of justice institutions.

Brinks, when conceptualizing legalization as a process that encompasses the trajectory of the realization of rights having as intermediary the judiciary and other actors in the justice system, seeks to broaden and overcome this view on the judicialization of public policies: “The legalization, different from the analysis of the isolated performance of the courts, is the participation of legal actors and the use of legal concepts in the process of policy making, including the process of decisions by the parties to the process”⁴⁸. We understand that when looking at the role of the DPU in collective human rights issues, we can perceive this expanded performance, following the concept of legalization and its importance for this type of study.

Looking to the institutional development of Public Defender's Office in the field of social and economic claims and human rights issues we know that since the issuance of Law 11488/2007, the DPU has been entrusted with the task of protecting collective rights, by including it in the list of persons entitled to file public civil actions⁴⁹.

Through 2009, the institution has created several working groups to expand their role in the protection of the vulnerable⁵⁰.

⁴⁸ BRINKS, D. M.; VARUN, G. **Courting social justice**: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World, 2008.

⁴⁹ “In addition to sparse and pioneering incursions by several colleagues in previous years, the Court of Auditors' ruling 725/2005 already recommended the establishment of “groups of human rights defenders in their Nuclei” and the Ministry of Justice proposal forwarding “amendment in Complementary Law 80/94, in order to confer on the DPU the attributions of proposing public civil actions in the defense of diffuse interests and collective actions.” DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Anuário de Atuação Coletiva de Atuação da Defensoria Pública da União**, 2017-2018, p. 9 (our translation).

⁵⁰ Specialization in several themes as a focus of action, from the eradication of slave labor to serving foreign citizens.

In 2014 the Ordinance⁵¹ instituted eight groups specialized in attendance to: prisoners; combating human trafficking; eradication of slave labor; foreign citizens; indigenous communities; homelessness; ensuring food security; and closure of activities in the dumps. In subsequent years, other WGs were created to serve migration and refugees; LGBTI population; home; people with disabilities etc.

With Resolution 127/2016, all DPU members have common competence to solve demands under the collective bias. “In order to organize and qualify this multiplicity of new legitimates in the DPU throughout the national territory, the same Resolution created new figures within the administrative organization of the institution: the Regional Human Rights Defenders (DRDHs) and the National Human Rights Defender⁵² (DNDH)⁵³” (DPU, 2018, 10, our translation).

In this paper, we analyze the outlook of collective action presented in the Collective Performance of the Federal Public Defender’s Office in 2018, after a year of beginning the activities of the national human rights defender (DNDH). We built a database with 107 actions that represent the main cases conducted by the DNDH, according to DPU’s report⁵⁴.

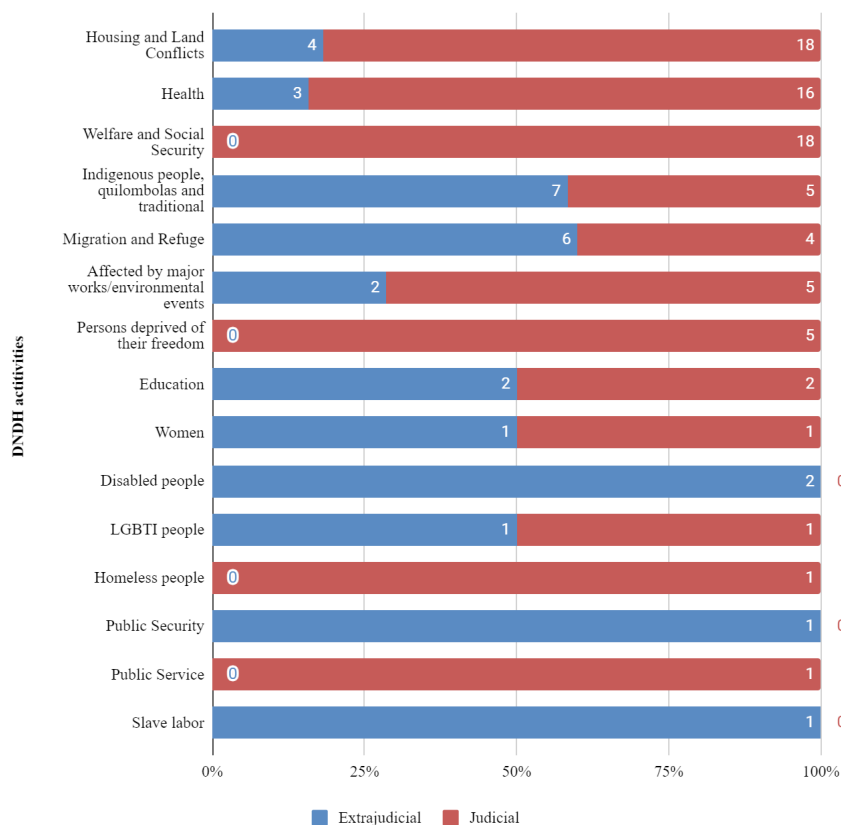
⁵¹ GABDPGF n.º 291, of July 27, 2014.

⁵² The nomenclature of the National Human Rights Defender follows the design proposed by Brazil for the Inter- American Human Rights Defender.

⁵³ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Anuário de Atuação Coletiva da Defensoria Pública da União**, 2017-2018.

⁵⁴ *Ibidem*.

Graph 2 – DNDH activities⁵⁵



The analysis of the collective performance of the DPU per activity and region⁵⁶ of the country reveals that the Southeast and Northeast regions, respectively, correspond to 33.33% and 29.63% of the demands, while the others are Central-West (15.74 %), North (12.96%) and South (8.33%).

⁵⁵ Data extracted from: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Anuário de Atuação Coletiva de Atuação da Defensoria Pública da União, 2017-2018**, p. 17-68.

⁵⁶ In the five regions the following axes stand out: Southeast - housing and land conflicts (9 cases), health (5) and migration and refugee (5); Northeast - indigenous, quilombola and traditional peoples (8) and housing and land conflicts (6); Central West - Assistance and Social Security (5) and health (4); North - housing and land conflicts, health and migration and refugee, each with 3 cases each; and South - Assistance and Social Security and housing and land conflicts, both with two cases each. Looking at Brazilian states, three stand out: São Paulo (12 cases); Federal District (12) and Rio de Janeiro (12).

The data reveal the predominance of the judicial action, as a rule by the Public Civil Action filing, with 71.98% (77 cases). The demands in “welfare and social security” are characterized by judicial activity, so the cases of “housing and land conflicts”. On the other hand, the demands of “migration and refugee” and “indigenous, quilombola and traditional peoples” stand out from extrajudicial action, with the performance of meetings, lifting of demands and partnerships with other governmental institutions and civil society.

In 2018, the area of housing and land conflicts had 23 twenty-three actions, distributed in ten states, reaching a high number of beneficiaries (ranging from 80 to 12,000 people). These actions deal with issues such as the guarantee of the right to housing, resettlement, the suspension of reintegration of possessions and the destination and repair of property damage. In these cases, the policies under discussion are the Minha Casa Minha Vida (PMCMV), Regularização Fundiária Urbana, National Land Credit Program and the National Reform Program. These demands are aimed at extremely vulnerable groups such as victims of landslides, resettled areas for road works, small traders and small farmers, families with children with microcephaly, rural workers camped out, families evicted from PMCMV properties for organized crime. Actions found aimed at the quality of the works of this program. The actors involved were the state defenders, the state and Federal ministries, state governments and municipalities, public banks, universities and other federal agencies, as well as construction companies and civil society associations of residents.

The health area counted on twenty actions (distributed in twelve states), reaching in general indeterminate beneficiaries (users of the National Health System (SUS), and groups of patients with specific diseases). All actions are focused on the SUS or in specific policies, such as the national cancer protection policy, the national policy to provide medicines, procedures and transfer of funds to complete works. Among the actions are public civil actions, procedural succession in actions proposed by the MPF and entry as co-plaintiff. The extrajudicial actions aimed at the resolution involved a meeting with representatives of patients, health secretariats and articulation with state defenders. The actors involved were the National Cancer Institute, the Government, patient associations, state and municipal health secretariats, medical councils, state attorneys and public hospitals.

The area of assistance and social security counted on eighteen actions distributed in nine states, reaching specific social groups such as women of childbearing age, retirees, pensioners, unemployment benefit recipients, children of invalid insured persons, applicants for sickness benefits. All actions involved the National Institute of Social Security (INSS), and most of the action was the filing of public civil actions to compel the INSS to pay or to avoid the suspension of benefits. The actors involved were the DPU and the state defenders, the Accounting Federal Court (TCU), the Ministry of Labor and the INSS.

Indigenous, quilombola and traditional peoples were the subject of twelve actions in seven states, ranging from 67 to 20,000 families, claiming of lands, permanence in communities, territorial identification and titling, land rights, food security and Social Security. The policy in question was the National Policy for the Promotion and Protection of Indigenous Peoples. Among the lawsuits found were public civil actions and defenses in repossession proceedings. The extrajudicial actions involved the INCRA and Palmares Cultural Foundation to survey quilombola communities, articulation with the Indian Missionary Council, visits, meetings and preparation of reports. In addition to these actors, Funai, MPF, state and municipal secretariats, as well as state legislative powers were involved in the actions.

The Migration and Refugee Area filed ten actions in six states, with the National Immigration Policy as its object, with the purpose of regularization of immigration, varied records, exemption from fees and fines, and the provision of social and legal assistance. Venezuelans, Haitians and Africans were targeted. In this area, extrajudicial action is the key, with DPU participating from awareness workshops, work plans, recognition expeditions, meetings with migrant associations, and joint efforts to provide documentation. The actions involved UNHCR, state human rights councils, federal policy, Foreign Relations Ministry, Justice Ministry and state governments and municipalities.

Affected by major works and environmental events, they had the proposition of seven actions, involving different numbers of families and communities. The policy in question is the National Environmental Policy, which is the subject of public civil actions, terms of adjustment of conduct, formalization of judicial agreements, as well as extrajudicial action in partnership with state attorneys and foundations, representatives of those affected, to defend

fishermen, to ensure service to coastal communities, guarantee rights to those affected by dams, maintain reserves, as well as compensate those affected by disasters. The actors involved state defenders, MPF and states and municipalities.

The area of people deprived of their liberty had five actions filed in five different states to protect transsexuals, prisoners holding Severance Indemnity Fund for Employees (FGTS) and specific groups of people. Prison management was the subject of these public civil actions, requesting early protection, meetings with federal agencies, all aimed at securing rights, such as providing hormonal treatment for transsexuals in prison, offering therapeutic residences to persons who are not members of the criminal justice system asylum, ensure FGTS service, quality of food and the right to an intimate visit in federal penitentiaries. Actors involved are: the states, the Ministry of Justice, the Brazilian Office of the Federal Controller General (CGU) and the National Penitentiary Department (DEPEN).

The area of education has proposed only four actions, in four different states, with the National Education Plan as the object. These lawsuits deal with public civil actions to guarantee access to education for hearing impaired people, PROUNI guarantees who are impaired by the closure of colleges and extrajudicial actions in order to regularize the performance of higher education institutions and guarantee of student assistance and housing policies. The actors involved are the Education Ministry, state defenders, higher education institutions and states were the actors involved.

The other vulnerable groups were the object of a much smaller number of collective actions. Although it covers seven areas (women, people with disabilities, LGBTI people, homeless, slave labor, public security and public services), these areas present only ten proposed actions. Regarding the women's area, two actions were proposed. The first one sued for compensation for damages caused to 1,400,000 women from Paraíba/PB for disclosure of an offensive photo. The second action sought to annul the requirement of a Pap smear for the approval of the 2015 competition for INSS analyst and technical positions as a condition for investiture. The actors involved were the INSS, the DPU, the State of São Paulo, the Federal University of Campina Grande and the Federal Government.

The area for LGBTI people presented two actions, both proposals in the State of Rio de Janeiro. The first action aimed at ensuring the right of transsexuals to stay in the Armed Forces. The second action aimed at including, in the 2020 census, statistics on the transgender population throughout the country. The actors involved in both actions were the National Association of Transgender People; IBGE; Working Group on Gender Identity and LGBTI Citizenship of DPU, Federal government, Federal Public Prosecutor's Office and the Brazilian Armed Forces.

The area of people with disabilities presented two actions, one in the State of Maranhão and another in the State of Rondônia. Both actions dealt with issues related to mobility and locomotion based on the National Policy for the Integration of Persons with Disabilities. In the first action were all users of air transportation that present some disability or difficulty to locomotion and in the second, 30,000 people that live in the municipality of Porto Velho/RO. The actors involved were the Brazilian Association of Ergonomics (ABERGO), National Civil Aviation Agency (ANAC), the Public Ministry, the Federal Government and the Municipal Secretariat of Transit, Mobility and Transportation of Porto Velho / RO.

Homeless people and people in slave labor situations were subject to only one action, each. The area of homeless people aimed at the inclusion, in the 2020 census, of statistics on the street population in the country. The actors involved were the Intersectoral Committee for Monitoring and Monitoring the National Policy for Population in Situation (CIAMP-Rua), the Secretariat of Human Rights of the Presidency of the Republic (SDH/PR) and IBGE. However, the action involving the subject of slave labor was proposed in the State of São Paulo and benefited three people and still investigates 180 other denunciations. The action sought to provide full legal assistance to victims of domestic slave labor, including regularization of migration and legal assistance in the individual labor sphere and, in partnership with the Ministry of Labor, found that several domestic workers of Filipino origin were kept in conditions that constitute exploitation of slave labor.

The actors involved were the Ministry of Labor, the National Immigration Council (CNIg), the Federal Government and the State of São Paulo. The area of public security has only one action that was proposed in the State of Rio de Janeiro and aimed at monitoring the actions of the Law-and-Order Guarantee and federal intervention in the State. In its work, the defendant

was supported by the Public Defender's Office of Rio de Janeiro in the request for the establishment of security policy based on human rights respect. The actors involved, besides the DPU and DPE / RJ, were the Federal Government and the State of Rio de Janeiro.

The last area with proposed actions was public services. This issue had only one action aimed at increasing the tariff of orders from the Post Office for the City of Rio de Janeiro, based on the allegation of urban violence, due to the high rate of burglaries. The actors involved were the Brazilian Post and Telegraph Company (ECT), Rio de Janeiro Municipality; the National Consumer Price Index (INPC) and DPU.

FINAL CONSIDERATIONS

The theme of this chapter was the protection of social and economic rights by the Federal Public Defender's Office (DPU), seeking to understand to what extent its institutionalization and dissemination promote changes in the protection of vulnerable groups. We know that, despite the advances, the concern of many studies on access to justice and economic and social rights through the courts, including the theme of the judicialization of social policies, remains the extension of rights to the lower classes of the population and their effects.

In this paper, we were interested in presenting a national study, with a regionalized comparative glance at federal courts and states, because what is best known about litigation in social policies and rights is confined to the few wealthier states of the country.

We also find relevant that, following other studies that have oriented this expansion of the analysis to break with an empirical field exclusively of lawsuits, also looking for the extrajudicial action of the institutions.

For this, we consider that the concept of policy legalization (Brinks and Gauri, 2012) which comprehends a process to be the extent to which courts and lawyers, including public defenders, become relevant actors, and the language and categories of law and rights become relevant concepts, in the design and implementation of public policy, a concept that capture most of what is exciting about the role of law and courts in the policy arena.

For this research, this concept is central because legalization depends on professional legal assistance, it also depends on the infrastructure of public policies, which varies by state and even by area of social policies.

We also found it essential to demonstrate that the performance of the DPU concerning SER protection appears to break the cycle of works that advocate a Brazilian model of judicialization based exclusively on individual actions.

The difference between public policy sectors when we look at legalization processes is evident. The health and education areas continue to operate in the traditional model of individual actions (although greater coordination between Executives and institutions of the justice system is under development, also except for the significant state differences), while other policies, explicitly geared to vulnerable groups, counted almost exclusively with collective remedies and extrajudicial action.

As our research did not allow a comparison of data in time, remaining analyses of lawsuit between 2003 and 2014 and analysis of the collective action from the institutionalization of the national human rights defender from 2017 and 2018, we cannot prove the existence a diversification in the social policy sectors covered by the DPU's actions in legal actions.

However, institutional development, the creation of specialized structures (working groups) and the apparent diversification of issues, rights and policies covered by public civil actions, monitoring evaluation of public policies, extrajudicial action and cooperation with other actors and institutions lead us to believe that the DPU makes a difference. However, where?

If the lawsuit scenario shows us that its performance was preponderant precisely in the states of greater inequality, lower income, longevity and education, that is, it was acting more where it was needed, the human rights work and collective demands in comparison to the socio-economic scenario of these states and regions shows us that the collective performance of the DPU preponderates in the Southeast region, although the Northeast comes in second place, which meets the above findings. When we look at the specific performance of vulnerable groups, we can verify that the action is consistent with regional realities and may reveal gains in the protection of the rights of these social groups. Of course, this scenario is not a panacea, budgetary implications, interferences of judicial bodies in the process of

policy making, as well shown in the literature, can have deleterious effects on policy making.

If literature is peaceful in demonstrating that collective actions are much more effective in terms of compliance and indirect effects, and institutionalizing the DPU as a central actor in guaranteeing rights to the lower strata of the population by expanding access to justice to vulnerable groups in states with low socio-economic indicators reveals the need for this institution. However, the preponderance of collective actions in the Southeast region continue to demonstrate the well-known reproduction of inequality of access to justice.

Otherwise, in a country where extremely vulnerable groups are so vilified, the existence of institutional structures that work to guarantee a minimum of rights is of paramount importance.

REFERENCES

ANDRADE, Eli Iola Gurge *et al.* A judicialização da saúde e a política nacional de assistência farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça. **Revista Médica de Minas Gerais**, v. 18, Supl. 4, p. S46-S50, 2008.

BARCELLOS, Ana. Sanitation rights, public law litigation, and inequality: A case study from Brazil. **Health and Human Rights Journal**, v. 16, n. 2, 2014.

BICCA, Carolina Scherer. O ativismo judicial no controle das políticas públicas: o caso da assistência social no Brasil. **Publicações da Escola da AGU**, n. 23, 2012.

BIEHL, João *et al.* Between the court and the clinic: lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. **Health & Human Rights**, v. 14, 2012.

BOESSIO, Ana Paula. **Padrões de variação e determinantes da judicialização da educação infantil nos municípios do estado do Rio Grande do Sul (2011-2016)**. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.

BRANDÃO, Thaís. **Direito à Educação Infantil de 0-3 anos de idade: a judicialização na perspectiva do gestor da escola**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Pedagogia) - Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas - Unicamp, Campinas, 2015.

BRINKS, Daniel M.; GAURI, Varun. **Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

BRINKS, Daniel M.; FORBATH, William. Commentary: Social and Economic Rights in Latin America - Constitutional Courts and the Prospects for Pro-poor Interventions. **Texas Law Review**, n. 89, p. 1943-1955, 2011.

BRINKS, Daniel M.; GAURI, Varun. **The Law's Majestic Equality?** The Distributive Impact of Litigating Social and Economic Rights. Policy Research Working Paper, v. 5999. Washington DC: The World Bank, Development Research Group, Human Development and Public Services Team, 2012.

BRINKS, Daniel M.; FORBATH, William. The Role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America. *In*: PEERENBOOM, Randall; GINSBURG, Tom (ed.). **Law and Development of Middle Income Countries**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BRINKS, Daniel; BOTERO, Sandra. Inequality and the rule of law: ineffective rights in Latin American democracies. *In*: BRINKS, D.; LEIRAS, M.; MAINWARING, S. (ed.). **Reflections on Uneven Democracies: The Legacy of Guillermo O'Donnell**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2014, p. 214-239.

CHAUCA, Nataly Ponce. **Avances y Desafíos de las Defensorías Públicas para garantizar el acceso a la justicia en las Reformas Procesales Penales en América Latina. Santiago de Chile**: Centro de Estudios de Justicia de las Américas; Subsecretaría de Asuntos Políticos de la Organización de Estados Americanos, 2007.

CORRÊA, Luiza Andrade. **Judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CURY, Carlos Roberto J.; AMARAL, Cláudia Tavares. O direito à educação básica: análise inicial dos julgamentos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *In*: CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE POLÍTICA E ADMINISTRAÇÃO DE EDUCAÇÃO, IV. **Anais [...]**. Porto, 2014.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Anuário de Atuação Coletiva de Atuação da Defensoria Pública da União - 2017-2018**. Brasília, 2017-2018.

DENNIS, Michael J.; STEWARD, David P. Justiciability of economic, social, and cultural rights: should there be an international complaints mechanism to adjudicate the rights to food, water, housing, and health? **American Journal of International Law**, v. 98, n. 3, p. 462-515, 2004.

DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa R. de Carvalho; PENALVA, Janaina. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 19, p. 591-598, 2014.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Between Usurpation and Abdication? The Right to Health in the Courts of Brazil and South Africa. **SSRN**, 21 ago. 2009.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Dados**, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. **Texas Law Review**, v. 89, p. 1643, 2010.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Brazil - Health Inequalities, Rights and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health. *In*: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (ed.). **Litigating health rights**: can courts bring more justice to health. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 76-102.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Moving the debate forward in right to health litigation. **Health and Human Rights**, v. 18, n. 2, 2016.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Brazil: Are Collective Suits Harder to Enforce? *In*: LANGFORD, M.; RODRIGUEZ-GARAVITO, C.; ROSSI, J. (ed.). **Social Rights Judgments and the Politics of Compliance**. Vol. 8. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

FREITAS, Lígia B. As decisões judiciais e as políticas públicas sobre a educação no Estado de São Paulo. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, v. 21, n. 1, p. 145-166, 2016.

GARRO, Alejandro M. Acesso à Justiça para pobres na América Latina. *In*: MÉNDEZ, Juan; O'DONNELL, Guilherme; PINHEIRO, Paulo S. (ed.). **Democracia, violência e injustiça**: o não-estado de direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 307-335.

GAURI, Varun. Social rights and economics: claims to health care and education in developing countries. **World Development**, v. 32, n. 3, 2004.

GELISKI, Leonardo. **Rede de atores, ideias e agendas**: o papel das associações de defensores e de defensorias em seu processo de fortalecimento institucional na América Latina. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the Judiciary**: The Accountability Function of Courts in New Democracies. London-Portland: Frank Cass Publishers, 2004.

GLOPPEN, Siri; SIEDER, Rachel. Courts and the marginalized: Comparative perspectives. **International Journal of Constitutional Law**, v. 5, n. 2, p. 183-186, 2007.

GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira; BRITO, Lany Cristina Silva; FILGUEIRA, Yasmin von Glehn Santos. **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

HAMMERGREEN, Linn. **Envisioning reform**: improving judicial performance in Latin America. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2007.

HOFFMANN, Florian; BENTES, Fernando. Accountability for Social and Economic Rights in Brazil. *In*: BRINKS, Daniel M.; GAURI, Varun (ed.). **Courting social justice**: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 100-145.

IVO, Anete Brito Leal; SILVA, Alessandra Buarque de A. O hiato do direito dentro do direito: os excluídos do BPC. **Revista Katálysis**, v. 14, n. 1, 2011, p. 32-40.

KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M. Compliance: conceptualizing, measuring, and explaining adherence to judicial rulings. **Law & Social Inquiry**, v. 38, n. 4, p. 803-835, 2013.

MADEIRA, Lúgia Mori; GELISKI, Leonardo. Políticas sociais nos tribunais intermediários: Tribunais Regionais Federais em evidência. *In*: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. n. 23. Bogotá, 2017, p. 305-326.

OLIVEIRA, Vanessa Elias; NORONHA, Lincoln. Judiciary-Executive relations in policy making: the case of drug distribution in the State of São Paulo. **Brazilian Political Science Review**, v. 5, n. 2, p. 10-38, 2011.

OLIVEIRA, Vanessa Elias; MARCHETTI, Vitor. Judiciário e o controle sobre as Políticas Públicas: a judicialização da educação no município de São Paulo. *In*: ENCONTRO NACIONAL DA ANPOCS, 37. **Anais [...]**. Águas de Lindóia, 2013.

OLIVEIRA, Vanessa Elias; SILVA, Mariana Pereira; MARCHETTI, Vitor. Judiciário e Políticas Públicas: a judicialização da educação infantil em São Paulo. **Educação & Sociedade**, v. 39, n. 144, 2018.

PEPE, Vera Lúcia E. *et al.* A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 15, p. 2405-2414, 2010.

RODRIGUES, Rayane Vieira; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judicialização da política de educação: interações Judiciário-Executivo em São Bernardo do Campo (SP). **Revista Brasileira de Iniciação Científica**, v. 4, n. 4, 2017.

SILVA, Andreia Regina Haas; DALLA CORTE, Ezequiel. Judicialização na assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde. **Ciência em Movimento**, v. 13, n. 27, p. 19-25, 2011.

SILVA, Naiane Louback da. The judicialization of the Continued Benefit Payments (BPC) from provision of social assistance. **Serviço Social & Sociedade**, v. 111, p. 555-575, 2012.

SILVEIRA, Adriana A. Dragone. A exigibilidade do direito à educação básica pelo Sistema de Justiça: uma análise da produção brasileira do conhecimento. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, v. 24, n. 3, p. 537-555, 2008.

SILVEIRA, Adriana A. Dragone. Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica. **Jornal de Políticas Educacionais**, v. 5, n. 9, p. 30-40, 2011.

SMULOVITZ, Catalina. Legal inequality and federalism: Domestic violence laws in the Argentine Provinces. **Latin American Politics and Society**, v. 57, n. 3, p. 1-26, 2015.

TAYLOR, Matthew M. The judiciary and public policies in Brazil. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, v. 50, n. 2, 2007.

TRAVASSOS, Denise Vieira *et al.* Judicialização da Saúde: um estudo de caso de três tribunais brasileiros. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 18, p. 3419-3429, 2013.

WANG, Daniel; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Reaching Out of the Needy? Access to Justice and Public Attorneys' Role in Right to Health Litigation in the City of São Paulo. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 10, n. 18, p. 159-179, 2013.

WANG, Daniel *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública**, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, 2014.

ESTUDO DE CASO

CASE STUDY

**UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL
AND ITS MECHANISMS**

*O CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS
E SEUS MECANISMOS*

Erico Lima de Oliveira

(Doctor in International Law - Universidade de São Paulo.

Regional Human Rights Defender)

erico.oliveira@dpu.def.br

ABSTRACT

The distinction between legal and political mechanisms of monitoring and enforcing international human rights law is clear although it may not always appear to be the case specially to anyone who is not dealing with this subject-matter daily. The reason for the confusion comes from the essence of international legal institutions which do not have powers that are common in domestic jurisdictions. In this regard, sometimes political mechanisms play a part in international legal institutions that are not quite usual in their domestic counterparts. In this essay, I will explain where the distinction between these mechanisms is and why it is clear even though sometimes it seems to be the opposite. First, I will explain what the political and legal mechanisms of monitoring and enforcing international human rights law are. Second, I will examine where lies the distinction between them. Third, I will list the points of convergence between these mechanisms. In conclusion, I will finish by suggesting some guidelines that will help to identify the separation between legal and political mechanisms.

Keywords: Human rights. Monitoring. Enforcement of legal and political mechanisms.

RESUMO

A distinção entre mecanismos jurídicos e políticos de monitorização e aplicação do direito internacional em matéria de direitos humanos é clara, embora possa nem sempre parecer ser o caso, especialmente para quem não

lida diariamente com esse assunto. A razão para a confusão vem da essência das instituições jurídicas internacionais que não possuem poderes comuns nas jurisdições nacionais. A esse respeito, por vezes, os mecanismos políticos desempenham um papel nas instituições jurídicas internacionais que não é muito habitual nos seus homólogos nacionais. Neste estudo, explicarei onde está a distinção entre esses mecanismos e por que ela é clara, embora às vezes pareça ser o contrário. Em primeiro lugar, explicarei quais são os mecanismos políticos e jurídicos de monitorização e aplicação do direito internacional dos direitos humanos. Em segundo lugar, examinarei onde reside a distinção entre eles. Terceiro, listarei os pontos de convergência entre esses mecanismos. Para concluir, terminarei sugerindo algumas orientações que ajudarão a identificar a separação entre mecanismos jurídicos e políticos.

Palavras-chave: Direitos humanos. Monitoramento. Aplicação de mecanismos legais e políticos.

SUMMARY

1. LEGAL AND POLITICAL MECHANISMS OF MONITORING AND ENFORCING THE IHRL. 2. DISTINCTION BETWEEN LEGAL AND POLITICAL MECHANISMS OF IHRL. 3. POINTS OF CONVERGENCE BETWEEN LEGAL AND POLITICAL MECHANISMS OF IHRL. 4. CONCLUSION.

Data de submissão: 17/10/2024

Data de aceitação: 29/10/2024

1. LEGAL AND POLITICAL MECHANISMS OF MONITORING AND ENFORCING THE IHRL

The human rights global system was established after World War II due to a consensus that the tragedies which occurred during the conflict could not take place anymore. Although the idea of international human rights was not new, it gained traction while building a new world order after 1945. The key documents that established human rights as one of the foundations of this order are the Charter of the United Nations (UN) and the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). These texts are the

starting point to understand the charter-based mechanisms and the treaty-based mechanisms of monitoring and enforcement of IHRL. As explained by Steven Wheatley, “[o]nce it was accepted the human rights provisions in the Charter created legal commitments for Member States, the next step was to explain the content of the obligation to promote human rights”¹.

Despite using the language of international law, the charter-based mechanisms “are often determined by circumstances on an ad hoc basis; their outcome is frequently influenced by political considerations; and result in resolutions and recommendations which derive their authority mainly from their political significance”². The UDHR turned into concrete terms what was the idea of human rights law. It “marked a turning point in international human rights protection due to its comprehensive content and wide geographic remit”³. The UN Charter specifically mandated the Economic and Social Council (ECOSOC) to set up a commission for the promotion of human rights⁴ which “operated from 1946 until 2005, and its work can be divided into two main areas: standard-setting and the protection and promotion of human rights”⁵.

The Commission on Human Rights was the starting point of the charter-based mechanisms where it was understood that all States have human rights obligations as members of the UN. However, in the beginning the UN “gave priority to human rights promotion actions, such as drafting the international human rights instruments, and repeatedly rejected the notion that it had a protection mandate”⁶ which was known as the “no power to act doctrine”. In this regard, ECOSOC Resolutions 1235 (1967) and 1503 (1970) represented a turning point in the mandate of the UN regarding human rights for they “made clear that some human rights issues did not fall within the reserved domain of UN Member States, but they drew a clear distinction between the rights in the UDHR and the limited circumstances

¹ WHEATLEY, S. **The idea of International Human Rights Law**, 2019, p. 69.

² KÄLIN, W.; KÜNZLI, J. **The Law of International Human Rights Protection**, 2019, p. 192.

³ O’BOYLE, M.; LAFFERTY, M. General Principles and Constitutions as Sources of Human Rights Law. *In*: SHELTON, D. (ed.). **The Oxford Handbook of International Human Rights Law**, 2015, p. 195.

⁴ United Nations Charter, article 68.

⁵ FREEDMAN, R. The Human Rights Council. *In*: MÉGRET, F.; ALSTON, P. (ed.). **The United Nations and Human Rights**, 2020, p. 183.

⁶ LIMON, M.; POWER, H. **History of the United Nations Special Procedures Mechanism: Origins, Evolution and Reform**, 2014, p. 4.

in which the Organization would intervene, where there was evidence of ‘gross and systematic violations’⁷.

Finally, the establishment of the Human Rights Council by Resolution 60/251 marked the last chapter of the charter-based mechanisms. The Council due to its universal reach represents the political expression of the United Nations human rights protection through the charter-based mechanisms: the Universal Periodic Review and the Special Sessions, besides the special procedures of the Council for being “a unique body, combining the most intensely political elements, a high degree of reliance on expertise, and in situ human rights investigations in order to fulfil its duties to protect, to promote and to develop international human rights law”⁸.

The tools of the Human Rights Council to address human rights violations have global reach. The Universal Periodic Review is a mechanism based on dialogue in a manner that the State under review submits itself to the evaluation of other States regarding its human rights obligations. Even though international law maybe the starting point of the constructive dialogue, it goes beyond the law since recommendations regarding human rights policies are often produced. According to Resolution 5/1 the UPR should “[b]e a cooperative mechanism based on objective and reliable information and on interactive dialogue”⁹.

In turn, the special sessions of the HRC, “may focus on any grave or crisis human rights situations, either country-specific or thematic”¹⁰ and, finally, special procedures mandate holders are experts in their individual capacity who may address any subject-matter according to their mandate. The mechanism covers “all UN Member States, unlike at treaty bodies which only deal with states party to the relevant treaty”¹¹. The Human Rights Council also has a complaint procedure which is not designed to deal with individual cases¹² but rather “to address consistent patterns of gross and

⁷ WHEATLEY, S. **The idea of International Human Rights Law**, 2019, p. 88.

⁸ FREEDMAN, R. The Human Rights Council. *In*: MÉGRET, F.; ALSTON, P. (ed.). **The United Nations and Human Rights**, 2020, p. 181.

⁹ UNITED NATIONS. Resolution A/HRC/RES/5/1, par. 3(b), 2006.

¹⁰ FREEDMAN, *op. cit.*, p. 225.

¹¹ *Ibidem*, p. 228.

¹² KÄLIN, W.; KÜNZLI, J. **The Law of International Human Rights Protection**, 2019, p. 242.

reliably attested violations of all human rights and all fundamental freedoms occurring in any part of the world and under any circumstances”¹³.

Treaty-based mechanisms, on the other hand, serve as the legal tools for monitoring and enforcing IHRL. They “follow detailed and strict procedural rules, exclusively apply the substantial guarantees of the treaty concerned; and, depending on the treaty, result in full-fledged judgements (regional courts) or decisions or conclusions with considerable quasi-judicial authority (UN treaty bodies)”¹⁴. These mechanisms are the committees responsible for monitoring the core UN human rights treaty system and the human rights courts and even the International Court of Justice. The Committees basically have five functions:

[...] first, review of reports that states undertake to submit after becoming party to the treaty; second, at least implicitly, general comments on the nature and scope of the treaties’ provisions; third, interstate complaints; fourth, individual complaints; and fifth, inquiries into general practices that violate the respective treaty¹⁵.

The views and opinions taken in litigation procedures (individual and interstate complaints)¹⁶ in treaty-bodies are known as quasi-judicial mechanisms for they are not legally binding even though some authors “argue the quasi-judicial nature of the mechanisms means the outcomes have precedential value”¹⁷. The International Court of Justice has expressed its own view about the legal nature of opinions adopted by treaty-bodies by saying that:

[...] [a]lthough the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that

¹³ UNITED NATIONS. Resolution A/HRC/RES/5/1, par. 85, 2006.

¹⁴ KÄLIN, W.; KÜNZLI, J. **The Law of International Human Rights Protection**, 2019, p. 192.

¹⁵ RODLEY, N. S. The role and impact of treaty bodies. In: SHELTON, D. (ed). **The Oxford Handbook of International Human Rights Law**, 2015, p. 626.

¹⁶ KÄLIN, KÜNZLI, *op. cit.*, p. 193.

¹⁷ WHEATLEY, S. **The idea of International Human Rights Law**, 2019, p. 115.

was established specifically to supervise the application of that treaty¹⁸.

The decisions issued by regional courts such as the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights, by their turn, are legally binding on States that are parties in a litigation procedure which means that they have a legal obligation to comply with the outcomes of judgements. The biggest distinction between the legal phase and the political phase of procedures is in the implementation of decisions.

2. DISTINCTION BETWEEN LEGAL AND POLITICAL MECHANISMS OF IHRL

The procedures before quasi-judicial and judicial bodies are regulated by law until the implementation of opinions or views and decisions. In the case of treaty-bodies, “implementation has become one of the Achilles heels of complaints procedures given the prevalence of partial or complete non-compliance”¹⁹. Since “the UN system has no political organ with a mandate to follow up treaty body decisions”²⁰. In order to help the implementation of its views and opinions, the Human Rights Committee has issued a General Comment establishing that “[i]t is to be noted that failure by a State party to implement the Views of the Committee in a given case becomes a matter of public record through the publication of the Committee’s decisions, inter alia, in its annual reports to the General Meeting”²¹.

The execution of judgements is also the subject of political debates specially regarding pressures and sanctions. In the European system of human rights, “[t]he Committee of Ministers is the organ of the Council of Europe which is alone charged with the task of supervising the execution of these judgements”²². There are some sanctions that the Committee may take but “the ultimate sanction available to the Committee is the threat of expulsion

¹⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo), Merits, Judgement, ICJ Rep 2010, p. 639, par. 66. WHEATLEY, S. **The idea of International Human Rights Law**, 2019, p. 115.

¹⁹ BANTEKAS, I.; OETTE, L. **International Human Rights Law and Practice**, 2016, p. 323.

²⁰ KÄLIN, W.; KÜNZLI, J. **The Law of International Human Rights Protection**, 2019, p. 218.

²¹ UNITED NATIONS. CCPR/C/GC/33, 25 June 2009, par. 17

²² WHYTE, R. C. A.; OVEY, C. **The European Convention on Human Rights**, 2010, p. 52.

from the Council of Europe under Articles 3 and 8 of the Council's Statute"²³. Article 3 of the Statute of the Council of Europe establishes that "[e]very member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms [...]"²⁴ and Article 8 says that "[a]ny member of the Council of Europe which has seriously violated Article 3 may be suspended from its rights of representation [...]"²⁵.

In this topic, the Inter-American system is different from its European equivalent since it "does not contemplate compliance oversight by a Committee of Ministers. Instead, the Inter-American Court has jurisdiction to monitor compliance with its own judgements until a State fully complies with its orders"²⁶. The cases before the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) have a supervision phase which is conducted by the Court itself. The reason why such supervision is important is that "[i]f its decisions are not implemented in State domestic systems, the protections of the Inter-American human rights system are merely illusory and more akin to declaratory judgements"²⁷. According to the American Convention on Human Rights:

[...] [t]o each regular session of the General Meeting of the Organization of American States the Court shall submit, for the Assembly's consideration, a report on its work during the previous year. It shall specify, in particular, the cases in which a state has not complied with its judgments, making any pertinent recommendations²⁸.

The OAS/GA in this regard:

[...] does not take action to influence those States that have not complied, but it has passed a resolution informing State Parties that they must deliver the information on compliance to the Court in a timely manner for the Court to comply with its obligation to

²³ WHYTE, R. C. A.; OVEY, C. **The European Convention on Human Rights**, 2010, p. 62.

²⁴ Statute of the Council of Europe, Article 3.

²⁵ Statute of the Council of Europe, Article 8.

²⁶ CAVALLARO, J. L. *et al.* **Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System**, 2019, p. 485.

²⁷ PASQUALUCCI, J. M. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**, 2013, p. 303.

²⁸ American Convention on Human Rights, article 65.

inform the General Assembly of State compliance with its judgements²⁹.

Such Resolution also expresses that “the judgments of the Inter-American Court of Human Rights are final and may not be appealed, and that the states parties to the American Convention on Human Rights undertake to comply with the decisions of the Court in all cases to which they are party”³⁰. Thus, even though the General Assembly would not take any concrete action towards the implementation of decisions issued by the IACHR, the mere mention that a State-party is not complying with these decisions, brings political pressure on such a State.

Thus, the biggest distinction between legal and political mechanisms of IHRL is based on the fact that both use international law as a source for their decisions but the former still needs support from political bodies to implement them when there is non-compliance since the international order is decentralized whilst the latter can rely on a higher degree of pressure since its decisions are political from the very beginning. A decision issued by regional courts or treaty-bodies if is not implemented by the State-party can be the object of political pressure, but the result of such pressure will depend on the actors and the subject-matter involved whilst a decision taken by a political body such as the Human Rights Council is likely to get more attention as it is the result of dialogue between States and other stakeholders.

3. POINTS OF CONVERGENCE BETWEEN LEGAL AND POLITICAL MECHANISMS OF IHRL

Lack of compliance of international human rights norms and decisions by States is what approaches legal and political mechanisms. There are several reasons why States follow international rules. The normative behavior explains that “[a]n actor follow a law or norm when compliance is motivated by the inherent validity of the norm or law”³¹ whilst the

²⁹ PASQUALUCCI, J. M. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**, 2013, p. 305.

³⁰ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Resolution AG/RES. 2292 (XXXVII-O/07), 2007, par. 3

³¹ SCICLUNA, N. **The Politics of International Law**, 2021, p. 94.

instrumentalist behavior explains “an actor merely conforms to a law or norm when compliance is motivated by other considerations, such as the costs and benefits of compliance/non-compliance”³². Norm internalization is an excellent starting point to measure compliance in the sense that “[t]he proclamation of certain standards at the international level, whether via formally codified agreements or soft law instruments, may also be picked up by domestic actors, which then put pressure on their governments to comply”³³.

In this scenario, organized civil societies can pressure domestic actors in the sense making it more difficult for their States to disregard international decisions and therefore, there is no need to go into political mechanisms. However, in the case of States that do not have well organized civil societies, the international community must be involved to put pressure on these States to obtain compliance with international decisions. It can do so using some tools such as positive or negative inducements which are incentives given to States to comply with international legal decisions.

Positive inducements “may take various forms, including foreign aid, preferential loans, military cooperation, access to trade or other economic benefits”³⁴. Negative inducements, on the other hand, “may include sanctions, expulsion from international organizations, exclusion from the benefits of participation in international regimes, the breaking off of international relations, and even the use of force”³⁵. Also, the power of reputation plays an important role in compliance. A State which is perceived by the international community as follower of international decisions in human rights will find it easier to make deals in other areas of international law such as trade law. *A contrario sensu*, “an actor with a poor reputation for compliance with international agreements may find it harder to strike new agreements”³⁶. However, it is still argued whether reputation in human rights affects other areas as “China’s poor human rights record does not seem to have seriously impeded its economic relations with other states”³⁷.

³² SCICLUNA, N. **The Politics of International Law**, 2021, p. 94.

³³ *Ibidem*, p. 102.

³⁴ *Ibidem*, p. 95.

³⁵ *Ibidem*, p. 95.

³⁶ *Ibidem*, p. 98.

³⁷ *Ibidem*, p. 98.

In other words, IHRL legal decisions tend to reach a certain point and if they are not complied with by States, it is the role of IHRL political mechanisms to force compliance by using inducements or by appealing to the power of reputation.

4. CONCLUSION

Decisions issued by legal and political mechanisms of monitoring and enforcing the IHRL must be complied with by State parties. However, since international law is decentralized, compliance is not always a reality. IHRL has evolved since the days of the “no power to act” doctrine and nowadays, these bodies establish human rights standards that no country can disobey although sometimes even decisions originated from legal mechanisms are not followed and here lies the biggest distinction between international and domestic legal orders: the fact that the former needs support from political bodies to implement its decisions whilst the latter prescinds such support.

The reason why such distinction does not seem to be clear sometimes is because both mechanisms use international law as a source to sustain their decisions but whilst legal mechanisms have a stricter mandate to confront the acts attributable to the State and check whether they violate the respective treaty, political mechanisms go further by maintaining a permanent dialogue with States, including those responsible for human rights violations. The global human rights system as it stands nowadays has two roads that go to the same direction but choosing different paths. The legal and political paths seek the same goal, but they adopt different strategies which sometimes are intertwined, hence the need to distinguish them.

REFERENCES

BANTEKAS, I.; OETTE, L. **International Human Rights Law and Practice**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

CAVALLARO, J. *et al.* **Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

KÄLIN, W.; KÜNZLI, J. **The Law of International Human Rights Protection**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

LIMON, M.; POWER, H. **History of the United Nations Special Procedures Mechanism: Origins, Evolution and Reform.** Universal Rights Group, 2014.

MÉGRET, F.; ALSTON, P. (ed.). **The United Nations and Human Rights.** 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2020.

PASQUALUCCI, J. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights.** 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

SCICLUNA, N. **The Politics of International Law.** Oxford: Oxford University Press, 2021.

SHELTON, D. (ed.). **The Oxford Handbook of International Human Rights Law.** Oxford: Oxford University Press, 2015.

WHEATLEY, S. **The idea of International Human Rights Law.** Oxford: Oxford University Press, 2019.

WHYTE, R.; OVEY, C. **The European Convention on Human Rights.** 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Case

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo), Merits, Judgement, ICJ Rep 2010.

Resolutions

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. General Comment 33 Obligations of States parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/GC/33, 25 June 2009.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. Institution-building of the United Nations Human Rights Council. Resolution A/HRC/RES/5/1, 2006.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Resolution AG/RES. 2292 (XXXVII-O/07). Observations and Recommendations of the Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights, 2007.

International Treaties

American Convention on Human Rights “Pact of San José, Costa Rica”. UN Treaty Series, vol. 1144, Aug. 1979.

Statute of the Council of Europe. London, 1949.

United Nations Charter. San Francisco, 1945.

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 devem 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 10520:2023 e 6023:2018). 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 por meio da Coordenação de Incentivo à Pesquisa e Publicação pelo e-mail publicacoes.enadpu@dpu.def.br.

Os colaboradores desta Revista possuem ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade pelas ideias e pelos 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, philosophical, historiographical, 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.enadpu@dpu.def.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 they must 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 - 10520:2023 and 6023:2018). 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 information may be obtained from the Coordination of incentive to research a publication by the e-mail publicacoes.enadpu@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.