

9

ISSN: 1984-0322

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO



ESCOLA
SUPERIOR

Janeiro/Dezembro de 2016
Brasília/DF

Nº 9

ISSN: 1984-0322

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA SUPERIOR

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Janeiro/Dezembro de 2016

Brasília/DF

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Carlos Eduardo Barbosa Paz

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Edson Rodrigues Marques

CORREGEDOR-GERAL FEDERAL

Lúcio Ferreira Guedes

CONSELHO SUPERIOR

Defensora Pública Federal de Segunda Categoria

Carolina Moreira Botelho de Deus

Defensora Pública Federal de Categoria Especial

Flávia Borges Margi

Defensora Pública Federal de Primeira Categoria

Karina Rocha Mitleg Bayerl

Defensor Público Federal de Primeira Categoria

Leonardo Cardoso de Magalhães

Defensor Público Federal de Categoria Especial

Marcos Antônio Paderes Barbosa

Defensor Público Federal de Segunda Categoria

Thomas de Oliveira Gonçalves

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA SUPERIOR

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Nº 9 Janeiro/Dezembro de 2016

Brasília, DF

ISSN 1984-0322 (impresso)

ISSN 2448-4555 (online)

R. Defensoria Públ. União	Brasília, DF	n. 9	p. 1-504	jan/dez. 2016
---------------------------	--------------	------	----------	---------------

© 2016 Defensoria Pública da União.

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

Missão:

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

Coordenação, editoração, distribuição e informações:

Escola Superior da Defensoria Pública da União – ESDPU
SAUN Quadra 05 Lote C Centro Empresarial CNC Torre C 16º andar
70.302-000 - Brasília – DF
Tel.: (61) 3318-0287 - Visite nosso site: www.dpu.def.br/esdpu/revista
E-mail para submissão de originais: publicacoes.esdpu@dpu.def.br

Escola Superior da Defensoria Pública da União – ESDPU:

Fernando Mauro Barbosa de Oliveira Junior - Diretor

Conselho Editorial

Conselheiros Endógenos:

Érica de Oliveira Hartmann - Editora-Chefe
Ana Luisa Zago de Moraes
Isabel Penido de Campos Machado
João Freitas de Castro Chaves

Conselheiros Exógenos:

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

Pareceristas desta edição:

Flávio Roberto Batista
Thiago Barison
Eliane Fiorini Vargas
Larissa Fischer Sbrissia Dissenha
Rui Carlo Dissenha
Eros Belin de Moura Cordeiro

Editora-Assistente:

Giovanna Maria Frisso

Equipe de Produção Editorial:

Divisão de Gestão do Conhecimento – DIGCO/ESDPU

Capa e Diagramação:

Assessoria de Comunicação Social - ASCOM

Revista da Defensoria Pública da União / Defensoria Pública da União. – N. 9 (jan./dez.2016). Brasília: DPU, 2016-

v. ; 28, cm.

ISSN 1984-0322

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

CDDir 341.46218

SUMÁRIO

Apresentação: Fernando Mauro Barbosa de Oliveira Junior	9
Editorial: Érica de Oliveira Hartmann	11

ACESSO À JUSTIÇA E DIREITO PROCESSUAL

O dever de fundamentação da sentença como controle da aplicação dos precedentes judiciais	
<i>The duty to state reasons for judicial decisions as control of the application of judicial precedents</i>	15
<i>Thaís Aurélia Garcia e Vinícius Gonçalves Almeida</i>	

Acesso à justiça: notas de um direito social sob o prisma de Amartya Sen	
<i>Access to justice: notes of a social right through the Amartya Sen's perspective</i>	39
<i>Artur alves pinho vieira e Fernando Henrique Aguiar Seco de Alvarenga.</i>	

Os reais contornos da defensoria pública brasileira: exercendo função de Ombudsman em defesa dos direitos humanos	
<i>The real profiles of brazilian public defender: exercising Ombudsman function in defense of human rights</i>	65
<i>Daniela Vieira de Melo</i>	

DIREITOS FUNDAMENTAIS E COLETIVOS

Defensoria pública e a tutela do acesso à internet	
<i>Public defender's office and internet access protection</i>	95
<i>Víctor Augusto Lima de Paula</i>	

O direito fundamental à saúde sob o prisma do princípio da publicidade	
<i>The fundamental health right under the light of publicity right</i>	115
<i>Guillermo Rojas de Cerqueira Cesar e Anthony Daniel de Campos Rodrigues</i>	

O direito à saúde e a Defensoria Pública da União	
<i>The right to health and the Federal Public Defender Office</i>	131
<i>Mariana Cavalcante Ouverney</i>	

A relação de trabalho do imigrante ilegal: uma análise constitucional da proteção aos direitos fundamentais e do acesso à justiça trabalhista	
<i>The illegal immigrant employment relation: a constitutional analysis of the protection of fundamental rights and the access to labor justice</i>	155
<i>Vanessa Batista Oliveira, Mateus Rodrigues Lins e Thiago Pessoa Colares</i>	

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Reabilitação profissional e Decreto 3048/99: obstáculo para a efetivação do direito fundamental ao trabalho do segurado reabilitado pelo INSS	183
<i>Professional rehabilitation and Decree number 3048/99: an obstacle to the effective implementation of the fundamental right to work of the insured rehabilitated by INSS</i> <i>Lidiane da Penha Segal</i>	
Breve estudo sobre o instituto da desaposentação	211
<i>Brief study on the "desaposentação" institute</i> <i>Fernando Meneguetti Chaparro e Andréia Stella Martinez</i>	
O direito fundamental social à prestação previdenciária: a importância do auxílio-reclusão à luz do princípio da vedação ao retrocesso social	233
<i>The fundamental right to social security provision: the aid-seclusion in the perspective of the principle of sealing to the social regression</i> <i>Raquel Tavares Paula</i>	
Cobertura Previdenciária Estimada (COPES): gestão pública versus legalidade	257
<i>Estimated coverage program (copes): public management versus legality</i> <i>Michelle Cristina Kuzler</i>	
CIÊNCIAS CRIMINAIS	
Compreensão constitucionalmente adequada do bem jurídico no crime de moeda falsa: possibilidade de controle de sua tipicidade material	279
<i>Constitutionally adequate comprehension of the juridical asset in the counterfeit currency crime: possibility of controlling its material legality</i> <i>Francisco Nogueira Machado</i>	
Sistema Penitenciário Federal e a violação dos direitos individuais do preso: uma reflexão crítica sobre os critérios de seleção dos inimigos do Estado brasileiro	307
<i>The federal penitentiary system and the violation of prisoner's rights: a critical reflection of the selection criteria of brazilian enemies of the state</i> <i>Gabriel Cesar dos Santos</i>	
O papel da Defensoria Pública da União na execução penal: perspectivas e desafios	337
<i>The role of Public Defender of the Union in criminal enforcement: prospects and challenges</i> <i>Adriano Resende de Vasconcelos</i>	
Institucionalismo jurídico e escravidão contemporânea no Brasil	363
<i>Legal institutionalism and modern slavery in Brazil</i> <i>Fabiana Galera Severo</i>	

Direito à liberdade: controvérsias quanto à previsão da fuga como falta disciplinar de natureza grave	383
<i>Right to freedom : controversies on the forecast of escape as an administrative violation</i>	
<i>Leonardo Melo Moreira e Rafael da Escóssia</i>	

DIREITO COMPARADO E INTERNACIONAL

Tráfico internacional de pessoas e prostituição: paradoxos entre o protocolo de palermo e o código penal brasileiro no tocante ao consentimento	405
<i>Trafficking international people and prostitution: paradoxes between the protocol of palermo and the brazilian penal code in relation to the consent</i>	
<i>Francisco Eduardo Falconi de Andrade</i>	

Defesa Pro se e right to counsel na jurisprudência da suprema corte dos Estados Unidos da América e uma breve reflexão sobre o papel da Defensoria Pública no processo penal brasileiro	431
<i>Pro se defense and right to counsel in the United States Supreme Court jurisprudence and a brief view of the role of the Public Defenders office in Brazilian criminal procedure system</i>	
<i>Maria Helena Damasceno e Silva Megale e Marcelo Paes Ferreira da Silva</i>	

BOAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS

Trilhando novos caminhos - a legitimidade extraordinária da Defensoria Pública na defesa de pessoas em situação de vulnerabilidade: garantia e efetividade do direito constitucional à saúde	455
<i>Blazing new trails - extraordinary legitimacy of the Public Defenders in defense of people in vulnerable situation: guaranty and effectiveness of the constitutional right to health</i>	
<i>por Andrea Carius de Sá, Marília Gonçalves Pimenta e Cleber Francisco Alves</i>	

Programa acesso à justiça: linha direta de comunicação com o assistido.	467
<i>Access to justice program: a direct line of communication with the citizen</i>	
<i>por Maria Carolina Andrade</i>	

Educação em direitos na escola: relato de experiência da defensoria pública do estado do Paraná - Cianorte	475
<i>Rights education in school: experience report of the defensoria pública do estado do Paraná - Cianorte</i>	
<i>por Aline Daniele Hoepers, Juscelene Galdino da Silva e Tânia Cristina Cordeiro Aldivino</i>	

ESTUDOS DE CASO

Escalpelamento: política pública para a população invisível	481
<i>Scalping: justice for the invisible population</i>	
<i>Luciene Strada de Oliveira</i>	

Orientações para autores	499
---------------------------------	-----

APRESENTAÇÃO

Com muita satisfação e alegria, lançamos a 9ª edição da Revista da Defensoria Pública da União, que, mais uma vez, apresenta ao leitor artigos com assuntos relacionados à Defensoria Pública, à promoção dos direitos humanos e ao acesso à justiça.

Esta edição exhibe algumas novidades, em relação às últimas edições, quais sejam: o sumário e os artigos deste periódico estão organizados por temas e substituímos a seção “resenhas e comentários à jurisprudência” por “boas práticas e estudos de caso”.

O objetivo da primeira alteração foi trazer uma maior organização para a revista e facilitar a localização e a busca por textos do interesse do leitor, considerando, também, que é uma prática adotada em outras revistas jurídicas especializadas.

Com a segunda modificação, almeja-se divulgar, valorizar e incentivar as boas práticas e atuações que digam respeito ao desígnio temático desta Revista (Defensoria Pública, à promoção dos direitos humanos e ao acesso à justiça), a fim de impedir que estas atuações passem despercebidas pelo mundo acadêmico.

É importante destacar, ainda, que esta edição conta com 18 artigos, o que reflete o crescente interesse na Revista. Com esse número de artigos, cumprimos também um dos requisitos formais de qualificação da revista, estabelecido pela CAPES.

Aproveito a oportunidade, para agradecer o brilhante e indispensável trabalho exercido pelos membros do Conselho Editorial, na pessoa da Editora-Chefe, Dra. Érica de Oliveira Hartmann, cuja atuação permitiu a realização desta edição.

Boa leitura!

FERNANDO MAURO BARBOSA DE OLIVEIRA JUNIOR

Diretor da Escola Superior da Defensoria Pública da União

EDITORIAL

Mais uma vez, é com grande satisfação que a Escola Superior da DPU lança outro número de sua revista, o número 9, referente ao período de janeiro a dezembro de 2016.

Sempre com vistas a alcançar os critérios de excelência exigido pela CAPES (Qualis), temos conseguido inclusive manter a periodicidade exigida para classificação do periódico dentre aqueles de maior qualidade do país.

E este número traz uma grande novidade, uma nova seção dedicada às boas práticas institucionais, por meio da qual não só se pretende dar publicidade aos trabalhos desenvolvidos nas unidades das Defensorias Públicas pelo Brasil, mas sobretudo que essas boas práticas sirvam de modelo e incentivo e sejam adotadas pelo maior número de unidades, com vistas a beneficiar o maior número de assistidos.

Também neste número, na seção de estudos de casos, vem destacado um importantíssimo projeto desenvolvido no âmbito da DPU, sob a coordenação da Dra. Luciene Strada, que teve por objetivo erradicar o processo de escarpelamento por embarcação, servindo de base para implantação de políticas públicas com tal fim.

Ademais, contamos com excelentes trabalhos nas áreas de acesso à justiça, direitos fundamentais e coletivos, direito previdenciário, ciências criminais e direito comparado e internacional.

Agradeço imensamente a todos os autores que submeteram seus trabalhos ao Conselho Editorial! É com alegria que vemos o número de submissões crescer a cada dia, o que demonstra não só o reconhecimento da qualidade do periódico pelos autores que enviam seus trabalhos, mas também o crescente interesse pela pesquisa e discussão dos temas afetos à temática da Revista.

Boa leitura a todos!

ÉRICA DE OLIVEIRA HARTMANN

Editora-Chefe da Revista da DPU

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA
SENTENÇA COMO CONTROLE DA
APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Thaís Aurélio Garcia

Vinicius Gonçalves Almeida

*THE DUTY TO STATE REASONS FOR JUDICIAL
DECISIONS AS CONTROL OF THE APPLICATION
OF JUDICIAL PRECEDENTS*

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA COMO CONTROLE DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

THE DUTY TO STATE REASONS FOR JUDICIAL DECISIONS AS CONTROL OF THE APPLICATION OF JUDICIAL PRECEDENTS

Thais Aurélio Garcia

*Mestranda em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense
Defensora Pública Federal*

Vinicius Gonçalves Almeida

Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense Advogado

RESUMO

O dever de motivação das decisões judiciais, valorizado, sobretudo, após o Iluminismo, consiste em garantia dos jurisdicionados contra atos de arbitrariedades, violadores dos direitos fundamentais. A previsão constitucional brasileira desse dever, aliada à consequência do respectivo desrespeito, relativa à nulidade, revelam a constitucionalização de uma norma processual, que se irradiou sobremaneira com a publicação do Código de Processo Civil de 2015. A valorização dos precedentes judiciais, na prática forense, demanda o estabelecimento de balizas para que o labor intelectual decorrente da motivação não se esvaia. Ainda que se invoque um precedente judicial na decisão, há, ainda, a necessidade de indicação dos motivos de fato e de direito, em que se funda essa decisão. No julgamento, vigora a arte de persuadir e, por essa razão, que a nova ordem processual elenca diversas hipóteses em que não se considera qualquer decisão judicial fundamentada, com vistas a tornar mais legítima a jurisdição.

Palavras-chave: Motivação. Persuasão racional. Precedentes judiciais. Novo CPC. Legitimidade da jurisdição.

ABSTRACT

The duty of motivation of judgments, valued, especially after the Enlightenment, is to guarantee the jurisdictional against acts of arbitrariness, fundamental rights violators. The Brazilian constitutional provision of this duty, coupled with the result of their disregard on the nullity, reveal a constitution of a procedural rule, which greatly radiated with the publication of the Civil Procedure Code of 2015. The appreciation of the judicial precedents, in forensic practice, demand the establishment of goals for the intellectual labor due to the motivation not fading. Although it claims a legal precedent in the decision, there is also the need for indication of the fact and reasons of law, which underpins that decision. At trial, the art of persuasion force and, therefore, that the new procedural lists several cases in which it does not consider any court reasoned decision, in order to make it legitimate jurisdiction.

Keywords: Motivation. Rational persuasion. Judicial precedents. New CPC. Legitimacy of jurisdiction.

Data de submissão: 03/05/2015

Data de aceitação: 13/07/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 ANÁLISE HISTÓRICA DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. 2 A MOTIVAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS E A LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO. 3 O TRATAMENTO DA PERSUASÃO RACIONAL NO CPC DE 2015. 4 A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES E A MOTIVAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Não são raras as vezes que os defensores públicos e advogados se deparam com decisões judiciais que fazem a mera alusão a dispositivo legal, a precedente judicial ou a exclusiva adoção das alegações finais do Ministério Público Acusador, como razões de decidir, acreditando-se estarem sob o manto da fundamentação.

A respeito disso, indaga-se: o que é fundamentar uma decisão judicial? Trata-se de um processo de conferir adequação do fato à norma, expondo as respectivas razões. Nesse contexto, para que haja motivação idônea, o magistrado deve considerar todos os elementos probatórios e indicar nos autos onde se encontram as fontes da convicção judicial.

Pertinente, portanto, o entendimento de Guido Calogero, já que a motivação se projeta como exposição histórica, considerando que o trabalho do juiz é como o do historiador, que deve fazer uma reconstrução histórica dos fatos pertinentes a determinada situação concreta.¹

Ademais, Michele Taruffo considera que a motivação das decisões judiciais constitui o instrumento material do processo de comunicação, sobretudo porque o juiz, ao expor os motivos, comunica solenemente a *ratio decidendi* às partes, a eventuais interessados e ao órgão *ad quem*. Para o citado autor, ainda, como fonte indícios, a motivação consiste nas conclusões que o observador/leitor extrai dos diversos fatos expostos nas razões do julgamento² (qual o sentimento do juiz em relação a certa testemunha, por exemplo).

Em contrapartida, para Ennio Amodio, a motivação da sentença deve ser encarada como discurso judicial regulamentado pelo ordenamento jurídico.³ Extrai-se a necessidade do dever de diálogo do magistrado com as partes, em nítida valorização do contraditório participativo.

Também é conferida à motivação o caráter de labor intelectual, de conteúdo crítico, lógico e metalógico (intuitivo), que engloba um conjunto de reflexões de fato e de direito do qual o juiz extrai o julgamento.⁴ Consiste, na construção de um raciocínio suficiente para que dos fatos, considerados pelo juiz, qualquer homem sensato possa compreender a

¹ CALOGERO, G. **La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione**, 1964, p. 129 e 178.

² TARUFFO, M. **La motivazione della sentenza civile**, 1975, p. 38, 43 e 57.

³ AMODIO, E. **Motivazione della sentenza penale**. IN: ED, 1977. v. 27, p. 185.

⁴ TUCCI, J. R. C. e. **A motivação da sentença o processo civil**, 1987, p. 14.

conclusão contida na parte dispositiva da sentença.⁵

Por serem uma obrigatoriedade a transparência e os esclarecimentos das razões da escolha, é que a motivação da sentença alberga uma garantia contra os excessos, os erros na apreciação, as falhas, em suma: os vícios do julgamento. Em razão disso, a motivação de fato e de direito é parte indeclinável da sentença e se perfectibiliza como um ato processual, essencial à boa administração da Justiça, não se admitindo lacuna nesse quesito.

A fundamentação é exigência do princípio da persuasão racional, de sorte que é lícito ao julgador optar por solução que repute merecedora de crédito, contudo, deve indicar os motivos de fato e de direito em que se funda, ainda que sintéticos, pois concisão não é sinônimo de ausência de motivação, nem prolixidade significa fundamentação densa.

Em contrapartida ao dever de fundamentar, existe o direito da parte e da sociedade de saber os motivos da opção feita pelo juiz, direito este que não pode ser sacrificado, muito menos sob o escudo da falta de tempo do magistrado, da celeridade processual e do volume de processos, os quais não podem ser escusas para o cumprimento de obrigação exigida constitucionalmente.

Diante da avocação cada vez mais corriqueira dos precedentes judiciais como instrumentos de fundamentação das decisões judiciais, é mister analisar, sob o enfoque do Código de Processo Civil de 2015, quais serão as balizas para se salvaguardar, de fato, o dever de motivação.

1. ANÁLISE HISTÓRICA DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Surpreende o fato de que inexistia norma que reclamasse a motivação dos atos decisórios no direito romano, especificamente no período das ações da lei e no período formular, sendo considerado válido o julgado sem fundamentação. Apenas no período extraordinário, quando o sistema processual romano contava com a figura de um magistrado transformado em órgão estável do Estado, é que se tem notícia de sentença motivada, diante das referências à sentença viciada por *error in iudicando* e à *appellatio parcial*.⁶

⁵ FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Direito, retórica e comunicação**, 1973, p. 33-34.

⁶ TUCCI, J. R. C. e. **A motivação da sentença o processo civil**, 1987, p. 25-33.

A ausência da exigência de fundamentação dos atos decisórios, segundo Calamandrei, passou das fontes romanas clássicas para o direito medieval. A sentença, via de regra, era proferida simplesmente mediante o emprego dos vocábulos *condemno* ou *absolvo*, em primeiro grau de jurisdição, e *confirmo* ou *infirmo*, no juízo *ad quem*.⁷

Os civilistas e canonistas medievais, fundados no método das *distinctiones*, eram, em princípio, contrários a que os magistrados motivassem seus pronunciamentos judiciais, de modo que, inacreditavelmente, a nulidade poderia advir da existência da motivação. Nesse contexto, extrai-se que a validade da sentença era presumível em razão da autoridade judiciária.

Quando se aconselhava ao juiz a não motivar, a única razão plausível era a de evitar quanto possível abrir-se a via às impugnações, permanecendo, no fundo dessa orientação, a convicção de que a autoridade da sentença fosse tanto maior quanto mais essa assumisse a forma de um *dictum* imotivado.⁸

No Direito Hispano-Lusitano, destaque-se que, a despeito de ter sido acolhida a estrutura do direito processual romano-canônico, foi adotada a exigência da sentença conter expressamente as razões de decidir⁹. Merecem destaque as Ordenações Manoelinas, que previam o dever de motivar, o qual se desrespeitado pelo juiz este deveria pagar uma multa de vinte cruzados, contudo, a decisão imotivada não era considerada nula.¹⁰

Conforme realçam Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, foi uma pragmática do Fernando IV de Bourbon que, em 23/09/1774, estabeleceu por primeiro, na história, o dever de explicação fundacional das sentenças. Essa pragmática colimava a reforma da administração judiciária em Nápoles e encarecia que os julgamentos devem ser o mais possível escoimados de arbítrio, e bem assim devem ser os juízes preservados de qualquer suspeita de parcialidade.¹¹

Essa pragmática bem atendia aos anseios iluministas, haja vista que, por meio do controle de logicidade (justificação interna), da referência legislativa (justificação legal) e da escora probatória (justificação externa), a exigência de motivação visava a evitar o arbítrio judicial.

⁷ CALAMANDREI. La teoria dell "error in iudicando" nel diritto italiano intermedio. In: **Opere giuridiche**. Napoli, Morano, 1979. v. 8, p. 206.

⁸ TARUFFO, M. **L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e iluminismo**, 1974, p. 284.

⁹ TUCCI, J. R. C. e. **A motivação da sentença o processo civil**, 1987, p. 46.

¹⁰ *Idem*, p. 50.

¹¹ CARVALHO, A. B.; CARVALHO, S. de. **Aplicação da pena e garantismo**, 2001, p. 31.

Nessa esteira, Enrique Gil y Robles ensina que as limitações ao arbítrio em matéria judicial serão sempre mais restritas que em matéria executiva, em razão de os interesses confiados à magistratura serem mais individuais e mais sagrados.¹²

Já no âmbito do direito luso-brasileiro, ao longo do Brasil colônia e mesmo como reino unido ao de Portugal, embora o processo civil fosse regido pelas leis provenientes deste, prevaleceu na prática a inadequada motivação dos atos decisórios.¹³

Após a emancipação política brasileira, foi promulgado o Código do Processo Criminal do Império, em 1932, que, conquanto possuísse conteúdo liberal, não continha a exigência de motivação. Posteriormente, foi editado o Regulamento n. 737 de 1850, com a finalidade de disciplinar o processo das causas de natureza comercial, resultando, pela primeira vez, na previsão de norma exigindo que a sentença deveria ser escrita, motivada e assinada.¹⁴

Já o Decreto n. 5561 de 1905, que regulamentou o artigo 48 da Lei n. 1338 de 1905, para atender o clamor levantado pela imprensa da época, dispôs que é nula a decisão não fundamentada, considerada aquela que apenas se reportasse às alegações das partes ou a outro decisório.¹⁵

Com a Constituição republicana de 1891, foi inaugurado um período de dualidade processual, pois se estabeleceu a possibilidade de os Estados-Membros editarem norma de direito processual. Nesse contexto, os estatutos processuais dos Estados de São Paulo, Paraná e Santa Catarina apresentaram redação mais acurada, cominando, inclusive, a nulidade da sentença se faltasse algum dos requisitos exigidos.¹⁶

A unidade legislativa em matéria processual foi restabelecida com a Constituição de 1937, sendo editado o nosso primeiro Código de Processo Civil, de abrangência nacional, aprovado pelo Decreto-lei n. 1.608, de 18/09/1939, introduzindo importantes novidades que já integravam a cultura jurídica de países do Velho Continente. De acordo com o artigo 280:

¹² GIL ROBLES, E. **Tratado de derecho político: segun los principios de la filosofia y el derecho cristianos**, 1963, p. 654-657.

¹³ TUCCI, J. R. C. e. **A motivação da sentença o processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 54.

¹⁴ *Idem*, p. 55-56.

¹⁵ *Idem*, p. 57.

¹⁶ TUCCI, J. R. C. e. **A motivação da sentença o processo civil**, 1987, p. 59-60.

A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá:

I - o relatório;

II - os fundamentos de facto e de direito;

III - a decisão.¹⁷

Verifica-se que a motivação correspondia, no plano formal, à segunda parte da sentença. Do ponto de vista estilístico, advertia Pontes de Miranda que a sentença deveria ser redigida de modo simples e incisivo, facilitando a compreensão, nada obstando que fossem intercalados fundamentos de fato e fundamentos de direito, desde que resultasse clarividente o conteúdo dos variegados motivos. Contudo, para Pontes de Miranda, a nulidade, decorrente da falta de motivação, era relativa e, portanto, sanável.¹⁸

Por sua vez, para o jurista mineiro Lopes da Costa, é de ordem pública o preceito da motivação, uma vez que é por sua estrita observância que a administração da justiça se livra “da suspeita dos dois piores vícios que possam manchá-la: o arbítrio e a parcialidade.”¹⁹

No tocante à denominada motivação *per relationem*, Lopes da Costa criticava a postura dos tribunais em confirmar a decisão de primeiro grau, com o emprego da conhecida expressão: “por ser conforme ao direito e à prova dos autos”. Realçava a necessidade de apreciação das provas, já que “dizer que um ato é justo não é o mesmo que expor as razões que levaram a tal afirmação. A afirmação é um juízo; a motivação, uma demonstração.”²⁰

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, a fundamentação de fato e de direito foi tratada como requisito essencial da sentença, embora ainda sem previsão constitucional desse dever, consagrando-se, ainda, o princípio do livre convencimento motivado, sem, contudo, haver previsão expressa acerca da nulidade absoluta, em caso de o vício da decisão judicial assentar na ausência de motivação.

Somente com a CRFB/88, a exigência da motivação e a nulidade decorrente de sua ausência foram concebidas expressamente, ilustrando a constitucionalização das normas processuais e a preocupação com as garantias dos jurisdicionados.

¹⁷ BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939.

¹⁸ MIRANDA, P. de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, v. 2, p. 329-330.

¹⁹ COSTA, A. de A. L. **Direito processual civil brasileiro**, 1959. v. 3, p. 297.

²⁰ COSTA, A. de A. L. **Direito processual civil brasileiro**, 1959. v. 3, p. 296.

2. A MOTIVAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS E A LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagra a natureza institucional brasileira de Estado Democrático de Direito logo em seu artigo 1º. Independente do grau de efetivação de tal preceito na prática das relações, a democracia está estampada na intenção constitucional e parametriza os traços de nosso sistema jurídico. O viés de transformação social proposto pela Constituição harmoniza com este objetivo democrático.

O Estado Democrático de Direito, como regra, não admite a justiça feita pelas próprias mãos, cabendo às partes socorrer-se à jurisdição para composição dos interesses em conflito, quando não seja possível às próprias partes harmonizá-los.²¹ Neste contexto, a ausência de liberdade plena para manejo dos interesses individuais somente pode ser compensada pela atuação jurisdicional.

Assim, a Constituição Federal posiciona-se pela inafastabilidade da jurisdição (CF/88, Art. 5º, inciso XXXV). Garantir a todos o direito de ação é a medida necessária para manter o equilíbrio das relações sociais e da solução dos conflitos. Conforme a dicção de Nelson Nery Junior: “todos tem acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos.”²²

Pelo desempenho deste papel, o Estado tem como obrigação a manifestação capaz de resolver o conflito de interesses. Deve, portanto, fazer uma opção pela prevalência de um, mesmo que em detrimento de outro. O processo tem como consequência a apresentação da posição adotada pelo Estado para a solução daquela demanda. Este é o instrumento pelo qual a jurisdição apresenta o seu pronunciamento.²³

A harmonia necessária à conjuntura democrática passa pela inserção de critérios processuais, capazes de conferir estabilidade mesmo diante da estipulação de ônus sobre o patrimônio ou mesmo sobre a liberdade dos indivíduos.

Sob esta perspectiva, assenta-se o princípio da motivação das decisões judiciais. A atuação

²¹ THEODORO JUNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, 2009. p. 37.

²² NERY JUNIOR, N. Princípios do processo civil na Constituição Federal, 2000. p. 96.

²³ PAULA, J. L. M. de. **Teoria Geral do Processo**, 2002.

da jurisdição pode suscitar interferência nos direitos e liberdades e como tal, para que as imposições nestas searas se mantenham consoantes ao caráter democrático institucional, é impreterível que as decisões sejam sempre motivadas.

Segundo a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, O Estado de Direito, por natureza, se justifica tendo a ordem jurídica como agenda a qual ele próprio se obriga.²⁴ Por isso, ainda na expressão da jurista, “quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar a intromissão materialmente, pois a intromissão tem fundamento, e formalmente, pois o fundamento é declarado, exposto, demonstrado”.²⁵

O texto constitucional prescreve este mandamento em seu artigo 93, inciso IX, nos seguintes termos: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

A lógica desta necessidade de motivação está intimamente relacionada com o mais célebre dos princípios processuais, representado pelo inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Há também conexão sensível com o princípio do contraditório (CF/88, art. 5º, inciso LV).

A sistemática da Constituição atribui ao devido processo legal a insígnia de direito fundamental, e assim, por vezes utiliza-se a denominação de direito fundamental ao processo justo. O devido processo legal ou o direito ao processo justo orienta o papel jurisdicional para que a distribuição de direitos e restrições seja praticada de maneira ponderada e afinada à democracia.

Assinale-se que não há uma expressão que abarque minimamente a amplitude do conceito pleno de devido processo legal ou de processo justo, sem a listagem de seus componentes. Por essa razão, a doutrina costuma caracterizar este princípio justamente pela indicação de seus elementos constitutivos, o que torna a compreensão mais eficiente do que a simples conduta conceitual. O que se almeja processualmente é a obediência a parâmetros elementares que representem justiça na mediação dos interesses.

A soma das garantias processuais de proteção aos interesses individuais, que limitam o poder do Estado na atividade jurisdicional, tem como resultado o devido processo legal. Assim, a legalidade, o duplo grau de jurisdição, a boa-fé, a publicidade, o contraditório, a ampla defesa, entre outros atributos, ilustram as exigências para a consecução do referido direito fundamental.

²⁴ WAMBIER, T. A. A. **Nulidades do processo e da sentença**, 2014. p. 319.

²⁵ *Idem*.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero expressam:

O direito ao processo justo conta, pois, com um perfil mínimo. Em primeiro lugar, do ponto de vista da “divisão do trabalho” processual, o processo justo é pautado pela colaboração do juiz para com as partes. O juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões. Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que as partes participem em pé de igualdade e com paridade de armas, todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados, em procedimento público, com duração razoável e, sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e formação de coisa julgada.²⁶

Uma vez que a relação processual seja capaz de lançar efeitos sobre a liberdade e patrimônio ou, ainda, sobre direitos civis e políticos, a condução do processo pelo viés democrático será seu pressuposto de validade.²⁷ A almejada tendência democrática opera pela atenção aos pilares do devido processo legal.

Sinteticamente, a imposição de supressões às liberdades ou aos bens dos indivíduos requer o manejo de um processo legalmente substanciado. A realização deste ideal de justiça dependerá do filtro democrático prévio, que garanta, entre outras prerrogativas, a igualdade entre as partes, o contraditório e a ampla defesa aos interessados e, especialmente, que ofereça a manifestação dos fundamentos que levam o julgador a tomar suas decisões.

O princípio do contraditório leva à necessidade de ouvir as partes durante o processo, especialmente aquelas sobre as quais poderá pender determinada decisão. Garante-se a todas elas o pleno direito de defesa de seus interesses e a chance de pronunciamento durante o curso do processo.²⁸ Além disso, “o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter”.²⁹

Mas ressalte-se que a plena operação do contraditório indica ainda outros passos, não bastando somente a apresentação de alegações e a juntada de elementos probatórios. A análise do julgador deve abarcar os elementos que foram trazidos pela parte, porque cons-

²⁶ MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Direitos Fundamentais Processuais*, 2013. p. 702-703.

²⁷ PAULA, J. L. M. de. **Democracia e Jurisdição**, 2014. p. 68.

²⁸ THEODORO JUNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**, 2009, p. 27-28.

²⁹ MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Direitos Fundamentais Processuais*, 2013, p.732.

tituem o combustível do delineamento racional da decisão. O contraditório somente será comprovado, se a decisão proferida manifestar objetivamente estes caminhos, indicando as razões pelas quais um ou outro argumento não deva prevalecer; ou mesmo o motivo porque determinado elemento de prova deva se sobressair em detrimento de outro. A fundamentação deve ser suficiente para ratificar o princípio do contraditório.

A falta de motivação em nível suficiente viola o contraditório e a justiça do processo. A consequência possível, nos termos do mencionado dispositivo constitucional (Art. 93, inciso IX), seria a nulidade do ato decisório. Ao decidir a demanda, o juiz faz sua opção pela prevalência de um dos interesses conflitantes que compõem a lide, mas esta opção somente é considerada válida com a motivação plena do ato. A motivação das decisões, assim, representa elemento condicionante do devido processo legal.

A motivação é meio (mais adequado) de controle democrático da atividade jurisdicional. Isso porque os motivos permitem saber o porquê da decisão, possibilitando a compreensão da sentença, a fim de que as decisões se tornem aceitáveis, não só para as partes, mas para a própria sociedade.

O magistrado exerce opção e valoração no momento do julgamento, de forma que somente mediante a motivação é que se permite avaliar e individualizar os erros porventura cometidos por ele. Por essa razão que a sentença deve ser completa, para não consistir em ato arbitrário.

A sentença deve ser íntegra, na concepção mais ampla da palavra. Para tanto a fundamentação torna-se um imperativo, o qual evita o arbítrio, que é a negação do próprio direito. Assim, Jeremy Bentham, ressalta que “boas decisões são aquelas às quais boas razões podem ser dadas.”³⁰

Considerando que qualquer decisão judicial sem motivação viola a exigência da integral prestação jurisdicional, é que, de acordo com Raymond Bordeaux, o maior progresso realizado desde um século em matéria de processo é o da obrigação de motivar os julgamentos.³¹

Mesmo que a decisão jurisdicional adotada implique em sucumbência para alguma das partes, a motivação racional garante certo nível de credibilidade ao julgado. A decisão proferida com essa característica convence os participantes do processo da existência de

³⁰ BENTHAM, J. Rationale of judicial evidence, 1987, p. 4.

³¹ BORDEAUX, R. Philosophie de la procédure civile. Évreux, A. Hérissey, 1857, p. 508 *apud* TUCCI, J. R. C. e. **A motivação da sentença o processo civil**, 1987, p. 4.

critérios jurídicos, livrando, de certa forma, a visão geral da suspeita de manipulação aleatória e desarrazoada dos atos. Ainda que a parte discorde da decisão, sendo suficiente a motivação apresentada, poderá visualizar legitimidade em sua articulação.

Há que se compreender as razões pelas quais a motivação das decisões adquire tamanha relevância na construção do ideal de justiça processual e democracia. Além disso, também é essencial a análise dos indicadores mensuráveis para a concepção do que seja, de fato, uma decisão suficientemente motivada.

3. O TRATAMENTO DA PERSUASÃO RACIONAL NO CPC DE 2015

Assentada a premissa de que o Estado Democrático de Direito impõe ao magistrado a motivação racional de suas decisões, repudiando todo e qualquer ato decisório baseado puramente na íntima convicção do julgador, cumpre realçar, conforme ensina Eduardo Cambi, que a prevenção contra a arbitrariedade deste ato se coloca pela busca da verdade processual objetivamente realizável.³²

Nesse contexto, justifica-se a adoção do sistema da persuasão racional, segundo o qual o juiz não está desvinculado do conjunto probatório, tal como se pretende no sistema da valoração *secundum conscientiam*, bem como não está atrelado à lei que prefixa a valoração das provas, tal como ocorre no sistema da prova legal.³³

Contudo, é oportuno esclarecer as diferenças de tratamento da persuasão racional no Código de Processo Civil de 1973 e no Código de Processo Civil de 2015, sobretudo porque naquele a persuasão racional estava atrelada a uma postura livre e discricionária do magistrado.

O artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973 prescrevia que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. A mesma norma processual assinala também entre os requisitos essenciais da sentença (Art. 458, inciso II): “os fundamentos, em que o juiz

³² CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**, 2011, p. 319.

³³ CINTRA, A. C. de A. *et al.* **Teoria geral do processo**, 2011, p. 74.

analisará as questões de fato e de direito.”³⁴

Depreende-se que a norma supracitada consagrava a livre persuasão racional, também chamada de livre convicção motivada ou livre convencimento motivado, ou seja, a independência intelectual do juiz ante a interpretação dos fatos e das normas jurídicas, a fim de construir sua convicção jurídica no momento do julgamento.³⁵ Agregava-se a tal princípio a afirmação de que o magistrado, enquanto destinatário das provas produzidas, teria a missão de formar seu convencimento de maneira autônoma e estruturada.

Ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, a respeito do livre convencimento motivado, que à soberania conferida ao magistrado para análise das provas produzidas nos autos se soma o dever de dar razões de seu convencimento,³⁶ ou seja, mister haver a confluência entre a independência do juiz e liberdade de apreciação da prova e os motivos que sustentam a decisão.

Emanava da livre persuasão racional que o julgador deveria apreciar o valor das provas disponíveis, optando pelo que parecesse mais acertado sob o seu crivo, dentro de uma motivação racional, que ficasse exposta na decisão.³⁷ Ocorre que disso se deriva a discricionariedade do órgão julgador na apreciação das provas e na formação de seu convencimento, com a ressalva de que era necessário o balanceamento entre essa autonomia com a estruturação racional da decisão, que somente se comprova pela expressão suficiente da motivação.

Por sua vez, com vistas a eliminar qualquer subjetivismo por parte do julgador, o Código de Processo Civil de 2015, no artigo 371, prescreve que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”, excluindo a expressão “livre” da norma.

Na atual conjuntura processual, portanto, a livre apreciação da prova não possui uma dimensão positiva, haja vista que não elucida e não delimita as bases do juízo fático, mas apenas guarda uma dimensão negativa, segundo a qual se proíbe a prova tarifada, consi-

³⁴ BRASIL. Lei. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

³⁵ PAULA, J.L.M. de. **Instituições do Processo Civil e o Novo CPC**: De acordo com o Novo CPC aprovado pelo Congresso Nacional em 2014, 2015, p. 242.

³⁶ NERY JUNIOR, N; NERY, R. M. A. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2015, p. 992.

³⁷ PAULA, J.L.M. de. **Instituições do Processo Civil e o Novo CPC**: De acordo com o Novo CPC aprovado pelo Congresso Nacional em 2014, 2015, p. 242.

derada aquela baseada em operações de peso.³⁸

Isso porque prima-se doravante pelo contraditório participativo fundado na cooperação, a fim de que o processo seja palco da intersubjetividade e as partes possam influir na construção do provimento jurisdicional. Por essa razão, veda-se ao julgador que selecione uma determinada prova para defender uma concepção prévia para, após, tentar justificá-la.

É por isso que Dierle José Nunes³⁹ afirma que o modelo cooperativo, ou segundo o autor, modelo comparticipativo de processo, é o mais consentâneo a uma democracia haja vista que “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo”. Nesse sentido, Marinoni e Mitidiero:⁴⁰

O modelo de processo pautado pela colaboração visa a outorgar nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo. O juiz do processo colaborativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. Desempenha duplo papel; é paritário no diálogo e assimétrico na decisão. [...] O juiz tem os deveres de esclarecimentos, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes. É assim que funciona a cooperação.

Para favorecer o combate ao “subjetivismo” e à arbitrariedade das decisões judiciais, na análise dos elementos probatórios e fáticos importantes à decisão, o próprio raciocínio jurisdicional deve ser controlado na decisão⁴¹. A motivação da decisão deve ilustrar com exatidão toda esta trajetória lógica de persuasão do magistrado. Assim, a decisão que não percorra integralmente esses caminhos de ponderação não é capaz de atender ao princípio da motivação.

³⁸ COSTA, G. R. **Livre Convencimento e Standards de Prova**. 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, presente e futuro, 2013, p. 356-381.

³⁹ NUNES, D. J. C. **Processo jurisdicional democrático**, 2008, p. 215.

⁴⁰ MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Direitos Fundamentais Processuais**, 2012, p. 627.

⁴¹ COSTA, G. R. **Livre Convencimento e Standards de Prova**. 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, presente e futuro, 2013, p. 324.

4. A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES E A MOTIVAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Novo Código de Processo Civil, consubstanciado na Lei nº 13.105, publicada no DOU de 17.3.2015, apresenta significativo avanço para a concepção democrática da motivação dos julgados. A garantia da motivação das decisões judiciais está enunciada com muito mais ênfase, conferindo-se a esse preceito fundamental o caráter da inarredável observância, sob pena de nulidade.

A motivação é ato pessoal do juiz e deve ser adequada e específica a cada caso concreto, para que a parte disponha de elementos para se defender em recurso, do que se extrai que a garantia da motivação dos atos decisórios possui imbricação com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por conta disso, é mister o cuidado com soluções de generalização dos casos que, por pecarem pela ausência da imprescindível e adequada fundamentação, constituem/tipificam autêntica aberração processual. A motivação padronizada, estandardizada e que guarde generalidade de tal ordem que possa ser indiferentemente apresentada em qualquer impugnação é tudo, menos motivação.

O Código de Processo Civil de 2015 possui um viés de reforma nesse ponto, pois visa a combater a adoção de fundamentação de outro processo “no que for pertinente” diante da ausência de correspondência entre os casos.

Trata-se de repulsa constitucional e também do novo código às decisões judiciais “narizes-de-cera”, termo jornalístico, que, no caso, consubstancia decisões pautadas em informações irrelevantes, desnecessárias, que não tratam do caso em si. É o caso de sentença que se baseia em assertiva genérica e de acórdãos que invocam as razões da decisão recorrida.

A respeito disso, o Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence afirmou que fórmulas amplas que servem a qualquer julgado terminam por não servir adequadamente a nenhum⁴². Corroborar esse entendimento o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, quando decidiu que decisões, nas quais se estampa fundamentação estereotípica, são, no fim e ao cabo, *prêts-à-porter* judiciais que, acaso dirigidos a decidir um

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 78.013 da 1ª Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, de 24 de novembro de 1999.

sem-número de casos, não parecem propositados a solucionar efetivamente nenhum deles.⁴³

As novas tendências publicistas do direito processual civil contemporâneo visam a conferir inúmeras garantias constitucionais aos litigantes contra atos violadores dos denominados direitos fundamentais, conforme ensinamentos de Roberto Rosas.⁴⁴ Nessa esteira, o direito brasileiro, com o Código de Processo Civil de 2015, passa a andar sobre os mesmos trilhos de outras tradições sob égide de jurisdição constitucional.

A obrigatoriedade da motivação de inspiração constitucional e a possível nulidade do ato imotivado são ratificadas pelo artigo 11, nos seguintes termos: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Vale ainda o destaque ao artigo 10, assim transcrito: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”⁴⁵

A inovação mais evidente é assentada pelo artigo 489 da nova norma processual, que indica entre os elementos essenciais da sentença “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito” e especialmente em seu parágrafo 1º prescreve:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 74.073 da 1ª Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, de 20 de maio de 1997.

⁴⁴ ROSAS, R. **Direito processual constitucional**, 1983, p. 37.

⁴⁵ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 2015.

no caso em julgamento ou a superação do entendimento.⁴⁶

A norma apresenta um esboço importante de indicadores desejáveis para aferição do grau de motivação das decisões. Os incisos do parágrafo 1º ilustram hipóteses em que, mesmo com a anotação de argumentos na sentença, decisão interlocutória ou acordão, não se consideraria atendida a fundamentação do ato e ficaria mantida a sujeição à nulidade. Como exemplo, a decisão que empregue conceitos jurídicos indeterminados, sem explicação dos motivos concretos de sua incidência no caso concreto (inciso II), não será considerada motivada.

Corroborando ainda com a racionalidade da fundamentação, o parágrafo 2º do mesmo artigo orienta: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Também em colaboração com a vocação de racional, o parágrafo seguinte ainda destaca: “A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”⁴⁷

Importa destacar os incisos V e VI do §1º do artigo 489 do CPC de 2015. Pela leitura do inciso V, é visível a indicação de que as decisões que tenham inspiração em precedentes judiciais ou enunciados de súmula devem estar amparadas por fundamentação que engate fidedignamente o caso concreto aos conceitos previamente estabelecidos por aquelas manifestações jurisprudenciais. O simples apontamento de precedente paradigmático não bastaria para atender à motivação do ato decisório.

Da mesma maneira, o julgador deve enfrentar objetivamente os elementos de jurisprudência, enunciados de súmula ou precedentes trazidos ao processo pelas partes, de modo que, em caso de não seguimento daqueles indicativos, deva demonstrar racionalmente os motivos pelos quais chegou à convicção de que o paradigma aventado não se aplica ao caso em julgamento.

Quando se aplica uma precedente ou súmula como argumento da decisão, o que se adota é a tese jurídica inculcada naquele item referenciado e a relação de compatibilidade com o caso concreto deve ser lucidamente inferida da fundamentação da decisão.⁴⁸

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

⁴⁸ WAMBIER, T.A.A. (Org.); LICASTRO, R.; FERRES, L.; LINS, M. L. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, 2015. p. 796.

Conforme se verifica no artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015, aos tribunais incumbe a uniformização de sua jurisprudência e a sua manutenção estável, íntegra e coerente, devendo as circunstâncias fáticas dos precedentes que instigaram a criação dessas súmulas serem levadas em conta em sua edição.

Ademais, a norma processual, no artigo 927 do CPC de 2015, determina que, quando da formação de seu convencimento e prolação de sua decisão, a autoridade julgadora deve focalizar nos seguintes subsídios:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.⁴⁹

Trata-se de combustível visível para a adoção de julgamento vinculado a precedentes. Por outro lado, a existência de precedentes em determinado sentido induz à necessidade de justificação razoável em caso de decisão contrária no caso concreto. De qualquer modo, fica reforçada, por conseguinte, a necessidade de padronização e uniformização jurisprudencial de que trata o artigo anterior.

Depreende-se, portanto, que o § 1º do artigo 489 do CPC de 2015 tenta afastar o escoramento frívolo das decisões em manifestações jurisprudenciais. A referência ao entendimento judicial consolidado, por si só, não motiva o julgado de maneira aceitável. Nesse sentido, reforça-se a valorização do contraditório, ao se exigir que o argumento de jurisprudência indicado pela parte seja rebatido expressamente, quando a decisão destoe daquela tendência.

⁴⁹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A razão de ser da motivação dos atos decisórios é a extirpação do arbítrio judicial, já que se possibilita o controle da administração da justiça, a exclusão do voluntarismo e do subjetivismo nas decisões judiciais, permitindo-se o exercício do contraditório e da ampla defesa pelas partes.

A ausência de fundamentação (*decisão citra petita*) pode derivar tanto da falta absoluta de fundamentação, quanto da precariedade nesta, resultando de ambas a negativa de prestação jurisdicional e, por conseguinte, em nulidade da decisão.

A disposição contida no artigo 489, parágrafo 1º, especialmente nos incisos V e VI, do Código de Processo Civil de 2015, é essencial para a administração processual das novas tendências de valorização dos precedentes judiciais.

Em virtude da cautela conferida pela norma processual diante do proferimento de decisões com influência jurisprudencial ou que sejam contrárias a esta, não se pode relegar as partes à fundamentação fictícia. Frise-se que a referência ao paradigma precedente não atende, por si só, a motivação imprescindível ao ato. Este valor está apenso à locução do parágrafo 1º do artigo 927: “Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”.⁵⁰

Dessa forma, o juiz deverá demonstrar na fundamentação os indicativos racionais que levam à certeza próxima da tese jurídica do precedente ou que afastam sua convicção daquela tese, deixando transparecer a adequação ou não do fundamento para o caso concreto em análise.

Segundo Eduardo Cambi, “a concepção racional da decisão reflete diretamente a natureza e a função da motivação judicial, e conseqüentemente, pressupõe uma concepção racional do juízo fático e da valoração das provas”.⁵¹

Assim, o dever de fundamentação da sentença representa um importante controle para a aplicação dos precedentes. Ao passo que a nova dinâmica processual tenta estabelecer um traço de valorização dos precedentes e da uniformização dos julgados, mantém a intenção institucional voltada à proteção dos interesses particulares. A motivação dos atos decisórios é um bem processual estimado por esse novo contexto do processo civil.

⁵⁰ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

⁵¹ CAMBI, E. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, 2011, p. 323.

REFERÊNCIAS

AMODIO, E. **Motivazione della sentenza penale**. *In*: ED, 1977. v. 27.

BENTHAM, J. Rationale of judicial evidence. *In*: The works of Jeremy Bentham. New York, Bowring, 1962. v. 6, p. 357 *apud* TUCCI, J. R. C. e. **A motivação da sentença o processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

BORDEAUX, R. Philosophie de la procédure civile. Évreux, A. Hérissey, 1857, p. 508 *apud* TUCCI, J.R.C. e. **A motivação da sentença o processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 4 abr. 2015.

_____. Lei. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm. Acesso em: 4 abr. 2015.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 4 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 78.013 da 1ª Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, de 24 de novembro de 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77690>. Acesso em: 10 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 74.073 da 1ª Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, de 20 de maio de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74968>. Acesso em: 10 abr. 2015.

CALAMANDREI. La teoria dell “error in iudicando” nel diritto italiano intermedio. *In*: **Opere giuridiche**. Napoli, Morano, 1979. v. 8.

CALOGERO, G. **La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione**. 2. ed. Padova, CEDAM, 1964.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, A. B.; CARVALHO, S. de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CINTRA, A. C. de A. *et al.* **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COSTA, A. de A. L. da **Direito processual civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1959. v. 3.

COSTA, G. R. **Livre Convencimento e Standards de Prova**. 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, presente e futuro. Organizadores: Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Editora Malheiros, 2013

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Direito, retórica e comunicação**. Tese. São Paulo, 1973.

FRANCO, A. S.; STOCO, R. Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial. vol. 3. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.

GIL ROBLES, E. **Tratado de derecho político**: segun los principios de la filosofia y el derecho cristianos. Tomo II. 3. ed. Madrid: Afrodisio Aguado, S.A. Editores-Libreros, 1963.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012.

MIRANDA, P. de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, v. 2.

NERY JUNIOR, N. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000.

_____; NERY, R. M. A.. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

PAULA, J. L. M. de. **Teoria Geral do Processo**. Barueri: Manole, 2002.

_____. **Democracia e Jurisdição**. Curitiba: JM Editora, 2014.

_____. **Instituições do Processo Civil e o Novo CPC**: De acordo com o Novo CPC aprovado pelo Congresso Nacional em 2014. Curitiba: JM Editora, 2015.

ROSAS, R. Direito processual constitucional. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 1983.

TARUFFO, M. **La motivazione della sentenza civile**. Padova, CEDAM, 1975.

_____. **L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e iluminismo**. RDP, 29 (2), 1974.

THEODORO JUNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TUCCI, J.R.C. e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

WAMBIER, T. A. A. **Nulidades do processo e da sentença**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

WAMBIER, T. A. A. (Org.); LICASTRO, R.; FERRES, L.; LINS, M.L. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015.

ACESSO À JUSTIÇA: NOTAS DE UM
DIREITO SOCIAL SOB O PRISMA DE
AMARTYA SEN

Artur Alves Pinho Vieira.

Fernando Henrique Aguiar Seco de Alvarenga.

*ACCESS TO JUSTICE: NOTES OF
A SOCIAL RIGHT THROUGH THE
AMARTYA SEN'S PERSPECTIVE*

ACESSO À JUSTIÇA: NOTAS DE UM DIREITO SOCIAL SOB O PRISMA DE AMARTYA SEN

ACCESS TO JUSTICE: NOTES OF A SOCIAL RIGHT THROUGH THE AMARTYA SEN'S PERSPECTIVE

Artur Alves Pinho Vieira.

Mestre em Direito pela UCP-RJ. Professor. Advogado

Fernando Henrique Aguiar Seco de Alvarenga.

*Pós-Graduado em Direito Processual pela UNISUL.
Defensor Público Federal em Belo Horizonte.*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo tratar de alguns aspectos referentes ao direito fundamental do acesso à justiça e também buscar identificar sua relação com os direitos sociais através da evolução e identificação das principais características das dimensões dos direitos fundamentais. A visão de Amartya Sen sobre o desenvolvimento como liberdade é o fundamento teórico do estudo, o qual busca, ainda, analisar as diferentes maneiras que o Estado tem para prestar esse serviço, procurando estabelecer critérios para identificar as melhores formas de se garantir o acesso à justiça. São analisados, de modo pormenorizado, as alternativas dos Juizados Especiais e da Defensoria Pública, com as pertinentes críticas a cada uma dessas formas de se providenciar o acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Desenvolvimento. Amartya Sen.

ABSTRACT

This study aims to address some aspects of the fundamental right of access to justice and also seek to identify its relationship with social rights, through the development and identification of the main features of the fundamental rights dimensions. The Amartya Sen's view of development as freedom is the theoretical foundation of the study, which seeks to also analyze the different ways that the state has to provide this service, seeking to establish criteria to make viable the best ways to ensure access to justice. It analyzes in detail the alternative of Special Courts and Public Defender's Office, with relevant critiques to each of these ways to provide access to justice.

Keywords: Access to justice. Development. Amartya Sen.

Data de submissão: 20/03/2016

Data de aceitação: 12/09/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 O PENSAMENTO DE AMARTYA SEN SOBRE DESENVOLVIMENTO E LIBERDADE. 2 EVOLUÇÃO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB O ENFOQUE ESTATAL. 3 MATERIALIZANDO A ORIENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA. 3.1 Critérios a serem observados para viabilizar a ampliação do acesso à justiça. 3.2 A figura dos Juizados Especiais. 3.3 A Defensoria Pública. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

O foco deste trabalho será tratar do acesso à justiça visto sob o prisma de um direito social, amparado no pensamento do eminente Amartya Sen. Evitando maiores delongas ou pretensões de exaurir o tema, tem-se que o acesso à justiça se encontra na terceira das três ondas renovatórias que os pesquisadores Mauro Cappelletti e Briant Garth tiveram como objeto de estudo em seu Projeto Florença, na década de 70.

Em síntese, a primeira dessas ondas é a assistência judiciária para os necessitados, entendido como um mero acesso aos tribunais. Já a segunda é a representação dos interesses difusos da sociedade, cada vez mais em voga numa sociedade de massas. Por fim, tem-se a terceira onda, a qual trata do acesso à justiça em uma concepção mais ampla que a mera representação em juízo¹, também referido pelos autores como acesso a uma ordem jurídica justa, como forma de diferenciação da primeira das ondas renovatórias.

Segundo os supracitados autores, em sua obra *Acesso à justiça*²:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Tendo em mente as duas primeiras ondas referidas pelos autores já citados, o foco deste estudo será na terceira delas, que trata, como já colocado, de um sentido amplo para o tema do acesso à justiça, ou seja, o alargamento desse conceito para além da mera possibilidade de se ter um advogado representando seus interesses em um procedimento judicial.

Busca-se demonstrar, também, que o acesso à justiça, principalmente nessa última vertente citada, é um direito fundamental, inclusive presente no artigo 5º de nossa Carta magna, que versa sobre essa categoria de direitos:

¹ CAPPELLETTI, M. & GARTH, B. **Acesso à Justiça**, 1988.

² *Ibidem*, p. 5.

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

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Para além disso, pretende-se demonstrar que esse direito se encontra, também, na categoria dos direitos sociais, ou seja, ele é intrinsecamente dependente de um agir estatal, não sendo possível consagrá-lo com uma atuação simplesmente negativa da estatalidade.

Sob este enfoque, o acesso à justiça é necessário para a evolução da sociedade e para o seu desenvolvimento, permitindo que sejam atingidos estágios cada vez mais avançados de liberdade. Essas ideias, em especial a que vincula a garantia de liberdade com o desenvolvimento, encontram eco na obra *Desenvolvimento como Liberdade*, do economista indiano Amartya Sen, conforme será melhor elucidado no curso deste ensaio.

À guisa de introdução, é importante referir ao paralelo traçado pelo referido autor já no prefácio da sua supracitada obra: “Vivemos em um mundo de opulência sem precedentes [...]. Entretanto, vivemos igualmente um mundo de privação, destituição e opressão extraordinárias.”³

E, para o alargamento da noção de acesso à justiça, serão referidas as ideias trazidas pela obra *Making the Law Work for Everyone - Volume II*⁴, da Comissão para Empoderamento Jurídico do Pobre⁵, a qual será tema de um dos próximos capítulos.

Por fim, estabelecida a importância de se garantir este acesso ampliado à justiça, como forma de obtenção do desenvolvimento social, serão analisadas as diversas formas que o Estado pode eleger para alcançar tal objetivo, com especial destaque para a figura dos Juizados Especiais e da Defensoria Pública.

³ SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**, 2013, p. 9.

⁴ Tal material foi organizado pela *United Nation Rule of Law*, em seu *site*, ela se auto descreve assim: O *United Nations Rule of Law Website and Document Repository* é um instrumento de promoção e educação para os profissionais e o público em geral. Destina-se a informar os usuários sobre o trabalho da ONU em matéria de Estado de Direito, e os seus esforços para coordenar e reforçar as abordagens neste campo, em todo seu sistema de proteção. Serve como porta de entrada para os demais sites relacionados da ONU, e para tornar a informação mais acessível ao grande público as questões de Estado de Direito e as várias ferramentas, documentos e materiais sobre essa matéria. Disponível em: <http://www.unrol.org>. Acesso em: 18 mar. 2016.

⁵ Tradução livre.

1. O PENSAMENTO DE AMARTYA SEN SOBRE DESENVOLVIMENTO E LIBERDADE

O vencedor do prêmio Nobel de Economia, Amartya Sen, trata em seu livro “Desenvolvimento como liberdade” da questão da liberdade⁶ como objetivo final do desenvolvimento.

O traço mais notável na obra do festejado economista é que o autor tem um enfoque diferente do usualmente adotado pelos economistas no que concerne ao tema “desenvolvimento”. Isso ocorre, em grande medida, porque ele não se utiliza dos tradicionais indicadores de riqueza, como o PIB ou renda *per capita*⁷, e sim, entende o desenvolvimento como “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam.”^{8 9}

Prosseguindo em suas ideias, aponta, também, que a eliminação das privações de liberdades é constitutiva do desenvolvimento, sendo que a expansão da liberdade é o principal meio e o principal fim do desenvolvimento.¹⁰ Inclusive, é assim que ele prega que as sociedades devem ser avaliadas: de acordo com a quantidade de liberdades substantivas de seus membros.¹¹ Nessa perspectiva, se uma determinada sociedade tiver um elevado PIB, mas não

⁶ Liberdade, segundo o autor, possui um aspecto muito mais amplo que o tradicionalmente aceito, que identifica a liberdade como uma não-interferência do Estado, que seria um direito de primeira geração. Liberdade, em seu entendimento, seria a real possibilidade de participar ativamente da sociedade, tendo que possuir os meios (não apenas financeiros, mas também sociais, por exemplo) de assim agir. O autor trata desse tema ao lidar com a questão da “condição de agente”. *In: SEN, A. Desenvolvimento... op. cit.*, p. 18 e p. 23.

⁷ Amartya é um dos desenvolvedores do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que serve para: “oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o Produto Interno Bruto (PIB) *per capita*, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. Criado por Mahbub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998, o IDH pretende ser uma medida geral, sintética, do desenvolvimento humano. Apesar de ampliar a perspectiva sobre o desenvolvimento humano, o IDH não abrange todos os aspectos de desenvolvimento e não é uma representação da ‘felicidade’ das pessoas, nem indica ‘o melhor lugar no mundo para se viver’. Democracia, participação, equidade, sustentabilidade são outros dos muitos aspectos do desenvolvimento humano que não são contemplados no IDH. O IDH tem o grande mérito de sintetizar a compreensão do tema e ampliar e fomentar o debate”. *In: O que é o IDH.*

⁸ *Ibidem*, p. 16.

⁹ Amartya Sen reitera essa ideia ao citar Aristóteles, na página 28 de seu livro: “A riqueza, evidentemente não é o bem que estamos buscando, sendo ela meramente útil e em proveito de alguma coisa” e também ao narrar o conto chamado *Brihadaranyaka Upanishad*, situado na página 27 dessa mesma obra.

¹⁰ *Ibidem*, p. 10.

¹¹ *Ibidem*, p. 33.

possuir a garantia das liberdades mais básicas, seu índice de desenvolvimento será baixo, apesar de essa sociedade estar bem posicionada num aspecto meramente econômico.

Ainda segundo sua teoria, a condição de agente de cada um é “inescapavelmente restrita e limitada pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas que dispomos.”¹² Assim:

Ao avaliarmos nossas vidas, temos razões para estarmos interessados não apenas no tipo de vida que conseguimos levar, mas também na liberdade que realmente temos para escolher entre diferentes estilos e modos de vida. Na verdade, a liberdade para determinar a natureza de nossas vidas é um dos aspectos valiosos da experiência de viver que temos razão para estimar.¹³

Sua obra toca vários aspectos da sociedade, mas o mais especial, talvez, seja a sua identificação da ausência de relação sempre direta, como já visto e como muitos outros economistas ainda defendem, entre riqueza e desenvolvimento, identificando que a renda *per capita*, por exemplo, não é o único fator que deve ser avaliado quando se afere o desenvolvimento de uma nação. Essa ideia fica bastante clara na seguinte passagem¹⁴:

Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade.

Assim, entende-se o acesso à justiça, enquanto instrumento jurídico, como um meio para aumentar as liberdades do cidadão, garantindo, por consequência, um incremento no

¹² *Ibidem*, pp. 9-10.

¹³ SEN, A. **A idéia de justiça**, 2011, pp. 226-227.

¹⁴ _____. **Desenvolvimento...** *op. cit.*, p. 17.

desenvolvimento social, o que vai ao encontro do ensinado por Peluso:¹⁵

O Brasil atravessa neste momento um intenso processo de transformação, com impactos positivos sobre a realidade social interna e sobre o perfil da inserção do país no plano internacional. Muitos fatores contribuíram para essas mudanças. Dois deles merecem atenção especial: o fortalecimento do Judiciário e o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) na consolidação da democracia sob a égide da Constituição de 1988. A plena vigência da Carta de 1988 representou fator decisivo para o esforço de construção institucional que o Brasil vem desenvolvendo nas últimas décadas. Pensadores como Douglas North e o prêmio Nobel Amartya Sen há anos nos ensinam que instituições jurídicas são ‘instrumentos’ do desenvolvimento, não meros ‘resultados’ ou ‘consequências’ desse processo.

As barreiras encontradas por grande parte da população, em especial a mais pobre, no que diz respeito à efetivação de seus direitos, seja pela via judicial ou administrativa, são, sem dúvidas, um grande entrave ao processo de busca da liberdade, importando numa sensível redução do desenvolvimento, na perspectiva de Amartya Sen.

2. EVOLUÇÃO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB O ENFOQUE ESTATAL

O estudo dos direitos fundamentais está inexoravelmente ligado ao entendimento do contexto histórico e social da época de seu surgimento, ou melhor, do reconhecimento de que determinado direito deva ser erigido à categoria de fundamental. Para facilitar essa compreensão é comum a subdivisão dos direitos fundamentais em diferentes categorias, permitindo um melhor enquadramento e entendimento do contexto de seu reconhecimento, sendo certo, no entanto, que essas aproximações e categorizações certamente pecam pela sua simplificação, não obstante a inegável vantagem didática em sua adoção.

Contudo, não sendo essa matéria o foco do presente estudo, será adotada a classificação mais usual acerca dos direitos fundamentais. Costuma-se, assim, separar os direitos fun-

¹⁵ PELUSO, C. **Constituição, direitos fundamentais e democracia: o papel das supremas cortes.**

damentais em três gerações, apesar de inexistir consenso doutrinário nessa divisão.¹⁶

Tal distinção se baseia no fato de que os direitos fundamentais sofreram várias mudanças ao longo dos séculos, de modo que cada uma das categorias de direito fundamental estaria ligada a determinado momento histórico. Porém, o termo “gerações” sofre muitas críticas da doutrina, uma vez que tal expressão pode passar a (falsa) impressão da substituição de uma geração por outra, como ocorre com as diferentes gerações de determinada população, as quais são constantemente substituídas de forma integral por outras mais modernas.¹⁷

Por esse motivo o termo “dimensões” é o mais aceito e acurado, uma vez que contempla a presença de todos os direitos de forma concomitante, reafirmando sua unidade e indivisibilidade no contexto constitucional interno. Ou seja, tais gerações estão interligadas e não devem ser vistas de forma estanque.

As diferentes dimensões são, muitas vezes, equiparadas aos estandartes da Revolução Francesa: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, ligando cada uma dessas dimensões a um desses lemas. Ressalte-se, mais uma vez, que se trata de uma aproximação com finalidade didática, sem pretensão de absoluta precisão.

Dessa feita, os direitos fundamentais de primeira dimensão são resultado das ideias liberais do século XVIII, o Século das Luzes. São também chamados de direitos de defesa ou de liberdade, tendo em vista que são direitos do indivíduo frente ao Estado. Esses direitos se caracterizam por uma não-atuação do Estado (*non facere*) sendo, portanto, de *status* negativo e constituindo um limite à ação estatal.¹⁸

Esse viés liberal, como já referido, está intimamente ligado ao contexto histórico do reconhecimento desses direitos, bem como na classe social que primordialmente lutou por eles. Na Europa do século XVIII começaram a ser reconhecidos limites ao poder estatal, limites que foram reivindicados por uma burguesia fortalecida pela expansão comercial do período e que buscava fazer frente ao poder despótico das monarquias absolutistas até outrora predominantes. Nesse contexto, interessava a essa sociedade impedir que o Estado adotasse determinadas condutas, não sendo necessário, ao menos num primeiro

¹⁶ Há quem adote a divisão dessas dimensões em quatro, como Paulo Bonavides, que elenca nessa categoria os seguintes direitos: direito à democracia, à informação e ao pluralismo. BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**, 2004, pp. 570-572.

¹⁷ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 2012, p. 50.

¹⁸ *Ibidem*.

momento, um efetivo agir estatal.

Assim, conforme Thiago Rodrigues leciona: “O Estado agora apenas poderia atuar em conformidade com a lei, o Soberano não mais estava fora do ordenamento jurídico.”¹⁹ Dessa forma havia um deliberado descaso em relação às desigualdades sociais, já que a maior preocupação era com a liberdade do cidadão. São exemplos dos direitos de primeira dimensão os direitos civis e políticos, quais sejam os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, entre outros.

Com a queda do Estado liberal e o crescimento do Estado do bem-estar social (*Welfare State*), passou-se a exigir da figura estatal uma atuação ativa na sociedade, não havendo mais espaço para o ideal absentista de outrora. Novamente, o contexto histórico e social do período explica, em grande parte, a razão do reconhecimento desses direitos como fundamentais. Ocorre que em razão da Revolução Industrial grande parte da sociedade ingressou no mercado de trabalho e de consumo, sendo que as grandes crises que o capitalismo liberal viveu jogaram essa população, mais instruída e abastada que os camponeses do século XVIII, num limbo em que não possuíam condições de sustentar suas famílias, nem de manter o padrão de vida até então conquistado. Nessa situação, mostrou-se necessária, até mesmo para a pacificação social num contexto de avanço dos ideais comunistas, a intervenção estatal para garantir condições mínimas de vida para toda a população, combatendo as cíclicas crises do capitalismo.²⁰

Essa ação do Estado encontra fundamento na busca da igualdade material e não apenas na igualdade formal, a qual era garantida pelos direitos negativos. Esse movimento deu origem à segunda dimensão de direitos fundamentais, caracterizada pelos direitos sociais, econômicos e culturais, por se ligarem, como supracitado, a reivindicações de justiça social. São direitos positivos que dependem da atuação estatal (*facere*). Os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado (como são os de primeira dimensão), mas sim direitos através do Estado²¹. São os direitos a prestações positivas. São exemplos dos direitos de segunda dimensão a educação, o trabalho e a saúde.

Os direitos de terceira dimensão versam sobre solidariedade e fraternidade. São direitos de titularidade coletiva ou difusa, não tratando mais do homem como um ser individual e isolado. O surgimento dessa categoria de direitos está intimamente relacionado ao surgimento de organismos transnacionais, os quais eclodiram principalmente após a Segunda

¹⁹ PEREIRA, T. R. Possíveis fundamentos jus filosóficos da Sustentabilidade, 2013, p. 218-231.

²⁰ SARLET, I. W. **A eficácia dos...** *op cit.*

²¹ CUNHA JÚNIOR, D. da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível, 2008.

Guerra Mundial. Entre tais direitos se encontra o direito à paz, ao meio ambiente e à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural.²²

Para aqueles que defendem a existência de outras dimensões de direitos, como Paulo Bonavides²³, a quarta geração constitui uma evolução dos direitos fundamentais, elencando-se entre eles o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, resultantes do processo cada vez mais acelerado de globalização do mundo.

Os pensadores de viés mais liberal frequentemente direcionam críticas aos direitos de segunda dimensão, pois eles exigiriam gastos muito elevados do Estado por serem prestacionais, o que ocasionaria, necessariamente, um aumento da tributação para custear essas ações.

Ressalte-se, no entanto, que os direitos de primeira dimensão, embora se caracterizem por uma dita abstenção do agir estatal (direitos negativos), também demandam gastos públicos. A título de exemplo, cita-se a proteção do direito ao patrimônio, que, para ser efetivada, depende de todo um aparato de segurança pública, bem como da existência de um Poder Judiciário para dirimir eventuais conflitos surgidos em razão desse direito.²⁴

Da mesma forma, gastos públicos são exigidos pelos direitos de terceira dimensão, como a proteção ambiental. Por outro lado, o direito à greve, embora tipicamente social, de segunda geração, contém como nota marcante um não-agir estatal, não acarretando necessariamente gastos do erário.²⁵ Dessa forma, mostra-se falaciosa a crítica aos direitos sociais, sendo evidente que para a garantia de qualquer direito são necessários custos, os quais devem ser suportados por toda a coletividade.

Estabelecido esse panorama, percebe-se claramente que o acesso à justiça se encontra situado nos direitos fundamentais de segunda geração, caracterizando-se por ser um direito social, tipicamente prestacional, que demanda gastos do Estado para a sua concretização.

Nessa linha de ideias, a garantia desse direito deveria ter sido implementada desde o início do Século XX, o que deixa claro o atraso do Brasil no que concerne à discussão da real eficiência do acesso à justiça. Percebe-se isso através da leitura de trabalhos, principalmente europeus e americanos, que citam discussões jurisprudenciais que remontam a décadas

²² SARLET, I. W. **A eficácia dos...** *op cit.*

²³ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**, 2004, pp. 570-572.

²⁴ FILPO, K. P. L. **O direito social à segurança e o seu sentimento de inferioridade.**

²⁵ SARLET, I. W. **A eficácia dos...** *op cit.*, p. 53.

atrás, como o caso *Airey v. Ireland*,²⁶ ocorrido na década de 70. As discussões da mesma natureza no Brasil só se iniciaram após a Constituição de 1988, especialmente no final dos anos 90, com considerável e irrecuperável atraso.

3. MATERIALIZANDO A ORIENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça pode ser realizado de diversas formas, de modo que algumas delas serão abordadas nos tópicos seguintes. Antes disso, no entanto, serão abordados os critérios que devem ser observados para o oferecimento do serviço de acesso à justiça, de modo a viabilizar a consecução desse direito.

3.1 Critérios a serem observados para viabilizar a ampliação do acesso à justiça

No documento *Making the Law Work for Everyone* - Volume II, já citado, trata-se do empoderamento jurídico do carente.²⁷ Tal documento foi elaborado por diversos grupos de trabalho e chegou à conclusão de que determinados tópicos são de extrema importância para alargar o âmbito dos serviços jurídicos prestados aos necessitados, indo ao encontro da terceira onda de Cappelletti e Garth,²⁸ ficando assente que a simples garantia de acesso a um advogado para litigar em Juízo é insuficiente para garantir o verdadeiro e amplo acesso à justiça.

²⁶ Esse texto trata da ação que correu na Corte Europeia de Direitos Humanos, em que a Senhora Airey litigava contra a Irlanda, com o intuito de conseguir meios para se divorciar de seu marido. O problema surge aqui, visto que, ao não aceitar o divórcio amigável, era necessário recorrer ao judiciário, o que demandava gastos, porém tais despesas não poderiam ser arcadas pela Sra. Airey e seu país, a Irlanda, não dispunha de um serviço para suprir essa sua necessidade. No caso em tela, a Sra. Airey saiu vencedora. ALVES, C. F. Estudo de caso: a decisão *Airey v. Ireland* e sua importância na afirmação do Direito de Acesso a Justiça no continente Europeu, 2006.

²⁷ COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR. *Making the Law work for everyone – volume 2 – working group reports*.

²⁸ CAPPELLETTI..., *op cit*, p. 23.

Tais tópicos são: modelos de entrega de menor custo; serviços jurídicos que contribuam para o empoderamento do necessitado; resolução alternativa de litígios; agregação de serviços jurídicos com outros serviços para os pobres e; a remoção de restrições artificiais de fornecimento de operadores do direito.

Assim, percebe-se que o tema em tela pode ser tratado de diversas formas, com diferentes abordagens.

No que concerne aos modelos de entrega de menor custo, que dispensa maiores esclarecimentos sobre o seu conteúdo, surge a alternativa, ainda inexistente no Brasil, dos Parajurídicos (*paralegal*, em inglês), que seriam pessoas não formadas em direito, mas que poderiam ajudar a resolver inúmeros casos, principalmente os mais simples. Os estudantes de direito também se encaixariam nessa situação.

Nessa alternativa não seriam utilizados os serviços de advogados ou bacharéis em direito, teoricamente profissionais com custo mais elevado, para resolverem questões de menor complexidade, por exemplo. Assim, a barreira financeira da contratação de um profissional do direito seria derrubada com a utilização dessa outra gama de profissionais.

Além da falta de marco legal para tanto, outro ponto negativo pendente sobre esta opção é a enormidade de pessoas formadas em Direito todos os anos, muitos dos quais, sequer, conseguem ingressar nos quadros da OAB, devido às inúmeras deficiências de formação. Agregar os serviços de Parajurídicos, ainda que pareça ser, economicamente, mais viável, parece ir de encontro à necessidade de que esse sem número de novos bacharéis em Direito possa exercer sua profissão, não podendo ser desprezado o elevado investimento estatal na formação desses profissionais (gastos com Faculdades Públicas e programas sociais como FIES e PROUNI).

Já quanto a empoderar os clientes (cidadãos) também é uma alternativa válida e isso pode se dar da seguinte forma, segundo o trabalho *Making the Law Work for Everyone*:²⁹

[...] inclui ouvir, em vez de ditar aos clientes – a marca registrada de qualquer bom advogado, mas particularmente desafiador ao ajudar pessoas pobres, que normalmente se submetem aos indivíduos mais educados e afluentes (tradução livre).

²⁹ COMMISSION, *op cit*, p. 25.

Ou seja, é necessário entender o que o cidadão quer, tendo em vista que essas pessoas podem ter dificuldade de indicar com exatidão qual sua demanda e seus objetivos. Assim, evita-se que o profissional direcione, de maneira equivocada, a atuação do cidadão, procurando, antes, entender as suas necessidades e expectativas.

A resolução alternativa de litígios também é um dos temas que devem ser considerados, pois ampliar as formas de resolução dos problemas através de tribunais de pequenas causas, arbitragem, conciliação e mediação é muito eficaz. Esse tipo de prática é mais simples e barata que o tradicional e moroso processo judicial e, ainda assim, consegue atingir bons resultados, em especial quanto à pacificação social. Dessa maneira, apenas as causas mais complexas ou cujos interesses em jogo o justificassem ficariam a cargo do sistema judiciário completo, por assim dizer.

Por sua vez, a mistura de serviços prestados é interessante pois, segundo esse mesmo trabalho supracitado,³⁰ os serviços jurídicos são mais eficazes quando incorporados em programas pré-existentes, se comparado aos autônomos.

Então, em um programa de vacinação de crianças, por exemplo, poderia ser colocado à disposição dos pais um sistema cartorário para as crianças que ainda não possuam registro de nascimento sejam devidamente registradas. Integrar diversos serviços em um mesmo local contribui, portanto, para um efetivo e fácil acesso à justiça.

Por fim, tem-se a remoção das constrictões na oferta de serviços jurídicos aos mais necessitados. Tal situação demanda uma readequação do tipo de profissional formado pelas faculdades, incluindo uma sensível alteração no sistema de créditos (matérias) das faculdades de Direito. A grade curricular atualmente vigente não dá ênfase aos temas mais importantes e comuns às camadas mais pobres, como aluguéis, direito do trabalho, pensões, questões de terra, saúde, previdência e vizinhança. Assim, o aluno formado tem certo distanciamento de tais assuntos, tendo mais familiaridade a realidades mais distantes desses grupos sociais. É muito mais comum que o aluno tenha tido maior contato com o direito tributário e o direito empresarial, por exemplo, do que com essas matérias afetas aos cidadãos mais carentes. Dessa feita, o profissional que deveria solucionar os problemas dos mais pobres não tem, nem mesmo, o instrumental teórico adequado para tanto.

Imprescindível, ainda, referenciar que esses critérios devem ser trabalhados em conjunto,

³⁰ *Ibidem*, p. 27.

optando-se, tanto quanto possível, por soluções que atendam à maior parte deles. Assim, exemplificativamente, para estimular a resolução extrajudicial de litígios, também se mostra necessária uma implantação dessa cultura desde os bancos da faculdade, removendo barreiras culturais a essa forma de resolução de conflitos.

3.2 A figura dos Juizados Especiais

Estabelecidos os critérios a serem observados para ampliação do acesso à justiça, passa-se a analisar uma das opções mais comuns e celebradas, a qual foi abraçada com grande entusiasmo no Brasil.

Trata-se dos juizados especiais.³¹ Esses órgãos jurisdicionais exercem inegável função facilitadora do acesso à justiça ao prever a desnecessidade da presença de advogado, isenção de custas, simplicidade no procedimento, dentre outras medidas aptas a aproximar o cidadão do Judiciário.

O acima citado se depreende, dentre outros, dos seguintes dispositivos da lei 9.099, de 1995:

Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Porém, a própria instituição dos juizados e seu correto funcionamento exige um forte aparato estatal, com a presença de muitos Juízes e servidores, de modo que a entrega desse serviço não é de baixo custo.

Ademais, não obstante a legislação de regência dos Juizados preveja várias oportunidades para a conciliação, não se trata de uma verdadeira solução alternativa de litígios, com as partes resolvendo diretamente os conflitos, mas sim, de uma conciliação mediada pelo Judiciário, de modo que ele não se afasta, tanto quanto desejável, do modelo tradicional de resolução de conflitos.

³¹ Atualmente, existem os Juizados Especiais estaduais supracitados, os da Fazenda Pública (lei 12.153/09) e os Federais (lei 10.259/01).

Não fossem esses apenas os problemas, a enormidade da demanda que aporta nesses Juizados impede que o atendimento aos cidadãos seja feito de forma individualizada, bem como dificulta a prolação de decisões adequadas a cada caso concreto. O que se vê, muitas vezes, no âmbito dos Juizados são “atermações” genéricas e sentenças massificadas e inespecíficas, as quais estão distantes dos critérios estabelecidos anteriormente para ampliação do acesso à justiça, pois se constituem, em muitos casos, em simulacros de processos e de decisões.

Além disso, na fase recursal a legislação exige a presença de advogado (art. 41, §2º da Lei 9.099/1995), de modo que o acesso direto pelo cidadão ao serviço não é pleno, bem como, na maior parte dos casos, os Juizados estão instalados junto à estrutura do Poder Judiciário “comum”, o que não contribui para facilitar a presença do cidadão, ou, ainda, para possibilitar a integração com outros serviços públicos.

Interessante visão do tema aqui esposado e que corrobora o até agora afirmado é a trazida por Paulo César Pinheiro Carneiro, que em seu livro “Acesso à Justiça” coloca uma questão importante, que é o horário de funcionamento do órgão em estudo.³²

Importante consignar que o II Juizado, localizado na Praça Quinze, antes de mudar para o Centro, funcionava duas vezes por semana, até as 22h, mas com pequeno movimento de pessoas, possivelmente por falta de divulgação adequada.

De fato, se o trabalhador, principalmente o autônomo, tiver que deixar de auferir renda para litigar, talvez ele não busque seus direitos em juízo. Mas com esse horário noturno, mais pessoas teriam interesse em ajuizar uma ação nos juizados. Ainda nesse tema, Paulo Cezar Carneiro trata da localização dos Juizados como uma questão também importante:³³

A adequada localização dos Juizados Especiais Cíveis, de forma a propiciar o fácil acesso das pessoas que o procuram, está intrinsecamente vinculada à ideia do aspecto físico do acesso à justiça, que compreende também espaço e instalações adequados.

³² CARNEIRO, P. C. P. **Acesso à Justiça – Juizados especiais cíveis e a ação civil pública – Uma nova sistematização da teoria geral do processo**, 2007, p. 153.

³³ *Ibidem*, p. 178.

E o autor continua:³⁴

Não basta um local com uma placa indicativa da existência de um Juizado para assegurar o acesso, mas sim a conjugação de inúmeros outros fatores, dentre os quais, local apropriado, de fácil acesso, bem servido de transportes públicos, dotado de espaços físicos adequadamente divididos, aptos a permitir o atendimento digno e a realização de atos próprios do procedimento, com a tranquilidade e privacidade necessárias.

Não se pode negar que a simples existência dos Juizados Especiais contribui para ampliar o acesso à Justiça, pois permite que muitas pretensões que não teriam lugar no aparato Judiciário tradicional sejam deduzidas diretamente pelo cidadão.

Não obstante, como demonstrado, existem diversos problemas na atual forma de funcionamento dos Juizados, sem contar os enormes custos envolvidos, o que mostra que essa opção não parece ser a mais adequada para possibilitar o efetivo e amplo acesso do cidadão à justiça (e não ao Judiciário).

3.3 A Defensoria Pública

Passa-se agora a analisar outra possível forma de atender ao direito fundamental do acesso à justiça, qual seja a Defensoria Pública. Inicialmente, importa consignar que a estruturação desse importante órgão traduz respeito ao inciso LXXIV, do art. 5º da Constituição, o qual prega que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

A assistência jurídica integral e gratuita é realizada pela Defensoria Pública (seja da União ou de cada estado-membro), conforme consagrado em outro dispositivo constitucional:

³⁴ *Ibidem*, p. 179.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Apesar de esse artigo constar na Constituição Federal desde 1988, até hoje em dia há falta de membros dessa instituição em todo o Brasil³⁵ e, até pouco tempo, não havia Defensoria Pública instalada em alguns estados, como por exemplo no Paraná, que fez seu primeiro concurso para ingresso nessa carreira no ano de 2012.³⁶

A Defensoria Pública, após as Emendas Constitucionais de números 45/2004, 69/2012, 74/2013 e 80/2014 passou a ser dotada de autonomia funcional e administrativa, situando-se fora da tripartição tradicional de poderes. Assim sendo, é certo que a Defensoria Pública, ao lado do Ministério Público, não está incluída dentro das tradicionais estruturas de poder, seja do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário.

O fato de se situar fora dessas estruturas tradicionais de poder, permite à Defensoria a integração mais fácil com outros serviços públicos prestados aos carentes, aproximando-se de sua população alvo. São ainda incipientes, mas já existem alguns projetos que levam o atendimento da Defensoria para perto da população, valendo a referência à Defensoria Pública do Distrito Federal que presta atendimento regular nas estações do metrô de Brasília.³⁷

Na própria missão institucional da Defensoria Pública situa-se a resolução extrajudicial de conflitos, como pode ser visto no próprio art. 134 da CF/1988, o que a deixa alinhada, em sua gênese, aos critérios que foram estabelecidos para um efetivo acesso à justiça. Aproximar os cidadãos e fazê-los conversar para a resolução dos conflitos entre particulares, a criação de núcleos especializados para solução de problemas com órgãos públicos,³⁸ dentre outras medidas já adotadas pela Defensoria Pública são exemplos das inúmeras possibilidades de resolução alternativa de conflitos mediadas pelo Órgão.

³⁵ CONJUR. Defesa dos pobres, 2016.

³⁶ Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=25>. Acesso em: 18 mar. 2016.

³⁷ Disponível em: http://www.defensoria.df.gov.br/?page_id=2498. Acesso em: 18 mar. 2016.

³⁸ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Câmara de Resolução de Litígios de Saúde começa a atuar no Rio de Janeiro, 2016.

Além disso, a Defensoria Pública presta assistência jurídica e não assistência judicial, o que vai ao encontro do conceito mais alargado de acesso à justiça que permeia todo este estudo, o que inclui a função de orientação e educação em direitos, ampliando, ainda, a liberdade do cidadão e o desenvolvimento social.

Outra característica peculiar da Defensoria Pública é a especialização de seus quadros nas matérias que mais rotineiramente afetam os cidadãos carentes. Ora, os membros dessa instituição atuam diuturnamente com as mesmas questões, tornando-se especialistas nelas, de modo a contribuir para que o encaminhamento do necessitado seja sempre o melhor possível, o que se enquadra perfeitamente nos critérios estabelecidos nos itens anteriores para um melhor e mais amplo acesso à justiça.

A especialização no atendimento aos necessitados também se mostra mais factível no âmbito da Defensoria Pública, pois é viável o atendimento mais individualizado, inclusive com o auxílio de assistentes sociais, médicos e psicólogos (dentre outros profissionais), de modo a entender as necessidades do hipossuficiente que procura os serviços do Órgão, atendendo ao objetivo de empoderar o necessitado.

O grande problema na adoção desse modelo, inegavelmente, são os custos para a sua implantação. Toda a estrutura, humana e física, necessária para o adequado funcionamento da Defensoria Pública envolve custos de considerável monta. No entanto, esse parece ser, na realidade, um falso problema, ainda mais quando comparado com as alternativas disponíveis.

A adoção do modelo de advogados dativos, vigente durante muitos anos no Brasil, mostra-se muito mais oneroso³⁹ e ineficiente, pois não permite a adoção das soluções integradas, nem viabiliza, de modo efetivo, o acesso à justiça. Esse custoso modelo apenas viabiliza o acesso ao Poder Judiciário, de modo atomizado, situando-se, na realidade, na primeira onda renovatória descrita anteriormente. Não parece adequado ou mais vantajoso sob o aspecto meramente econômico, no atual estágio civilizatório, o retorno a esse modelo. Tudo isso sem contar as críticas à probidade e a impessoalidade na adoção dessa “solução”, pois há uma verdadeira burla ao princípio constitucional do concurso para acesso ao serviço público (art. 37, II da CF/1988), com a indicação direta de advogados para patrocinarem certas causas, sem submissão a qualquer processo seletivo prévio.

Os custos envolvidos na instalação dos Juizados Especiais certamente superam os custos

³⁹ Disponível em: <http://www.folhavoritoria.com.br/geral/noticia/2014/02/com-falta-de-defensores-publicos-estado-gasta-mais-de-r-70-mil-com-advogados.html>. Acesso em: 18 mar. 2016.

na implantação da Defensoria Pública, pois a estrutura mais burocratizada dos órgãos do Judiciário, com a necessidade de abertura de um processo para cada caso que lhe seja dirigido, certamente supera os custos de implantação adequada da Defensoria, que possui estrutura menos burocrática e a possibilita a resolução dos conflitos de modo mais célere e, conseqüentemente, eficiente.

As críticas e problemas decorrentes da adoção da função de Parajurídico (**paralegal**) já foram tratadas anteriormente, de modo que não parece adequada a sua adoção no sistema pátrio.

Evidentemente que soluções como a da advocacia *pro bono* devem ser conciliadas com o modelo da Defensoria Pública, sendo repassado aos particulares, em especial aos grandes escritórios, alguns dos custos envolvidos no acesso à justiça. Não há, assim, qualquer razão para existir exclusividade da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica gratuita. O que deve haver, seja por imperativo constitucional ou mesmo ético, é a exclusividade nos investimentos estatais para o custeio da assistência jurídica gratuita via Defensoria Pública, sendo vedado ao Estado subsidiar diretamente outras formas de prestação desse serviço.

Ora, carece de sentido haver notória falta de Defensores Públicos e o Estado destinar recursos públicos ao pagamento de dativos ou ao custeio de modelos diversos de assistência jurídica, pois é a Defensoria Pública o ente escolhido pelo legislador constituinte para prestar esse serviço público.

Evidentemente que o modelo da Defensoria Pública ainda clama por melhorias, em especial as que a aproximem do cidadão carente, prestando de maneira integrada diversos serviços públicos. A melhoria no atendimento jurídico ao cidadão também se mostra necessária, bem como o atendimento multidisciplinar. Outros aprimoramentos devem ser feitos ao longo do tempo, mas não parece haver dúvida que entre os modelos discutidos nesse estudo, o da Defensoria Pública é o mais adequado para a consagração do acesso à justiça.

CONCLUSÃO

Ao analisar a evolução dos direitos fundamentais e a noção mais abrangente de acesso à justiça, não há outro caminho que não o de elencar no rol dos direitos fundamentais sociais. Isso porque percebe-se a clara necessidade do agir estatal (*facere*) para cumprir de forma eficaz esse direito.

Como forma de garantir esse direito, além da necessidade de junção de serviços estatais para propiciar o contato entre cidadão e a justiça (não necessariamente o Poder Judiciário), foram analisadas duas possibilidades, os Juizados Especiais e a Defensoria Pública, segundo critérios estabelecidos no trabalho *Making the Law Work for Everyone*.

Quanto à figura dos Juizados Especiais é certo que esse modelo, apesar de adotado com entusiasmo pelo Estado, até agora mostrou-se insuficiente para a garantia de um amplo acesso à justiça, muito embora preveja a ausência de custas processuais e a possibilidade de acionar o Judiciário sem a necessidade de um advogado. Esse modelo sofre de muitas das vicissitudes do Poder Judiciário “tradicional”, demanda altos custos e não contribui decisivamente para a resolução extrajudicial de conflitos.

Já quanto à Defensoria Pública, a qual inegavelmente demanda custos, conquanto tenha alguns problemas e possíveis ajustes a serem feitos, mostrou-se uma solução melhor que a dos Juizados Especiais, pois demanda um custo menor, possibilita a resolução alternativa de conflitos, além de facilitar o empoderamento do cidadão, ao prestar-lhe atendimento mais individualizado. Ademais, situando-se fora da estrutura do Judiciário, é possível, de forma mais fácil, a integração com outros serviços públicos, bem como a especialização de seus quadros nos temas que mais afetam a população carente. No entanto, foi feito o registro de que o investimento estatal nessa solução, até agora, mostra-se insuficiente, sendo assente a carência de unidades e de membros da Defensoria Pública no país.

A importância do tema é também aferível ao se identificar que possibilitando o acesso à justiça do maior número possível de pessoas, temos como consequência o aumento de suas liberdades, tema preconizado por Amartya Sen. Além disso, ampliar o acesso à justiça viabiliza melhorias na qualidade de vida (desenvolvimento) da população, mesmo que isso não reflita, necessariamente, em um aumento do PIB ou da renda *per capita* desses sujeitos, por exemplo. Nesse sentido, importante, novamente, a referência ao pensamento do autor supracitado:

Com efeito, a natureza das vidas que as pessoas podem levar tem sido objeto de atenção dos analistas sociais ao longo da história. Mesmo que os mais utilizados critérios econômicos do progresso, refletidos em uma massa de estatísticas disponíveis, tendam a se concentrar especificamente no melhoramento de objetos inanimados de conveniência (por exemplo, no produto nacional bruto, PNB, e o produto interno bruto, PIB, que têm sido o foco de uma miríade de estudos econômicos do progresso), essa concentração poderia ser justificada — tanto quanto isso fosse possível — em última instância apenas através do que esses objetos produzem nas vidas humanas que eles podem direta ou indiretamente influenciar. Há um reconhecimento crescente favorável à utilização direta de indicadores da qualidade de vida, do bem-estar e das liberdades que as vidas humanas podem trazer consigo.⁴⁰

Assim, os influenciados por meio desses incrementos das oportunidades de acesso não apenas ao Judiciário, mas também à justiça, de uma maneira mais ampla, serão beneficiados de forma direta, através, por exemplo, da busca de direitos trabalhistas desrespeitados pelos patrões, da defesa de seus direitos enquanto consumidores, da obtenção de pensões alimentícias e da solução de conflitos do dia-a-dia, como o direito de vizinhança, dentre outros.

O benefício é, ainda, indireto, ao ampliar a liberdade dos cidadãos, garantindo um desenvolvimento, também, social, consoante os ensinamentos de Amartya Sen.

Por fim, diante de todo o exposto, percebe-se quão rico é o tema em questão, tendo em conta que o acesso à justiça pode (na realidade, deve) ser encarado de forma multifacetada, conforme a necessidade exigir, para a aferição de um real acesso a uma pacificação das relações sociais, um dos objetivos maiores de qualquer ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVES, C. F. Estudo de caso: a decisão *Airey v. Ireland* e sua importância na afirmação do Direito de Acesso a Justiça no continente Europeu. *In: Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro*, ano 19, n. 20, 2006.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁴⁰ SEN, A. **A idéia...** *op. cit.*, p. 225.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO, P. C. P. **Acesso à Justiça – Juizados especiais cíveis e a ação civil pública – Uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR. *Making the Law work for everyone – volume 2 – working group reports*. Disponível em: http://www.unrol.org/doc.aspx?n=making_the_law_work_II.pdf. Acesso em: 05 nov. 2014.

CONJUR. Defesa dos pobres. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-fev-19/entrevista-haman-tabosa-cordova-defensor-publico-geral-uniao>. Acesso em: 24 jul. 2014.

CUNHA JÚNIOR, D. da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. *In*: CAMARGO, M. N. (org.). **Leituras complementares de direito constitucional – Direitos humanos e direitos fundamentais**. S3. ed. Salvador: Podium, 2008.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Câmara de Resolução de Litígios de Saúde começa a atuar no Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=17475:camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-comeca-a-atuar-no-rio-de-janeiro&catid=236&Itemid=547. Acesso em: 18 mar. 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. Núcleo das Iniciais de Brasília. Disponível em: http://www.defensoria.df.gov.br/?page_id=2498. Acesso em: 18 mar. 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ. I Concurso para Defensor Público. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=25>. Acesso em: 18 mar. 2016.

FILPO, K. P. L. O direito social à segurança e os eu sentimento de inferioridade. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3175.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2015

FOLHA DE VITÓRIA. Com falta de defensores públicos, Estado gasta mais de R\$ 70 mil com advogados. Disponível em: <http://www.folhavoria.com.br/geral/noticia/2014/02/com-falta-de-defensores-publicos-estado-gasta-mais-de-r-70-mil-com-advogados.html>. Acesso em: 18 mar. 2016.

GLOBO.COM. Um defensor público pede demissão a cada 10 dias no ES, diz associação. Disponível em: <http://g1.globo.com/espirito-santo/noticia/2014/02/um-defensor-publico-pede-demissao-cada-10-dias-no-es-diz-associacao.html>. Acesso em: 25 jul. 2014.

PELUSO, C. Constituição, direitos fundamentais e democracia: o papel das supremas cortes. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/eua_cp.pdf. Acesso em: 14 ago. 2014.

PEREIRA, T. R. Possíveis fundamentos jus filosóficos da Sustentabilidade. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XVIII, n. 22, p. 218-231, jan./dez. 2013.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. O que é o IDH. Disponível em: http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH. Acesso em: 06 nov. 2014.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SEN, A. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso – Companhia das Letras, 2013.

UNITED NATIONS. *United Nations and the Rule of Law*. Disponível em: <http://www.unrol.org>. Acesso em: 18 mar. 2016.

OS REAIS CONTORNOS DA DEFENSORIA
PÚBLICA BRASILEIRA: EXERCENDO
FUNÇÃO DE **OMBUDSMAN** EM DEFESA
DOS DIREITOS HUMANOS

Daniela Vieira de Melo

*THE REAL PROFILES OF BRAZILIAN PUBLIC DEFENDER: EXERCISING
OMBUDSMAN FUNCTION IN DEFENSE OF HUMAN RIGHTS*

OS REAIS CONTORNOS DA DEFENSORIA PÚBLICA BRASILEIRA: EXERCENDO FUNÇÃO DE *OMBUDSMAN* EM DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

*THE REAL PROFILES OF BRAZILIAN PUBLIC DEFENDER: EXERCISING OMBUDSMAN
FUNCTION IN DEFENSE OF HUMAN RIGHTS*

Daniela Vieira de Melo.

*Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito
do Estado. Servidora Pública no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.*

RESUMO

O objetivo deste artigo é o de investigar como a Defensoria Pública brasileira – na linha de outros países na América Latina, tais como Argentina, Guatemala, Colômbia, entre outros, e no mundo, como o *defensor del pueblo* espanhol e o clássico *ombudsman* sueco – tem exercido suas funções nos moldes do trabalho realizado pelo *ombudsman*. Como esta função tem sido tratada doutrinariamente? E qual sua importância para a proteção e consolidação dos Direitos Humanos, mormente, no Brasil? Quais seriam, portanto, os seus reais contornos, sobretudo, após as recentes e progressivas alterações legislativas no ordenamento jurídico brasileiro trazidas pelas ECs nºs 74/13; 80/14 e das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Acesso à Justiça. Direitos Humanos. *Ombudsman*. Democracia.

ABSTRACT

The purpose of this article is to investigate how the Brazilian Public Defender – as other countries in Latin America such as Argentina, Guatemala, Colombia, among others, and in the world as the Spanish *defensor del pueblo* and classical Swedish Ombudsman – has exercised its functions in the work carried out by molds Ombudsman. How has this function been treated doctrinally? And why is it important for the protection and consolidation of human rights, particularly in Brazil? What, therefore, their actual outlines, especially after the recent and progressive legislative changes in Brazilian law brought by ECs n^{os} 74/13; 80/14 and the decisions of the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Public Defender. Access to Justice. Human Rights. Ombudsman. Democracy.

Data de submissão: 14/03/2016

Data de aceitação: 21/06/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 ACESSO À JUSTIÇA, DEFENSORIA PÚBLICA E OS DIREITOS HUMANOS. 1.1 Da inafastabilidade do controle jurisdicional. 1.2 A proteção dos Direitos Humanos no Brasil através do papel da Defensoria Pública. 2 NOÇÕES GERAIS SOBRE A FIGURA DO OMBUDSMAN NO MUNDO, NA AMERICA LATINA E NO BRASIL. 3 A DEFENSORIA PÚBLICA COMO OMBUDSMAN NO BRASIL: UMA ABERTURA CADA VEZ MAIS DEMOCRÁTICA DO DIÁLOGO EM BUSCA DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS. 3.1 A Defensoria Pública como Ombudsman e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal as recentes alterações legislativas. 3.2 A abertura democrática do diálogo e a consequente proteção dos direitos humanos. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

A função de *ombudsman* ainda tem de percorrer caminhos longos para se consolidar em definitivo no Brasil, ao menos doutrinariamente. A figura do *ombudsman*, *defensor del pueblo* ou ouvidor, tem a função, dentre outros, grosso modo, de permitir processos organizacionais que priorizem a comunicação e o diálogo.

Embora seja um tanto lacônica esta definição, ela serve como ponto de partida para traçar os reais limites das atribuições do *ombudsman* e de como sua atuação pode contribuir para a democracia e para a consolidação de direitos de modo geral.

No Brasil, a figura do *ombudsman* sempre esteve mais associada à iniciativa privada. Seria ele um profissional contratado por um órgão, instituição ou empresa para receber críticas, sugestões e reclamações de usuários, devendo agir de forma imparcial no sentido de mediar conflitos entre as partes envolvidas.

Portanto, sua figura estaria associada, na iniciativa privada, às ouvidorias institucionais das empresas que permitiriam a valorização do capital humano e melhor ambiente organizacional. No entanto, ainda há outra feição timidamente explorada pela doutrina brasileira que é a feição do *ombudsman* como canal para abertura democrática do diálogo e para a consolidação dos Direitos Humanos.

Na América Latina, é instituição autônoma de natureza jurídica pública vocacionada à proteção de Direitos Humanos. Este canal de comunicação e de proteção dos Direitos Humanos tem estado a cargo, precipuamente, da Defensoria Pública ou, como é chamado na Espanha, dos *defensores del pueblo*.

A Defensoria Pública como *ombudsman*, apesar de ser tema que engatinha doutrinariamente, tem sua consolidação cada vez mais oportunizada, não só pela atuação institucional cotidiana das defensorias públicas, em todo o país, senão pela via Constitucional, sobretudo após as EC nº 74/13 e EC nº 80/14.

1. ACESSO À JUSTIÇA, DEFENSORIA PÚBLICA E OS DIREITOS HUMANOS

1.1. Da inafastabilidade do controle jurisdicional

O art. 5º, XXXV da Constituição Federal, consagra que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Isto implica em afirmar que o controle jurisdicional não pode ser afastado e qualquer pessoa, física ou jurídica, ou grupo de pessoas pode invocar a proteção, que resulta da constituição e da lei, ao Poder Judiciário.

O Brasil, enquanto signatário da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, deve respeitar os comandos do art. 8º desta convenção, que determina que toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

A ideia de acessibilidade à justiça consiste no sistema por meio do qual as pessoas possam: “reivindicar os seus direitos/ e ou resolver os seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.¹

O Estado Democrático de Direito tem como um de seus deveres máximos criar mecanismos para o exercício pleno do Direito Fundamental de Acesso à Justiça. A redemocratização do país e a conseqüente promulgação da Constituição Federal de 1988 engendraram nova cartilha de direitos fundamentais e trouxe, como valor imanente, a ideia de igualdade perante a lei.

No entanto, por mais que se tenha evoluído, muito ainda teve e tem de ser feito para que haja o efetivo acesso aos grupos sociais não hegemônicos, tais como os pobres, negros, deficientes, entre tantos outros.

¹ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**, 1988, p. 08.

A Constituição de 88 quis remediar esse quadro, não se contentando em reconhecer simbolicamente os direitos fundamentais. Ao inverso, a Carta de 88 preocupou-se em assegurá-los no mundo concreto, de forma a transpor o oceano que ainda se interpõe entre os seus princípios emancipatórios e a vida real das camadas excluídas da população. Para isso, apostou fortemente no acesso à justiça. O acesso à justiça envolve a possibilidade real de mobilizar o aparato jurisdicional na defesa de direitos e interesses lesados ou ameaçados, mas não se esgota nisso.²

Para Mauro Cappelletti e Brian Garth, o processo evolutivo dos instrumentos destacados para solucionar o problema do efetivo acesso à justiça, de uma maneira geral, estaria sedimentado em três grandes ondas renovatórias. E estes estudos influenciaram sobremaneira a forma de se possibilitar o acesso à justiça no Brasil.

A primeira solução consiste na onda renovatória da assistência judiciária; a segunda, por sua feita estava relacionada às reformas tendentes a proporcionar a representação adequada dos direitos difusos e coletivos; e o terceiro é chamado simplesmente de “ênfoque de acesso à justiça”, porque “inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras de acesso de modo mais articulado e compreensivo.”³

A primeira onda renovatória foi definida como sendo a de assistência judiciária aos pobres. Consoante os estudos realizados por Cappelletti os esquemas de assistência eram restritos e estavam relacionados à advocacia *pro bono*, ou seja, a advocacia particular sem ônus financeiro para a pessoa assistida. Nesse sentido, o Estado não vislumbrava qualquer possibilidade de efetivá-lo, enquanto direito público subjetivo positivo. Portanto, os programas adotados eram falhos e ineficientes e diversas reformas foram feitas em torno do mundo.

A mais dramática reforma da assistência judiciária teve lugar nos últimos 12 anos. A consciência social que redespertou, especialmente no curso da década de 60, colocou a assistência judiciária no topo das reformas judiciárias. A contradição entre o ideal teórico do acesso efetivo e os sistemas totalmente inadequados de assistência judiciária tornou-se cada vez mais intolerável.⁴

² SARMENTO, D. Parecer Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União.

³ Ibidem, p. 12.

⁴ Ibidem. p. 13.

O Poder Judiciário, no Estado democrático contemporâneo, deparou-se com o desafio recorrente de oferecer respostas a problemas cada vez mais complexos, reflexos de um novo perfil de conflitualidade pós segunda guerra mundial. O Panorama de Acesso à Justiça, no Brasil, de 2004 à 2009, apontou uma série de indicadores acerca desta conflitualidade :

Segundo a PNAD de 2009, 12,6 milhões de pessoas maiores de idade (9,4% dos brasileiros desta faixa etária) vivenciaram situações de conflito nos cinco anos prévios a setembro de 2009, período de referência da pesquisa (...). Os dois conflitos mais comumente observados foram os de natureza trabalhista (23,3%) e também os familiares (22,0%). Aqueles relativos à prestação de serviços também estiveram entre os mais expressivos. Ao serem somadas as disputas referentes ao fornecimento dos serviços de água, luz, telefone e também aquelas advindas das relações de consumo com instituições de intermediação financeira e bancos, chega-se à estatística de 17,1% do total de conflitos registrados pela PNAD 2009. Os conflitos na esfera criminal foram responsáveis por 12,6% dos casos, seguidos daqueles que se referem ao relacionamento dos cidadãos com o Estado, expresso pelo fornecimento de benefícios previdenciários e pela tributação (9,8% dos conflitos).⁵

Grande parte destes conflitos tem como protagonista parcela carente da população.⁶ Os sistemas de assistência judiciária, em boa parte do mundo moderno, foram passando por leve desenvolvimento e incrementos, em série de movimentos contínuos. No Brasil, o papel de defesa dos interesses dos necessitados foi conferido à Defensoria Pública, instituição essencial ao funcionamento da justiça.

A Defensoria Pública encontra-se centrada, portanto, na primeira onda renovatória proposta nos estudos dos aludidos autores. Isto implica dizer que este direito fundamental, insculpido no art. 5º, LXXIV da CRFB/88, deve ser instrumentalizado pelas defensorias públicas, cabendo a esta instituição essencial à função jurisdicional, a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, conforme a inteligência do art. 134, *caput* da Constituição Federal.

⁵ Conselho Nacional de Justiça. Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009. Brasília, 2011.

⁶ Nesta linha também é preciso destacar que a falta de conhecimento é uma barreira de acesso à justiça.” Tais evidências permitem afirmar que o desconhecimento é uma barreira de acesso à justiça que assola em maior monta aqueles com menor poder econômico. Em linhas mais gerais, a cadeia causal aqui descoberta expõe que níveis básicos de conhecimento jurídico direcionados à grande massa da população deveriam estar entre as prioridades da política judiciária Nacional”.

Segundo excelente voto do Ministro Celso de Melo:

A questão da Defensoria Pública, portanto, não pode (e não deve) ser tratada de maneira inseqüente, porque, de sua adequada organização e efetiva institucionalização, depende a proteção jurisdicional de milhões de pessoas - carentes e desassistidas -, que sofrem inaceitável processo de exclusão que as coloca, injustamente, à margem das grandes conquistas jurídicas e sociais. De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam - além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares - também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.⁷

Nesse ponto, a Defensoria surge como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, para a orientação jurídica, a promoção dos Direitos Humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Passo importantíssimo foi tomado neste sentido e também no sentido da proteção dos Direitos Humanos, após a promulgação da EC nº 80/14 que ampliou a redação constitucional a respeito das atribuições e competências da Defensoria Pública, inserindo expressamente proteção de Direitos Humanos já prevista na LC nº 84/90.

Cristalina é a essencialidade da Defensoria Pública como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades fundamentais cuja titularidade é das pessoas carentes e necessitadas. Não por outra razão a Defensoria Pública foi qualificada constitucionalmente como instituição essencial ao desempenho da atividade jurisdicional do Estado.

Portanto, não se pode perder de perspectiva que a frustração do acesso ao aparelho judiciário do Estado, decorrente de injusta omissão do Poder Público às pessoas carentes, culminaria por gerar situação socialmente intolerável e juridicamente inaceitável, violadora

⁷ STF - ADI: 2903 PB, 2008.

da dignidade da pessoa humana, da democracia e dos Direitos Humanos.

1.2. A proteção dos Direitos Humanos no Brasil por através do papel da Defensoria Pública

Os Direitos Humanos formam arcabouço de direitos indispensáveis à vida humana centrada na igualdade, na liberdade e na dignidade. Não existe rol prefixado exaustivamente de Direitos Humanos, pois as necessidades humanas variam e, de acordo com o contexto histórico de cada época, novas demandas são traduzidas para o mundo jurídico, sendo incorporadas ao rol *numerus apertus* dos Direitos Humanos.

Em geral, todo direito exprime a faculdade de exigir de terceiro, que pode ser o Estado ou mesmo um particular, de determinada obrigação. Por isso, os Direitos Humanos têm estrutura variada, podendo ser: direito-pretensão, direito-liberdade, direito-poder e, finalmente direito-imunidade, que acarretam obrigações do Estado ou de particulares revestidas, respectivamente, na forma de dever, ausência de direitos, sujeição e incompetência.⁸

De modo que foi a necessidade mais pungente de proteção dos Direitos Humanos, após as atrocidades cometidas das duas guerras mundiais, o que culminou na carta da ONU⁹ e na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio a aprofundar a afirmação histórica dos Direitos Humanos.¹⁰

⁸ RAMOS, A. de C. **Curso de Direitos Humanos**, 2015. p.27

⁹ Destaca-se o art. 55, alínea c que diz que a ONU deve favorecer “o respeito universal e efetivo de Direitos Humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua, ou religião.”

¹⁰ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**, 2005.

Segundo Bobbio, com a declaração de 1948, a afirmação de direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva:

universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.¹¹

Assim, na linha de entendimento de Flávia Piovesan é preciso considerar que todos os Direitos Humanos constituem complexo integral, portanto único e indivisível, em que direitos de diferentes ordens estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si.¹² E por tal razão é de imperiosa importância conferir a maior proteção possível para este todo indivisível de modo que uma instituição como a Defensoria Pública torne-se essencial para este desiderato.

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 acrescentou ao art. 5º da CF, o parágrafo 3, a partir do qual foi possível atribuir aos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos - aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros - status de emendas constitucionais. Do que se verifica a importância cada vez maior da proteção aos Direitos Humanos no cenário nacional.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe, no artigo 8.2, alínea “e”, o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, caso o acusado não se defenda pessoalmente ou nomeie defensor no prazo estabelecido em lei. No mesmo sentido é o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos.¹³

Consolida o entendimento da imprescindibilidade do papel da Defensoria Pública, dentre outros instrumentos normativos internacionais, a Resolução nº 2656, aprovada de 2011, trata das garantias de acesso à justiça no que se refere ao papel dos Defensores

¹¹ BOBBIO, N. **A era dos direitos**, 2004, p. 30.

¹² PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**, 2006, p.136.

¹³ Art. 14, 3, d: Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

Públicos oficiais. Com destaque para as seguintes disposições:

2. Apoiar o trabalho que vêm desenvolvendo os defensores públicos oficiais dos Estados do Hemisfério, que constitui um aspecto essencial para o fortalecimento do acesso à justiça e à consolidação da democracia.

(...) 4. Recomendar aos Estados membros que já disponham do serviço de assistência jurídica gratuita que adotem medidas que garantam que os defensores públicos oficiais gozem de independência e autonomia funcional. 5. Incentivar os Estados membros que ainda não disponham da instituição da defensoria pública que considerem a possibilidade de criá-la em seus ordenamentos jurídicos.

Portanto, postas todas essas premissas questiona-se a Defensoria Pública Brasileira, nos termos do que remetem as suas funções institucionais aproxima-se da figura do Ombudsman ou também denominado defensor *del pueblo*?

Esta experiência encontra-se expressamente consolidada em legislações pelo mundo e, sobretudo, na América Latina; mas, a despeito de não estar expressamente previsto no ordenamento jurídico pátrio, pode-se considerar a Defensoria Pública brasileira como tal? Feitas as considerações supra é o que se pretenderá responder a seguir.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE A FIGURA DO *OMBUDSMAN* NO MUNDO, NA AMÉRICA LATINA E NO BRASIL

Tradicionalmente, no Brasil, a figura do *ombudsman* sempre esteve mais associada à iniciativa privada, enquanto profissional facilitador de processos comunicativos organizacionais. Neste ponto, o *ombudsman* funcionaria como canal de participação do cidadão junto às organizações.

No setor privado, o *ombudsman* poderia ser considerado ouvidor que intermedeia as relações das organizações com os seus clientes e ou funcionários. Portanto para além da funcionalidade puramente comunicativa, existiria ainda, talvez como decorrência desta, a sua postura também enquanto mediador de conflitos.

Ombudsman e ouvidor são palavras utilizadas para definir o mesmo profissional que representa o cidadão dentro das empresas. No Brasil usualmente ombudsman é utilizado no setor privado e ouvidoria, no público. Ombudsman significa “expressão de origem nórdica, resulta da junção da palavra *ombud*, que significa representante, procurador, com a palavra *man* – homem e não comporta variação (de número ou de gênero)” Vismona.¹⁴

De acordo com Cenurião, *ombudsman*:

é palavra recente em nosso vocabulário, ainda não muito bem definida em seu significado – ou significados – pois o termo se mostra multifacetado em acepções e possibilidades. (...) Já o ouvidor, é palavra mais antiga entre nós, porém com significado diverso em sua origem. O Ouvidor do Rei de tempos coloniais era representante da coroa imperial, em seu nome fiscalizando e aplicando justiça. O completo oposto do Ouvidor da máquina estatal de hoje, que é representante do cidadão perante o Estado.¹⁵

As origens da função de *Oombudsman*, tais como atualmente se concebe, estão classicamente relacionadas à tradição nórdica, no século XIX, na Suécia, com a criação da função de *justitieombudsman* (comissário de justiça).¹⁶ Adotado na Constituição de 1809, na Suécia como delegado eleito do Parlamento, cumpria-lhe supervisionar a observância das

¹⁴ VISMONA, E. L. **A experiência da ouvidoria no Brasil** - oportunidade para quem quer fazer comunicação a serviço da cidadania.

¹⁵ CENTURIÃO, A. **Ombudsman - a face da empresa cidadã**: como e por que instalar uma ouvidoria, 2003, 59

¹⁶ É importante ressaltar que doutrina afirma que a origem remota do Ombudsman é bem mais antiga. Segundo Lorena Gonzalez Volio: “Around 300 B.C., the Romans created an institution for the protection and defense of fundamental rights. With the fall of the monarchy and the rise of the Republic, the division between the social classes -patricians and plebeians- became more evident, so the latter left Rome in order to obtain social equality, or at least better living conditions. The plebeians retreated to Mount Aventino around 509 B.C. and obtained an important concession from the patricians who allowed them to choose two plebeian Magistrates to represent them and watch out for their interests. These civil employees were known as the Tribuni Plebis. They had the right of veto and could oppose the decisions of the Magistrates, the Consuls and the Roman Senate.” Tradução livre: Cerca de 300 aC, os romanos criaram uma instituição para a proteção e defesa dos direitos fundamentais. Com a queda da monarquia e a ascensão da República, a divisão entre as classes sociais –patrícios e plebeus- tornou-se mais evidente, de modo que o último saiu de Roma, a fim de obter a igualdade social, ou, pelo menos, melhores condições de vida. Os plebeus retiraram-se para o Monte Aventino em torno de 509 aC e obteve uma concessão importante dos patrícios que lhes permitiu escolher dois magistrados plebeus para representá-los e atente para os seus interesses. Esses funcionários civis eram conhecidos como os *Tribuni Plebis*. Eles tinham o direito de veto e poderia se opor às decisões dos magistrados, os cônsules e o Senado romano

leis e regulamentos pelo poder público. Segundo Daniel Sarmiento, no parecer dado à ANADEF, citando estudos do Instituto interamericano de Direitos Humanos:

Há precursores da figura do Ombudsman, que remontam à atuação de funcionários públicos chineses na dinastia Qin, no século II A.C. Sem embargo, a sua origem próxima ocorreu na Suécia, em 1809, quando se criou uma agência estatal independente encarregada de verificar possíveis ilegalidades e violações de direitos cometidas pelo Estado. Desde então, o instituto vem se disseminando pelo mundo.¹⁷

Segundo Caio Tácito, o *ombudsman* se transferiu ao sistema de outras nações, inspirando instituições similares na Finlândia (1919), Dinamarca (1954), Noruega (1952) e Nova Zelândia (1961) e tem cogitada a sua aplicação na Inglaterra e nos Estados Unidos. Assim, destaca que:

Embora vinculada a um fio condutor que a associa ao modelo pioneiro da Suécia, a concepção de um servidor público independente, dedicado a polarizar queixas e denúncias e, por essa forma, a praticar um meio sussório de combate às irregularidades e violências da administração direta ou descentralizada, tem alcançado difusão em diversos países.¹⁸

Nos países anglo-saxões, Inglaterra, Irlanda do Norte e Nova Zelândia foram um dos primeiros a absorver a experiência sueca do ombudsman.¹⁹ Tácito esclarece ainda que a Nova Zelândia adotou a inovação em lei de 1962 “precedida de amplo debate parlamentar, e o Ombudsman Act de 1975 consolidou a instituição, à qual Larry B. Hill dedicou completo estudo crítico.; já na Irlanda do Norte, em 1969, foi promulgado o Cornmissioner for Complaints Act.²⁰

¹⁷ SARMENTO, D. Parecer Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União. Disponível em: < http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf > Acesso em: 10 de mar. de 2016.

¹⁸ TÁCITO, C. **Ombudsman - O Defensor do Povo.**

¹⁹ Neste sentido é a literatura internacional: The British Ombudsman. Oxford, Clarendon Press, 1971; The model Ombudsman: institutionalizing New Zealand's democratic experiment. Princeton, Princeton University Press, 1976.

²⁰ TÁCITO, C. Ob. Cit, p. 19.

Outros países como a Noruega (1952), com o Stortingets Ombudsman Act; a Dinamarca (1955), o folketengets ombudsman; a Alemanha (1956) por meio do ombudsman militar; Em Israel (1958), o State Comptroller Act, emendado para conferir atribuição, ao titular do cargo, as funções cumulativas de comissário para queixas ao público; entre tantos outros.²¹

Figura do defensor del pueblo na Espanha ou ombudsman obedeceu a processos gerais, comuns, mas com condicionamentos nacionais bem específicos. O ombudsman espanhol indubitavelmente nasceu com uma força e escopo especiais. Após sofrer com a ditadura, em 1975, houve transição para a democracia que se seguiu, o período constituinte e, finalmente, a aprovação a Constituição de 1978.

Tal constituição estabeleceu a instituição do defensor del pueblo em seu o artigo 54.²² Segundo estudos da UNESCO, o defensor del pueblo espanhol, a definição que a Constituição faz do ombudsman traz uma característica importante que é o fato de não depender exclusivamente do Parlamento, mantendo-se estabeleceu suas ações livres que lhes digam respeito mesma.

Neste sentido, seu desempenho é limitado apenas pela Constituição, apontando-lhe claramente que, para efeitos da sua finalidade e objetivo a defesa dos direitos fundamentais.

El Defensor del Pueblo es el Alto Comisionado de las Cortes Generales encargado de defender los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos mediante la supervisión de la actividad de las administraciones públicas. El Defensor del Pueblo es elegido por el Congreso de los Diputados y el Senado, por una mayoría de tres quintos. Su mandato dura cinco años y no recibe órdenes ni instrucciones de ninguna autoridad. Desempeña sus funciones con independencia e imparcialidad, con autonomía y según su criterio. Goza de inviolabilidad e inmunidad en el ejercicio de su cargo. Cualquier ciudadano puede acudir al Defensor del Pueblo y solicitar su intervención, que es gratuita, para que investigue cualquier actuación de la Administración pública o sus agentes, presuntamente irregular. También puede intervenir de oficio en casos que lleguen a su conocimiento aunque no se haya presentado queja

²¹ Ibidem., p. 20.

²² No título primeiro : “De los derechos y deberes fundamentales”, capítulo IV –“De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”.: “Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

sobre ellos.²³

Percebe-se, portanto, que o *defensor del pueblo* espanhol influenciou sobremaneira as atribuições que foram cometidas à figura do *ombudsman* na América Latina. O *ombudsman* Latino americano baseou-se no modelo espanhol e evoluiu de acordo com as necessidades de cada país, em uma tentativa de responder às exigências das pessoas que precisam de um mecanismo para controlar os abusos das autoridades e particulares.

Na América Latina, a origem remota do *ombudsman* está o império inca a partir da qual a figura do *trucuyricuy* (aquele que tudo vê) estava encarregado de fiscalizar as operações do Conselho de Império. Mas sua real criação e instituição nos regimes legais somente puderam ocorrer, nas últimas décadas, após as transições democráticas e com o fim do período de guerra fria que assolou todo o mundo.

*La institución del ombudsman en América Latina ha tomado diversas denominaciones, tales como Defensor del Pueblo en Ecuador, Bolivia, Perú, Colombia, etc.; Procurador de Derechos Humanos en Nicaragua, Guatemala y El Salvador; Defensor de los Habitantes en Costa Rica; Comisionados Nacionales de Derechos Humanos en Honduras y México; Sindic de Greuges en algunas localidades de España; etc. Esta pluralidad de representaciones presenta no sólo un problema nominal sino que también refleja una pluralidad de entidades con la misión esencial de fiscalizar que la administración pública no cometa atropellos contra los derechos humanos de los administrados.*²⁴

²³ MORA, A.; IMBERNÓN M. J. G. El libro del defensor del pueblo. Madrid, 2003. Tradução livre: O Defensor do Povo é do Alto Comissário responsável pela defesa dos direitos fundamentais e das liberdades públicas dos cidadãos, monitorando a atividade do governo. O Provedor de Justiça é eleito pelo Congresso dos Deputados e do Senado, por maioria de três quintos. O seu mandato tem a duração de cinco anos e não recebe ordens ou instruções de qualquer autoridade. Ele executa suas funções de forma independente e imparcial, independente e à sua discricção. Goza de inviolabilidade e de imunidade no exercício das suas funções. Qualquer cidadão pode ir para o Provedor de Justiça e solicitar a sua intervenção, que é livre para investigar qualquer acção por parte da administração pública ou os seus agentes supostamente irregular. Você também pode intervir ex officio em casos que vêm a sua atenção, mas não apresentou queixas sobre eles.

²⁴ ELIZONDO, G.; AGUILAR, I. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS IIDH La institución del Ombudsman en América Latina: Requisitos mínimos para su existencia. Tradução livre: A instituição do Ombudsman na América Latina tem tido vários nomes, tais como: Provedor de Justiça no Equador, Bolívia, Peru, Colômbia, etc.; Provedor dos Direitos Humanos na Nicarágua, Guatemala e El Salvador; Defensor da população de Costa Rica; Comissários Nacionais para os Direitos Humanos em Honduras e do México; Provedor de Justiça em algumas zonas de Espanha; etc. Esta pluralidade de representações apresenta não só um problema nominal mas também reflete uma pluralidade de entidades com a missão essencial de supervisionar a administração pública não cometer abusos dos Direitos Humanos contra a administração.

E é de imperiosa expressão a inteligência de Volio, segundo a qual:

The phenomenon of the expansion of the Ombudsman can be said to be an answer to an institutional weakness in some countries and to the serious violations of human rights committed during the military dictatorships and the internal conflicts that afflicted Latin America in the 1970's and 80's, which has led to an emphasis on human rights by the Ombudsman. The Mexican jurist, Jorge Madrazo, describes the Latin American prototype as the "Criollo Ombudsman."²⁵

Apesar de ser baseado em modelos já existentes, o modelo latino-americano do *ombudsman* tem características próprias. Está associado aos desenvolvimentos constitucionais da transição para a democracia eo fim dos regimes autoritários e tem por função precípua a proteção dos Direitos Humanos, sem abrir mão do controle dos atos do público. Por outro lado, também pode provocar o Ministério Público para que este possa formalizar , se preciso, acusação.

O *ombudsman*, na América Latina também tem funções promocionais e educacionais; e, ainda de maior destaque, que :

In Latin America, the Ombudsman is often more effective than the courts in protecting human rights and also has an important complementary role in the resolution of conflicts. The Office of the Ombudsman is able to do this because of its particular characteristics, such as not being subject to formalities or legal restrictions for the handling of cases of violations of human rights; being an organization that does not charge a fee; and being independent of other State bodies. Today an institution of this nature exists in all of the countries of the region, except Chile, The Dominican Republic and

²⁵ VOLIO, L. G. The Institution of the Ombudsman: The Latin American Experience. Tradução Livre: O fenômeno da expansão do Ombudsman foi uma resposta a uma debilidade institucional em alguns países e para as graves violações dos Direitos Humanos cometidas durante as ditaduras militares e os conflitos internos que afligem a América Latina na década de 1970 e 80, que levou a uma ênfase nos Direitos Humanos por parte do Ombudsman . O jurista mexicano, Jorge Madrazo , descreve o protótipo da América Latina como o Ombudsman Criollo.

Uruguay.²⁶

O primeiro posto do *ombudsman* na América Latina foi criado na Guatemala (1985), por meio de sua Constituição para assegurar o cumprimento dos Direitos Humanos. Em seguida, foi instituída em El Salvador (1991), pois resultou de acordos de paz para proteger as liberdades dos cidadãos.

Na Argentina, o *defensor del pueblo* foi instituído em 1993, por meio de decreto, mas só atingiu status constitucional em 1994. Já o Paraguai, após uma ditadura de 35 anos, incorporou a figura de *ombudsman* em 1992, todavia mas o primeiro defensor del pueblo foi nomeado somente 9 anos depois.

The cases of Peru and Colombia are special because, although the two countries have enjoyed civilian rule, they have been the scene of lengthy and serious armed conflicts³¹ that have involved massive violations of fundamental rights, many of which have gone unpunished. In that context, the Ombudsman was created in the Constitution of 1993 in Peru but the first Ombudsman did not take office until 1996. In Colombia, the Ombudsman was created in 1991 with constitutional rank.²⁷

Nicaragua, Honduras e Bolívia foram países que também sofreram transições de regimes autoritários para democráticos e só instituíram a função de Ombudsman em suas constituições na década 90.

No caso do Brasil, após todas as mazelas da ditadura militar, na transição para o regime democrático iniciou-se a discussão legislativa mais acirrada a respeito da figura do defen-

²⁶ Ibidem, p. 223-224. Tradução livre: Na América Latina, o Ombudsman é muitas vezes mais eficaz do que os tribunais de proteção dos Direitos Humanos e também tem um importante papel complementar na resolução de conflitos. O Gabinete Ombudsman é capaz de fazer isso por causa de suas características particulares, tais como não sendo sujeitos a formalidades ou restrições legais para o tratamento de casos de violações dos Direitos Humanos; ser uma organização que não cobra uma taxa; e ser independente de outros órgãos do Estado. Hoje uma instituição desta natureza existe em todos os países da região, com exceção do Chile, República Dominicana e Uruguai.

²⁷ Ibidem, p. 227. Tradução livre: Os casos do Peru e da Colômbia são especiais porque, embora os dois países têm desfrutado de um governo civil, têm sido palco de conflitos³¹ armado longo e sério que envolveram violações maciças dos direitos fundamentais, muitos dos quais passaram impunes. Nesse contexto, o Provedor de Justiça foi criado pela Constituição de 1993, no Peru, mas o primeiro Provedor de Justiça não assumiu o cargo até 1996. Na Colômbia, o Provedor de Justiça foi criado em 1991 com hierarquia constitucional.

sor del pueblo, ou chamado de defensor do povo, com o anteprojeto proveniente da comissão provisória de Estudos constitucionais instituída pelo decreto nº 91.450 de 1985.

Sob a influência das disposições da Constituição espanhola e outros países europeus, o denominado defensor do povo brasileiro teria por finalidade a defesa de direitos fundamentais do cidadão e o combate ao abuso de poder.²⁸ No entanto, alerta Caio Tácito que não seria a primeira vez que se discutia a necessidade da figura do Ombudsman em terras tupiniquins:

Em 1981, um grupo de parlamentares, liderados pelo Deputado Mendonça Neto, apresentou a Proposta de Emenda à Constituição n. 78, criando o cargo de procurador-geral do povo, com a atribuição de investigar as violações da lei e dos direitos fundamentais do cidadão (...). A emenda ficou prejudicada por decurso de prazo e foi arquivada no ano imediato. No mesmo ano, o Deputado José Costa apresentou projeto de emenda constitucional destinada à criação da Procuradoria-Geral do Poder Legislativo e, em 1983, o Senador Luiz Cavalcanti propôs a implantação do ombudsman no Brasil “como heróica tentativa para estirpar da vida pública nacional o câncer da corrupção”. Também não logrou êxito o projeto de lei do Deputado Jônatas Nunes, em 1984, visando a criar a Procuradoria Popular, com a atribuição de “receber e apurar queixas ou denúncias escritas de qualquer cidadão que se sinta prejudicado por ato da administração”. Com o mesmo propósito, o Senador Marco Maciel introduziu projeto tendente a instituir o Ouvidor-Geral, com a incumbência de “receber e apurar queixas ou denúncias de quem se considere prejudicado por ato da administração”.²⁹

²⁸ Segundo Caio Tácito o art. 56 do anteprojeto da Comissão de Notáveis se referiu expressamente ao defensor do povo, nos termos seguintes: “Art. 56. É criado o defensor do povo, incumbido, na forma de lei complementar, de zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias a sua correção ou punição. § 1.º O defensor do povo poderá promover a responsabilidade da autoridade requisitada no caso de omissão abusiva na adoção das providências requeridas. § 2.º Lei complementar disporá sobre a competência, a organização e o funcionamento da Defensoria do Povo, observados os seguintes princípios: I - o defensor do povo é escolhido, em eleição secreta, pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados, entre candidatos indicados pela sociedade civil e de notório respeito público e reputação ilibada, com mandato renovável de cinco anos; 11 - são atribuídos ao defensor do povo a inviolabilidade, os impedimentos, as prerrogativas processuais dos membros do Congresso Nacional e os vencimentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal; 111 - as Constituições Estaduais poderão instituir a Defensoria do Povo, de conformidade com os princípios constantes deste artigo.”

²⁹ TÁCITO, C. Ombudsman – **O Defensor do Povo**.

Com a CRFB de 1988 foi instituída a Defensoria Pública como função essencial à justiça na defesa e proteção judicial e extrajudicial dos necessitados na forma do art. 5º, XXXVII, da CF. A princípio não se tratou de conferir-lhe a proteção dos Direitos Humanos, nem de proteger o cidadão do abuso de poder. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro foi, ao longo dos anos, consolidando a instituição da Defensoria Pública, garantindo, dentre outras coisas, sua autonomia. De modo que é possível se vislumbrar esta instituição como Ombudsman, conforme, se verá a seguir.

3. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO OMBUDSMAN NO BRASIL: UMA ABERTURA CADA VEZ MAIS DEMOCRÁTICA DO DIÁLOGO EM BUSCA DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Após o enquadramento da figura do *ombudsman* no mundo e na América Latina, foi possível perceber que o Brasil traçou seus contornos a par dos modelos experienciados em outros países.

As características mais recorrentes nos países em que se verifica a presença do *ombudsman*, conforme visto podem ser assim resumidas: funcionário ou órgão autônomo, sem qualquer ligação com um partido político; preferencialmente criado pela constituição; supervisiona os atos das autoridades públicas; prima pelo cumprimento dos Direitos Humanos; e deve ter total independência política, administrativa, orçamentária e funcional no exercício das suas funções. Ademais:

The Ombudsman in Latin America is a democratic figure who is capable of mediating social conflicts and promoting democratic standards. There are occasions in which achieving peace, transparency in elections, the search for truth and reconciliation and the very stabilization of the processes involved in the transition to democracy have called for the Ombudsman to be an interlocutor of democratic aspirations.³⁰

³⁰ VOLIO, L. G. The Institution of the Ombudsman: The Latin American Experience, p.248. Tradução livre: O Ombudsman na América Latina é uma figura democrática que é capaz de mediar os conflitos sociais e promover as normas democráticas. Há ocasiões em que alcançar a paz, a transparência nas eleições, a busca da verdade e da reconciliação e da própria estabilização dos processos envolvidos na transição para a democracia têm chamado para o Provedor de Justiça a ser um interlocutor das aspirações democráticas.

O parecer apresentado à ANADEF, que trata das dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União, elaborado pelo Douto Professor Daniel Sarmento, deixa claro que a Defensoria Pública da União se enquadra perfeitamente nas características do Ombudsman tal como fora concebido já em outros países, sobretudo após a promulgação das EC nºs 74/13 e 80/14.

Nesses termos, não resta dúvida de que a Defensoria Pública da União exerce função de ombudsman. Como visto, trata-se de entidade autônoma, dotada de estatura constitucional, cujas funções institucionais abrangem “a promoção dos Direitos Humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados” (art. 134, **caput**, CF).³¹

A Defensoria Pública, como *ombudsman*, no Brasil, não está apenas destinada à proteção dos Direitos Humanos, sobretudo ela está **vocacionada** a esta proteção. Os fins da instituição, claramente, são, dentre os muitos, a proteção dos interesses e direitos dos necessitados bem como dos Direitos Humanos.

A partir de 2009, a Lei Complementar nº 80/94, com redação dada pela EC nº 132/2009, já retratava, em seu artigo 1º, a necessidade de se tutelar, por meio da Defensoria os Direitos Humanos. Somente cinco anos depois é que esta vocação foi elevada ao status constitucional. A EC nº 80/14 deu nova redação ao artigo 134 da CF/88 que, dentre outras coisas, consolidou a instituição como expressão e instrumento do regime democrático, incumbindo-lhe a proteção dos Direitos Humanos.

Na esteira da consolidação, no Brasil, dos Direitos Humanos, aduz o art. 5º, parágrafo 3, da CF, incluído pela EC nº 45/04, por intermédio do qual os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Nesse passo, o Brasil como signatário de diversos tratados internacionais, tem o dever de respeitá-los e fazer cumpri-los. Não por outra razão, as disposições normativas como resoluções também tem força cogente para sua aplicação. A Resolução nº 2656, da OEA, aprovada de 2011, referenda a importância do papel Defensores Públicos oficiais. É possível dizer, portanto, que é mais do que mero indicativo, senão imperativo para os fins aos quais se propõe o Estado brasileiro.

³¹ SARMENTO, D. Parecer Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União.

Inclusive, pelo que, o acesso à justiça também é considerado direito humano fundamental meio que possibilita restabelecer o exercício dos direitos que tenham sido ignorados ou violados.³²

Neste sentido, levando-se em conta que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito que confere os fundamentos da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político; o artigo 134 da CF. deve ser lido e aplicado em cotejo com os fundamentos da República brasileira. Do que se denota relevantíssima a atuação da Defensoria Pública para a consolidação dos fundamentos democráticos do Estado.³³

3.1 A Defensoria Pública como *Ombudsman* e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e as recentes alterações legislativas.

Do que se deduz, logicamente, o reconhecimento cada vez mais pungente da importância do órgão da Defensoria Pública, como ombudsman, agora, nos termos da própria jurisprudência do STF.

Na decisão paradigmática das ADIs³⁴ nºs 3892 e 4270, em 2012, o Supremo entendeu que o art. 104 da Constituição de Santa Catarina e a integridade da LC nº 155/97 seriam inconstitucionais, não sendo possível substituir o modelo de Defensoria Pública previsto no art. 134 da CF/88 por um sistema de Defensoria Dativa tendo em vista que tais disposições a par de não proteger efetivamente os direitos fundamentais dos hipossuficientes, não cumpre, na plenitude, as importantes atribuições da Defensoria Pública.

³² Resolução 2656 da OEA art. 1. Tal resolução leva em conta a importância fundamental de que o serviço de assistência judiciária goze de independência e autonomia funcional; e ainda reafirma a importância “ da implementação da figura do Defensor Público Interamericano e do Acordo de Entendimento, firmado entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEP), para a designação oficiosa de um defensor público e para buscar o direito de assistência gratuita a todas as supostas vítimas de violações de Direitos Humanos, na tramitação dos casos contenciosos que o requeiram.”

³³ O art. 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o número de defensores públicos na unidade jurisdicional deve ser proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população; e no prazo de 8 (oito) anos, contados da promulgação desta emenda, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais.

³⁴ ADI 3892, 2012.
ADI 4270, 2012.

Em suma, o Estado de Santa Catarina teria o prazo máximo de um ano para organizar e estruturar a Defensoria Pública, nos moldes do art. 134 da CF/88.

Firmando cada vez mais a importância da Defensoria Pública, na linha da função de *ombudsman*, a ADI nº 3943, declarou constitucional a Lei nº 11.448/2007, que alterou a Lei nº 7.347/85, que prevê a Defensoria Pública como um dos legitimados para propor ação civil pública na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Isto corresponde a vitória relevantíssima, visto que a Defensoria formalmente pode ingressar com ACP, inclusive no controle de atos abusivos da administração pública.

A EC 45/04 conferiu às defensorias públicas estaduais autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2 da CF.

Destaca-se, ainda, que a ADPF 307,³⁵ o Plenário do STF referendou medida liminar concedida pelo Relator, determinando que o Governador do Estado da Paraíba e o Secretário de Planejamento fizessem a imediata complementação do Projeto de Lei Orçamentária para nele incluísse a Proposta Orçamentária da Defensoria Pública como Órgão Autônomo e nos valores por ela aprovados.

Do mesmo modo, a EC nº 74/13 conferiu autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária também à Defensoria da União e do Distrito Federal. E como visto, a autonomia total política, administrativa, orçamentária e independência funcional, no exercício das suas funções, são umas das principais características da função do *ombudsman*.

Por derradeiro, não se pode olvidar que a aprovação do PL nº 7922, que cria o quadro próprio de servidores da Defensoria Pública da União, desvinculando o seu quadro funcional do poder executivo, é mais um passo importante para a autonomia da Defensoria, e ainda mais importante para a garantia de acesso à justiça e fortalecimento da abertura democrática.

³⁵ STF. Plenário. ADPF 307,2013.

3.2. A abertura democrática do diálogo e a consequente proteção dos Direitos Humanos.

Isto posto, não se pode esquecer que, apesar de todas as conquistas que sedimentaram a figura da Defensoria Pública brasileira como *ombudsman*, seja a dos estados como a da União, ainda há muito que caminhar, sobretudo no que diz respeito a abertura democrática do diálogo e a consolidação dos Direitos Humanos.

É cediço que as defensorias estaduais têm canal aberto com a sociedade, por meio de suas Ouvidorias que são órgãos da Defensoria Pública dos Estados, devendo participar da gestão e fiscalização da instituição e de seus membros e servidores. Entre os mecanismos de participação da Defensoria, a Ouvidoria-Geral se apresenta como o meio pelo qual a sociedade pode se manifestar e participar de forma ativa da construção e avaliação dos serviços prestados pela instituição.

O ouvidor-geral, inclusive é eleito dentre cidadãos e não entre membros da instituição, o que torna mais aberto ainda o diálogo às necessidades e carências da população.

Peter Haberle já teria ressaltado a importância desta abertura democrática afirmando que a questão é que se transmuda de uma sociedade fechada para uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Essa é a nova tese que deve ser feita sobre a interpretação constitucional. Os critérios devem ser abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgão estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado números clausus de intérpretes da constituição.³⁶

As ouvidorias públicas das defensorias estaduais, a possibilidade de firmar Termos de Ajustamento de conduta como títulos executivos extrajudiciais, as audiências públicas, e a Defensoria atuando como *amicus curiae* são alguns exemplos de muitos desta abertura democrática e da consolidação da proteção dos Direitos Humanos.

De todas as explanações supramencionadas, verificou-se que as experiências da Suécia,

³⁶ HÁBERLE, P. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição -contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição, 1997. p. 13

Espanha, Guatemala, Argentina, entre tantos outros, consolidaram a função do Ombudsman através de suas constituições, não obstante tal instituto possa ser implementado por meio infraconstitucional, como foi o caso da Nova Zelândia e Irlanda do Norte.

Portanto, preferencialmente o *ombudsman* deve ser criado pela constituição de cada país, ou seja, que lhe seja dado status constitucional. No Brasil, a LC nº 80/94, lei orgânica da Defensoria Pública já afirmava, logo no seu primeiro artigo que à Defensoria Pública - enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado- incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos Direitos Humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da CF.

CONCLUSÃO

De tudo quanto foi exposto, é possível notar que a função do *ombudsman*, no cenário internacional e, sobretudo, na América Latina ampliou seus horizontes, saindo da esfera puramente privada para exercer papel precípua de defesa dos Direitos Humanos e dos direitos fundamentais, do controle do abuso de poder pelas autoridades públicas e ainda o de permitir diálogo mais democrático entre as partes envolvidas.

Para atingir tal desiderato, a instituição necessita de autonomia financeira, institucional e administrativa. Além disso, dada a natureza dos direitos que visa proteger a sua previsão tem sido resguardada pela via constitucional ao longo de vários países no mundo.

O Brasil, na linha das influências da figura do *defensor del pueblo* espanhol, bem como igualmente influenciado por muitos países da América Latina, tais como Argentina, Guatemala e Peru tem desenvolvido as funções do *ombudsman* por meio das defensorias públicas.

Ainda que timidamente, a doutrina tem feito cada vez mais referências à Defensoria como *ombudsman* pelas características da instituição, bem como pelo desenvolvimento natural das suas funções institucionais.

De modo que se verificou que o direito de acesso à justiça é direito humano fundamental garantido pelas disposições constitucionais brasileiras, como através do respeito aos tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário. A Convenção interamericana de Direitos Humanos, o pacto internacional de Direitos Cíveis e Políticos, a Resolução nº 2656 da OEA; enfim, todos esses instrumentos normativos internacionais têm por escopo, dentre outros, garantir o máximo possível a efetividade do acesso à justiça.

A ideia subjacente a este direito fundamental tem de ser a Democracia. No regime democrático, nos estados modernos, contempla-se o acesso à justiça a partir dos “ditames” Democracia Social, inclusiva.

Talvez nenhum outro sujeito amolde-se tão perfeitamente a este desiderato constitucional quanto à Defensoria Pública, tão bem retratada por meiodas ondas renovatórias propostas por Mauro Cappelletti.

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

A máxima consolidação constitucional, como protetora dos Direitos Humanos, foi conferida à Defensoria Pública brasileira no ano de 2014 por meioda EC nº 80/14. Apesar de estar com muitos anos de atraso, frente aos demais países da América Latina, que consolidaram a função de *ombudsman* em seus ordenamentos na década de 90 do século passado, o Brasil, a partir da CF 1988, esteve a par destes países na proteção dos Direitos Humanos e da garantia de acesso à justiça aos necessitados por intermédio da Defensoria Pública.

Do que se conclui que, apesar da expressão *ombudsman* não estar expressamente prevista no texto normativo brasileiro, em sua essência, a Defensoria Pública, seja estadual como da União, já o honrava no seu dia a dia, ao exercer suas funções institucionais. Mas o grande passo em sua consolidação, sem dúvida, foram as emendas constitucionais recentes que garantiram a autonomia financeira, orçamentária, administrativa às Defensorias da União e dos Estados, além da previsão constitucional de ser esta instituição a expressão e instrumento do regime democrático na proteção dos Direitos Humanos e a atuação jurisprudencial da corte suprema.

Ademais, a aproximação da Defensoria com os assistidos deve utilizar ferramentas que propiciem verdadeiro diálogo, por meionão só do próprio atendimento devido aos assistidos como também propiciar o acesso às ouvidorias, com representantes fora dos quadros da instituição; a possibilidade de firmar Termos de Ajustamento de conduta; resolução extrajudicial de conflitos; mediação; as audiências públicas; são alguns exemplos de muitos desta abertura democrática, de uma sociedade aberta aos interpretes da Constituição, como ensina Peter Haberle. Enfim, a consolidação da proteção dos Direitos Humanos.

Mais do que a simples discussão da Defensoria Pública brasileira exercer suas funções institucionais enquanto *ombudsman* é garantir à instituição todos os meios e instrumentos para realizar estes nobilíssimos fins.

Muito se caminhou, mas muito ainda há que se caminhar. Assim, disse Caio Tácito que o Ombudsman é o modelo que tem prosperado, nos diversos países, com diversas nomenclaturas e batismos, que seria, sobretudo, o símbolo do conflito permanente entre o Homem e o Poder.

Com todo o respeito, pode-se dizer que seja a nomenclatura Defensoria Pública, *defensores del pueblo*, *Cornmissioner for Complaints*, *folketengets ombudsman*, ouvidor, *ombudsman*; não se trata “apenas” do conflito entre homem e poder, senão a superação do uso arbitrário de poder pela abertura democrática proporcionada por estas instituições populares, para a exercício efetivo dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Traduzido do inglês por NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CENTURIÃO, A. **Ombudsman - a face da empresa cidadã**: como e por que instalar uma ouvidoria. São Paulo: Educator, 2003.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

Conselho Nacional de Justiça. Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009. Brasília, 2011. Disponível em : < http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_panorama_acesso_pnad2009.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2016.

ELIZONDO, G.; AGUILAR, I. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS IIDH La institución del Ombudsman en América Latina: Requisitos mínimos para su existência. Disponível em <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/docs/doctrina/doc_iidh_ombudsman/art.htm>. Acesso em: : 02 mar. 2016.

HÁBERLE, P. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição -contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1997.

MORA, A.; IMBERNÓN M. J. G. **El libro del defensor del pueblo**. Madrid, 2003. Disponível em : <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/ConsultationEnjoyBenefits/UNESCODefensordelpueblo.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2016.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, A. de C. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, D. Parecer Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União. Disponível em: < http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf> Acesso em: 10 mar. de 2016.

STF. Plenário. ADPF 307 Referendo-MC/DF, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 19/12/2013.

___ ADI 3892, Relator(a): Min JOAQUIM BARBOSA, tribunal Pleno, julgado em 14-03-2012 ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012.

___ ADI 4270, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012.

TÁCITO, C. Ombudsman - O Defensor do Povo. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45696/44035>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

VISMONA, E. L. **A experiência da ouvidoria no Brasil** - oportunidade para quem quer fazer comunicação a serviço da cidadania. Disponível em <http://www.megabrasil.com.br/megaportal/frameset_home.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.

VOLIO, L. G. **The Institution of the Ombudsman:** The Latin American Experience. Revista IIDH, Vol. 37, 2003. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08066-5.pdf>> . Acesso em: 08 mar. 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA E A TUTELA DO ACESSO À INTERNET

Victor Augusto Lima de Paula

PUBLIC DEFENDER'S OFFICE AND INTERNET ACCESS PROTECTION

DEFENSORIA PÚBLICA E A TUTELA DO ACESSO À INTERNET

PUBLIC DEFENDER'S OFFICE AND INTERNET ACCESS PROTECTION

Victor Augusto Lima de Paula

*Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará
Defensor Público Federal*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma abordagem prefacial sobre a legitimidade ativa da Defensoria Pública na promoção individual e coletiva dos direitos dos internautas de baixa renda, hipossuficientes em aspectos financeiro, técnico e informacional em comparação com as prestadoras de serviços de acesso à Internet banda larga móvel e fixa no Brasil e também em relação ao Governo e suas Autarquias, tendo em vista duas constatações: a de que tal acesso vem se tornando imprescindível com a modernização da Nação; e a de que o mesmo tem se tornado cada vez mais comum, especialmente em sua vertente móvel, tendo em vista programas governamentais de incentivo e até mesmo a redução dos custos de aquisição. Desta forma, emerge uma nova demanda que, potencialmente, pode vir a se inserir no bojo de atuação da Defensoria Pública.

Palavras-Chave: Defensoria pública. Acesso à Internet. Legitimidade.

ABSTRACT

The present paper aims to wage a preliminary approach regarding the public defender's office's legitimacy towards the individual and collective protection of poor Internet users' rights. It's a group that is usually handicapped in economical and technical ways when compared to telecommunication companies and the Government itself, as well as its agencies, considering two notable outlooks: that Internet access in Brazil is becoming an

essential tool as the country modernizes itself, and that it is becoming more common and accessible by the day, especially in regard to mobile phones, which is a situation caused by public policies and cost reduction. Thereby, a new potential lawsuit gender might be inserted among the public defender office's powers.

Keywords: Public defender Office. Internet Access. Legitimacy.

Data de submissão: 18/03/2016

Data de aceitação: 13/07/2016

SUMÁRIO

NOÇÕES PREFACIAIS. 1 STATUS JURÍDICO DO ACESSO À INTERNET NO BRASIL. 2 A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A TUTELA INDIVIDUAL E COLETIVA DO ACESSO À INTERNET. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

NOÇÕES PREFACIAIS

Há poucos anos, possuir acesso à Internet no Brasil (especialmente o acesso em **banda larga ou, até mesmo, em conexão por rede digital integrada de serviços**¹) era fato que continha implícita consigo a noção de que a pessoa em questão tinha uma capacidade financeira razoável ou até mesmo elevada, tendo em vista os custos associados com a contratação de tais serviços. Como exemplo, pode-se relembrar até mesmo situações cotidianas que marcaram a década de 90 no que diz respeito ao acesso à Internet: a necessidade de se aguardar até o advento do novo dia, a fim de reduzir os custos do acesso discado por meio da utilização de

¹ Trata-se do protocolo de conexão RDIS ou ISDN, que também utiliza a rede telefônica e antecedeu a ascensão das conexões DSL.

um único pulso telefônico até o deslinde da aurora. Desrespeitar tal prática deliberadamente ou por descuido implicava o surgimento de significativa dívida na conta telefônica.

As lentas e onerosas conexões discadas (com a famosa velocidade de transmissão a 56 kbps) deram espaço paulatinamente às conexões cabeadas DSL, fibra ótica, por rádio, satélite e outros meios potencialmente bem mais ágeis e confiáveis de transmissão digital de dados. Os custos, em fenômeno praticamente inversamente proporcional, foram reduzindo, seja pela maior eficácia dos meios utilizados, proporcionando a maior transmissão de dados por canal utilizado, ou pelo acirramento da concorrência do setor.

Atualmente, em centros urbanos mais proeminentes, é possível contratar o acesso à Internet em velocidades iguais às contratáveis nos países com a malha mais moderna do Mundo². Trata-se de serviço, entretanto, completamente distante da realidade fática do público assistido das Defensorias Públicas, dado o custo elevadíssimo de contratação.

Outro, contudo, é o cenário para contratação de serviços de acesso à Internet mais módicos, mas que não deixam de se inserir na categoria de acesso à Internet em **banda larga**.³ Dados recentes provenientes da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) evidenciam que em janeiro de 2016 o Brasil já contava com 25,44 milhões de acessos em banda larga fixa, número que corresponderia a 37,52% dos domicílios do país⁴. Outro exemplo prático se evidencia nas redes móveis 3G e 4G, cuja acessibilidade vem crescendo de maneira vertiginosa, quase comparável à difusão do acesso ao telefone celular no Brasil. Segundo a agência reguladora mencionada, em novembro de 2015, mais de 269 milhões de linhas de telefonia móvel estavam ativas, das quais mais da metade teria acesso à tecno-

² É o caso, por exemplo, da conexão em fibra ótica de 1 Gbps da concessionária de serviços TIM, conforme sítio eletrônico: <<http://www.livetim.tim.com.br/extreme>>. Acesso em: 7 mar. 2016.

³ Apesar de não existir um critério definido e amplamente aceito para determinar os aspectos técnicos que determinam a qualidade de banda larga, é comum utilizar-se o critério inicialmente adotado pela União Internacional de Telecomunicações (em inglês, International Telecommunication Union, ou ITU), agência especializada da ONU. Segundo a Recomendação I.113 da citada Agência, um acesso superior a 1,5 Mbps/spoderia ser denominado como banda larga. O relatório já conta com quase 20 anos, razão pela qual diversas organizações e estudiosos hoje vem clamando para que a noção de banda larga seja aplicável apenas a conexões com velocidade superior a 25 Mbps, como hoje entende a Comissão Federal de Comunicações dos Estados Unidos da América.

⁴ Dados estatísticos, assim como as porcentagens e distribuição regional, podem ser observados no sítio eletrônico oficial da autarquia: <<http://www.anatel.gov.br/dados/index.php/destaque-1/269-bl-acessos>>. Acesso em: 7 mar. 2016.

logia WCDMA (3G), e aproximadamente 10% à tecnologia LTE (4G).⁵

Com efeito, a popularização do acesso à Internet é uma realidade indiscutível, visível claramente em números e no cotidiano do brasileiro, havendo uma penetração cada vez maior de tal categoria de serviços no seio da população de classes menos abastadas no Brasil, potenciais assistidos da Defensoria Pública.

Ademais, tal realidade só tende a ser incrementada com programas e políticas públicas de expansão ao acesso, como o Programa Nacional de Banda Larga (PNBL)⁶, encabeçado pelo Governo Federal, por meio do Ministério das Comunicações. No referido programa, é fornecido acesso de 1 *mbps* pelo custo de R\$ 35,00. Outro ator que vem enriquecer esse cenário é o próprio Marco Civil da Internet, a Lei nº 12.965/14, que, apesar da recepção mista pelos operadores do Direito e sociedade civil, traz um novo e atualizado enfoque sobre o tema no País.

Nesse contexto reside uma potencial demanda a ser abarcada pelas atribuições das Defensorias Públicas Estaduais, do Distrito Federal e da União. Demanda esta ligada não apenas aos serviços prestados pelas concessionárias, com possíveis reflexos coletivos em sentido estrito, normalmente de competência jurisdicional da Justiça Estadual, mas que também podem vir a envolver a União e a ANATEL, situação que invocaria a competência absoluta da Justiça Federal, nos moldes do art. 109, da Constituição Federal de 1988.

Este artigo, com base nos aspectos fáticos já delineados, visa a tecer comentários críticos prefaciais sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a promoção dos direitos e garantias de assistidos em esfera individual e coletiva perante as concessionárias, os entes federativos e respectivas autarquias, no que tange ao acesso à Internet.

Busca-se evidenciar, em especial, as potenciais controvérsias e soluções que venham a envolver a defesa coletiva desses indivíduos por meio da ação civil pública e até mesmo o manejo do referido instrumento para suscitar o controle de políticas públicas, no contexto do Marco Civil da Internet.

⁵ Dados estatísticos, assim como as porcentagens e distribuição regional, podem ser observados no sítio eletrônico oficial da autarquia: <<http://www.anatel.gov.br/institucional/index.php/noticias/898-em-novembro-brasil-soma-269-59-milhoes-de-acessos-moveis>>. Acesso em: 7 de março de 2016.

⁶ O programa, também denominado “Banda larga popular”, tem características expostas no sítio eletrônico do Ministério das Comunicações: <<http://www.mc.gov.br/programa-nacional-de-banda-larga-pnbl/banda-larga-popular>>. Acesso em: 7 de março de 2016.

1. STATUS JURÍDICO DO ACESSO À INTERNET NO BRASIL

O acesso à Internet é um serviço cujo nascedouro se insere integralmente no deslinde do século XX, remontando à histórica ARPANET, rede integrada de comunicações ligada ao Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América. O serviço, inicialmente restrito a pesquisadores e ao Exército, paulatinamente foi aberto ao público e hoje, principalmente em âmbito urbano, sabe-se, é difícil encontrar alguém que não tenha conhecimento da existência da ferramenta, mesmo que não faça uso ou não a compreenda. Póvoa há mais de uma década já explicitava jocosamente a familiaridade que as pessoas já tinham com o fenômeno da Internet, asseverando que: “a esta altura do campeonato são poucos, muito poucos, poucos mesmo os que nunca ouviram falar da Internet.”⁷

Nesta ótica, são também integralmente contemporâneas as discussões sobre qual o status jurídico do acesso à Internet. É tema, ademais, que atualmente é alvo de fervilhantes diálogos e debates ao redor do globo entre estudiosos, sociedade civil e organizações internacionais, sem que haja uma definição precisa. Com efeito, talvez uma das únicas definições é de índole puramente pragmática, sem delineamento jurídico próprio: o acesso à Rede deve ser ampliado e protegido contra ingerências externas e internas, independentemente da natureza ou qualidade jurídica que se venha a conferir ao mesmo.

Ator protagonista deste processo é o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (CDH-ONU), que, por meio de seu relator especial Frank La Rue, promoveu valioso estudo sobre o acesso à Internet no bojo do Relatório A/HRC/17/27. Entre suas conclusões denota-se, principalmente, a seguinte:

85. Given that the Internet has become an indispensable tool for realizing a range of human rights, combating inequality, and accelerating development and human progress, ensuring universal access to the Internet should be a priority for all States.^{8,9}

⁷ PÓVOA, M. **Anatomia da Internet**: investigações estratégicas sobre o universo digital. 2000, p. 11.

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011, p. 21

⁹ Em tradução livre: “Considerando que a Internet se tornou uma ferramenta indispensável para a efetivação de diversos direitos humanos, para o combate da desigualdade e aceleração do desenvolvimento do progresso humano, garantir o acesso universal à Internet deveria ser uma prioridade de todos os Estados.”

A percepção de que Direitos Humanos e acesso à Internet eram duas realidades relacionáveis deu fôlego ao estudo do tema e ao surgimento das discussões já evidenciadas.

De um lado, autores como Michael Karanicolos vêm ponderando sobre a possibilidade de se considerar o acesso à Internet como um novo direito humano. Em artigo recente, o autor publicou:

This paper discusses the case for considering the Internet as a human right and the legal implications of this understanding, and also examines some potential solutions for expanding broadband access.^{10 11}

Outra noção que vem sendo difundida é a possibilidade visualização do acesso à Internet como direito fundamental. É o caso bastante discutido da constituição da Grécia, que, por meio de emenda constitucional, adicionou dispositivo normativo que, segundo Spyropoulos e Fortsakis,¹² corresponderia ao direito previsto constitucionalmente de participar da sociedade da informação, o chamado **ciberespaço**:¹³ “The Constitution (Article 5A paragraph 2) also safeguards – as another special facet of the right to information – the right to participate in the information society, or in ‘cyber-space’.”¹⁴

Paul De Hert e Dariusz Kloza¹⁵ também enxergam no dispositivo um direito constitucional correspondente a um dever estatal, o que aproximaria a figura aos nossos conhecidos direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão. No mesmo sentido, Ionnis Iglea-

¹⁰ Em tradução livre: “Esse artigo discute a tese que considera a Internet como um direito humano e as repercussões jurídicas desse entendimento, também examinando potenciais soluções para a expansão do acesso em banda larga.”

¹¹ KARANICOLAS, M. Bridging the divide: understanding and implementing access to the Internet as a human right. 2014.

¹² SPYROPOULOS, P. K.; FORTSAKIS, T. **Constitutional Law in Greece**. 2009, p. 224.

¹³ O termo, derivado do inglês *cyberspace*, tem a seguinte definição do iDicionário Aulete: “Rede de computadores, esp. a Internet, cujo conteúdo informacional é concebido como um ambiente ou espaço ou mundo virtual, composto de dados e programas que o usuário pode acessar ou com os quais pode interagir, como quem se desloca.”

¹⁴ Em tradução livre: “A Constituição (Art. 5ª, §2) também resguarda (como uma faceta especial do direito à informação) o direito de participar da sociedade da informação, ou do ciberespaço.”

¹⁵ DE HERT, P.; KLOZA, D. Internet (access) as a new fundamental right. Inflating the current rights framework? 2012.

zakis¹⁶ explana como daí emerge uma obrigação estatal para com os cidadãos:

In this sense, it constitutes a legal basis for policies of digital inclusion, such as funding of purchase of equipment for low-income social groups, establishing community centres providing free use of ICT and access to Internet and implementing ICT education programmes.¹⁷

Outras vozes influentes, como a de Vinton G. Cerf, considerado um dos pais fundadores da Internet, aduzem que o acesso a Internet deve ser visto de maneira puramente instrumental, não podendo se confundir com a essência das coisas que o instrumento visa a promover, garantir ou aperfeiçoar:

But that argument, however well meaning, misses a larger point: technology is an enabler of rights, not a right itself. There is a high bar for something to be considered a human right.¹⁸

No Brasil, tais debates ainda são incipientes, mas tendem a ser intensificados com a maturação do Marco Civil da Internet, conforme a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Isso se evidencia principalmente a partir do disposto no art. 4º, I, do diploma normativo nacional: “Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção: I - do direito de acesso à internet a todos;”. O diploma enriquece o tema introduzindo, entre outros objetivos, a promoção: “[...] do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;”, e tendo entre outros fundamentos: “[...] os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercí-

¹⁶ IGLEAZAKIS, I. The development of E-Governance and the issue of digital inclusion in Greece with particular regard to the constitutional right of e-participation. 2008, p. 115.

¹⁷ Em tradução livre: “Nesse sentido, ele constitui a base legal para políticas de inclusão digital, como o financiamento da aquisição de equipamentos para os setores humildes da sociedade, o estabelecimento de centros comunitários com uso gratuito de tecnologias da informação e acesso à Internet, a implementação de programas de educação tecnológica.”

¹⁸ Em tradução livre: “Entretanto, esse argumento, apesar de bem intencionado, equivoca-se em um ponto nodal: a tecnologia é um ferramenta que viabiliza direitos, e não um direito em si própria. Existe um critério rigorosos para que algo seja considerado um direito humano.”

cio da cidadania em meios digitais;” e “[...] a pluralidade e a diversidade;” (art. 2º).

Percebe-se que o acesso à Internet insere-se no ordenamento, por intermédio da legislação infraconstitucional, como um direito subjetivo. Ponderações sobre a eficácia prática de tal direito hão de ser abordadas em outro momento, mas desde logo se percebe que a natureza jurídica do serviço de acesso à Rede, sem maiores preocupações sobre a ascendência em âmbito de direitos fundamentais ou humanos, é de direito.

Observado com clareza o bem jurídico de tutela, faz-se necessário evidenciar as ponderações sobre a legitimidade ativa para proteção e promoção individual e, principalmente, coletiva desse direito pela Defensoria Pública, assim como delinear possíveis objetos de demanda judicial.

2. A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A TUTELA INDIVIDUAL E COLETIVA DO ACESSO À INTERNET

Observada a questão inicialmente sob o enfoque individual, não é de difícil percepção a noção de que a tutela do direito ao acesso à Internet pode ser suscitada por intermédio do patrocínio da Defensoria Pública, bastando que o contratante interessado possa ser enquadrado na condição de hipossuficiência ditada pelos arts. 5º, LXXIV, e 134, da Constituição Federal, Lei Complementar n.º 80, de 1994, e também Lei n.º 1.060, de 1950. Nesse tocante, apenas a qualidade do indivíduo é pertinente, sendo indiferente a matéria a ser discutida em Juízo.

No âmbito interno da Defensoria Pública da União (DPU), por exemplo, critérios econômicos podem ser utilizados para determinar o deferimento da assistência jurídica. É o que ocorre no bojo da Resolução n.º 85, de 2014, do Conselho Superior da DPU, cujo art. 1º enuncia: “Presume-se economicamente necessitada a pessoa natural que integre núcleo familiar, cuja renda mensal bruta não ultrapasse o valor total de 3 (três) salários mínimos.”

Continuando o exemplo supra, portanto, não há dúvidas da verossimilhança existente na defesa judicial ou extrajudicial, em questão federal no caso da DPU, relativa a consumidor que tenha renda familiar de até três salários mínimos (atualmente montante que alcança o valor de R\$ 2.640). Considerando o valor da banda larga popular (R\$ 35,00), no

bojo do PNBL, é perfeitamente cabível que o assistido tenha acesso à Rede sem que isso implique qualquer juízo contrário à sua condição de hipossuficiente. E mais, até mesmo os contratos do serviço fora do referido plano possuem uma acessibilidade razoável para boa parte dos assistidos, não sendo incomum, na praxe defensorial, que assistidos juntem aos procedimentos de assistência jurídica extratos de contas telefônicas nas quais constem a contratação dos famosos “combos” de telefonia fixa, móvel e Internet.

Nesse sentido, é de bom alvitre a observação lançada por José Afonso da Silva¹⁹ no que tange à aferição contemporânea da noção de hipossuficiência conforme o art. 5º, LXXIV, da Constituição: “Não é necessário que o interessado seja absolutamente desprovido de recursos, seja miserável”.

Diferente parece ser, entretanto, a aferição da legitimidade da Defensoria para a tutela coletiva desses interesses, havendo uma injustificada resistência ainda no seio jurídico.

De fato, de uma maneira geral, o decurso da presente década vem revelando esforços contrários à essa legitimidade partindo de outros órgãos do sistema jurídico, notadamente associações ligadas ao Ministério Público, que vem rechaçando a legitimidade da Defensoria para propositura da ação civil pública em defesa de interesses coletivos em sentido amplo.

O manuseio do valioso instrumento hoje é uma função institucional da Defensoria Pública, conforme art. 4º, VII e VIII, da Lei Complementar nº 80. Segundo a esclarecedora redação do primeiro inciso em comento:

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;

No mais, a própria Lei nº 7.347, de julho 1985, tratando sobre o procedimento de ajuizamento da ação civil pública, passou por alteração legislativa em 2007 para incluir a Defensoria Pública no rol de legitimados para propor a ação principal e ação cautelar.

¹⁹ SILVA, J. A. da. **Comentário contextual à Constituição**. 2008, p. 173.

Percebe-se, portanto, que o *telos* da norma é a de conferir à Defensoria a legitimidade para agir desde que abstratamente haja grupo de pessoas hipossuficientes entre os beneficiados da atuação, não sendo necessário que seja sequer uma maioria.

Por trás dessa autorização, percebe-se claramente uma medida de racionalização de esforços, acompanhada por meios mais eficientes e eficazes de atingimento da defesa dos interesses dos assistidos. Nesse sentido, pode-se recorrer à lição de Mancuso,²⁰ no sentido de que: “A tendência, é, hoje pela ampliação da tutela jurisdicional mediante verdadeira transmigração do individual para o coletivo.”

Em se falando de interesses difusos, não restam dúvidas que essa legitimidade sempre far-se-á presente, tendo em vista a natureza de tais interesses, cujo número de titulares é indeterminado e potencialmente abrange a todos os indivíduos indiscriminadamente dentro de uma circunstância fática, tal qual ocorre em demandas relacionadas com o meio ambiente e serviços públicos. Desta feita, sempre existirão beneficiados que se enquadram nos critérios subjetivos de deferimento da assistência jurídica gratuita.

No que tange a direitos coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, emerge a necessidade de verificar se há potencial grupo hipossuficiente, sendo claro que não é necessário que todos os beneficiados da medida pleiteada sejam hipossuficientes.

Esta, ademais, foi a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943/DF, ajuizada em face de alteração legislativa no art. 5º, da Lei nº 7.347, a Lei da Ação Civil Pública, tendo em vista a inserção da Defensoria Pública como ente legitimado para a propositura da referida ação. Segundo a Ministra Relatora Cármen Lúcia:

O custo social decorrente da negativa de atendimento de determinada coletividade ao argumento de hipoteticamente estar-se também a proteger direitos e interesses de cidadãos abastados é infinitamente maior que todos os custos financeiros inerentes à pronta atuação da Defensoria Pública nas situações concretas que autorizam o manejo da ação civil pública, conforme previsto no ordenamento jurídico. (ADI nº 3.943/DF)

²⁰ MANCUSO, R. C. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2007, p. 62.

Esse entendimento vem sendo reforçado e continua a ganhar momento na jurisprudência pátria. Exemplos provenientes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) explicitam os bons agouros.

Um caso emblemático é relacionado com reajustes abusivos em contratos mantidos com planos de saúde. A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul propôs demanda coletiva contra empresa operadora de plano de saúde, tendo em vista reajustes arbitrários realizados em razão da idade dos segurados.

Em um primeiro momento, a Quarta Turma do STJ emitiu acórdão no sentido de que a Defensoria não teria legitimidade por se entender que o grupo beneficiado não poderia ser enquadrado na condição de “necessitados”:

6. No caso, a Defensoria Pública propôs ação civil pública requerendo a declaração de abusividade dos aumentos de determinado plano de saúde em razão da idade. 7. Ocorre que, ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que ao demonstrar capacidade para arcar com assistência de saúde privada evidência ter condições de suportar as despesas inerentes aos serviços jurídicos de que necessita, sem prejuízo de sua subsistência, não havendo falar em necessitado.

Interposto recurso contra tal decisão, o caso foi levado às mãos da Ministra Relatora Laurita Vaz, no Órgão Especial do STJ (Embargos de Divergência no REsp nº 1.192.577/RS), que fez prevalecer o entendimento da Primeira Turma do Tribunal:

Ao se analisar a legitimação *ad causam* da Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública referente a interesses e direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, não se há de contar nos dedos o número de sujeitos necessitados concretamente beneficiados. Basta um juízo abstrato, em tese, acerca da extensão subjetiva da prestação jurisdicional, isto é, da sua capacidade de favorecer, mesmo que não exclusivamente, os mais carentes, os hipossuficientes, os desamparados, os hipervulneráveis (REsp nº 1.106.515/MG).

Desta feita, percebe-se não apenas o delineamento da superação de um paradigma excludente (de índole até mesmo preconceituosa, no sentido de que certos serviços, como planos de saúde e escola particulares não podem ter hipossuficientes como possíveis beneficiários) para a obtenção de outro mais abrangente, que, por acaso, não se delimita exclusivamente à noção puramente financeira aplicada no acórdão da Quarta Turma do STJ no REsp nº 1.192.577/RS.

Para o Ministro Luis Felipe Salomão, em voto vista que enriqueceu os embargos, outro aspecto pode ser levado em consideração para aferição dessa legitimidade, levando em consideração também a contemporaneidade do decidido no bojo da ADI nº 3.943/DF, é a possibilidade de postergação da “[...] limitação da legitimidade adequada das pessoas ‘necessitadas’ para momento futuro, qual seja, o da liquidação ou execução da sentença.”

A tese é firmada pelas palavras de Grinover:²¹

Pois é nesse amplo quadro, delineado pela necessidade de o Estado propiciar condições, a todos, de amplo acesso à justiça que eu vejo situada a garantia da assistência judiciária. E ela também toma uma dimensão mais ampla, que transcende o seu sentido primeiro, clássico e tradicional. Quando se pensa em assistência judiciária, logo se pensa na assistência aos necessitados, aos economicamente fracos, aos “minus habentes”. E este, sem dúvida, o primeiro aspecto da assistência judiciária: o mais premente, talvez, mas não o único. Isso porque existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc.

Percebe-se, portanto, que certas pré-concepções relacionadas com os grupos atingidos por ações coletivas podem e devem ser abandonadas, razão pela qual não se justificaria essa espécie de restrição em se tratando de matéria de acesso à Internet, serviço que normalmente, segundo um paradigma pretérito, deveria ser alheio às populações necessitadas. Isto não mais se sustenta.

Neste enfoque, resta analisar as vertentes do interesse ora discutido e a sua adequação aos critérios definidos pela jurisprudência e lei para atuação coletiva da Defensoria Pública.

²¹ GRINOVER, A. P. Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil Pública. 2011, p. 154.

O acesso à Internet, portanto, pode ser revestir da qualidade de interesse difuso, à conformidade do art. 81, I, do Código de Defesa do Consumidor. Difusos são aqueles interesses que se referem “[...] a toda uma coletividade indistintamente.”²², com diferentes possibilidades de abrangência e determinação.

Neste enfoque, vê-se o acesso à Rede como direito transindividual, com titularidade de pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato. Tais interesses são manifestos em causas relacionadas com restrições indevidas ao acesso à Internet e às comunicações digitais²³, realização de censura governamental,²⁴ desrespeito massivo à neutralidade da Rede ou omissão Estatal na viabilização de meios de acesso em áreas regionais.

Tais demandas teriam maior proximidade, no Brasil, com a jurisdição federal, tendo em vista que diriam respeito a posturas diretamente adotáveis pela própria União por dizerem respeito a telecomunicações e informática (art. 22, IV, da Constituição Federal) e suas autarquias e agências reguladoras, como a ANATEL. Nesta perspectiva, caberia à Defensoria Pública da União a promoção da defesa coletiva dos usuários de Internet e pessoas que visem a ter tal acesso, em conformidade com a divisão de atribuições preconizada na Lei Complementar nº 80.

Sob outra luz, o acesso pode se revestir da qualidade de interesse coletivo em sentido estrito, conforme art. 81, II, do Código de Defesa do Consumidor. É situação em que ocorra a titularidade de grupo, categoria ou classe composta de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Nessa vertente, típica aos contratos de adesão (como os contratos relacionados à prestação do serviço de acesso à Internet), pode-se discutir cláusulas e práticas abusivas praticadas no mercado, como a redução excessiva ou cessação arbitrária da conexão móvel ou fixa quando do atingimento de uma franquia. Também se insere nesse contexto o fornecimento de um serviço com vícios de qualidade objetivamente aferíveis (o não fornecimento da qualidade ou velocidade de conexão aquém das contratadas).

²² CARVALHO NETO, I. **Manual de processo coletivo**. 2008, p. 25.

²³ Nesse sentido, lembre-se, sem entrar no mérito do caso, de recente episódio no qual a Justiça paulista determinou o bloqueio nacional da acessibilidade do aplicativo móvel “WhatsApp”, conforme amplamente noticiado pela mídia brasileira, tratando-se, na prática, de censura de dados, em desconformidade com a noção de neutralidade de rede. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/12/1719934-justica-determina-bloqueio-do-whatsapp-em-todo-brasil-por-48-horas.shtml>>.

²⁴ Ao redor do mundo, países como a China, Irã e Coreia do Norte realizam efetiva censura de informação política e até mesmo para conteúdo de entretenimento, com punições severas a pessoas que venham a tentar burlar tais mecanismos.

Nesse âmbito, é patente o reforço à visão do assistido-consumidor, indivíduo vulnerável na relação jurídica e, muitas vezes, carente em múltiplos aspectos, como o econômico, informacional e técnico.

Sob esta ótica, eventuais pleitos judiciais teriam de ser ajuizados contra as concessionárias do serviço, em regra empresas privadas no Brasil, razão pela qual teríamos a competência da Justiça Estadual para resolução de tais litígios. Invoca-se, portanto, a atribuição de atuação das Defensorias Públicas Estaduais e do Distrito Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A popularização do acesso à Internet no Brasil, por meio de políticas públicas e outras circunstâncias fáticas, é um fato contemporâneo que demanda um tratamento jurídico atento. Herkenhoff²⁵ explana que a aplicação do Direito deve estar atenta ao fato social, também “[...] ao ineditismo da vida, que extravasa a previsibilidade legal;” e à “mutação social”.

A sociedade se desenvolve e novas demandas e serviços surgem. O acesso à Internet se enquadra nesse contexto, sendo que sua crescente difusão no seio social impõe impreterivelmente a atenção da Defensoria Pública para defender o usuário necessitado, observada essa qualidade de maneira abrangente.

No transcurso deste trabalho, buscou-se lançar uma luz preliminar sobre as perspectivas de atuação da Defensoria Pública em prol do assistido no mundo digital. Como considerações finais, percebe-se que o acesso à Internet é objeto de tutela coletiva e individual que se enquadra sem dificuldades entre as atribuições de atuação da Defensoria Pública.

Isso pode ocorrer em simples demandas individuais ou sob forma de processo coletivo, buscando até mesmo fomentar a implementação de políticas públicas, considerando a ascendência hoje reconhecida ao acesso à Internet em âmbito nacional e internacional. Nesse contexto, a educação em direitos, a defesa do consumidor, o combate às cláusulas e práticas abusivas, a denúncia contra a censura e o desrespeito à neutralidade de rede são demandas que podem vir a ser instauradas sem que a Defensoria divirja do seu papel constitucional.

25 HERKENHOFF, J. B. **Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política**. 2007, p.101.

Estando clara a legitimidade da Instituição, resta apenas a conscientização e educação de seus membros executivos no que tange a tais potenciais lides, cujo ligeiro teor técnico demanda uma especial atenção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. Lei Complementar nº 80, de 12 janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 2 mar. 2016.

_____. Lei nº 12.965, de 23 abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 2 mar. 2016.

CARVALHO NETO, I. **Manual de processo coletivo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CERF, V. G. Internet Access Is Not a Human Right. **The New York Times**, Nova Iorque, *on-line*, 2012. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html?_r=2&g>. Acesso em: 5 mar. 2016.

DE HERT, P.; KLOZA, D. Internet (access) as a new fundamental right. Inflating the current rights framework? **European Journal of Law and Technology**, v. 3. n. 3, 2012. Disponível em: <<http://ejlt.org//article/view/123/268>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. 2015 broadband progress report and notice of inquiry on immediate action to accelerate deployment, 2015. Disponível em: <https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-10A1.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2016.

GRINOVER, A. P. Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil Pública. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, ano 4, n. 2, 2011.

HERKENHOFF, J. B. **Como aplicar o direito**: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

IGLEAZAKIS, I. The development of E-Governance and the issue of digital inclusion in Greece with particular regard to the constitutional right of e-participation. **Journal of Information Law & Technology**, Coventry, 2008, p. 95-117. Disponível em: <http://www.lefis.org/images/documents/outcomes/lefis_series/lefis_series_4/capitulo4.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016.

KARANICOLAS, M. Bridging the divide: understanding and implementing access to the Internet as a human right. **The Journal of Community Informatics**, Vancouver, v. 10, n. 2, 2014.

MANCUSO, R. C. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS. Report A/HRC/17/27. 2011. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. Recommendation I.113, 1997. Disponível em: <http://www.itu.int/rec/dologin_pub.asp?lang=e&id=T-REC-I.113-199706-I!!!PDF-E>. Acesso em: 7 mar. 2016.

PÓVOA, M. **Anatomia da Internet**: investigações estratégicas sobre o universo digital. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2000.

SILVA, J. A. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SPYROPOULOS, P. K.; FORTSAKIS, T. **Constitutional Law in Greece**. Holanda do Sul: Kluwer Law International, 2009.

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB O
PRISMA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE:
ALGUMAS PROPOSTAS À PARTIR DA
SITUAÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO

Guillermo Rojas de Cerqueira Cesar

Anthony Daniel de Campos Rodrigues

*THE FUNDAMENTAL HEALTH RIGHT UNDER THE
LIGHT OF PUBLICITY RIGHT:*

*SOME PROPOSALS SUBMISSION FROM THE STUDY
OF MATO GROSSO STATE SITUATION*

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE: ALGUMAS PROPOSTAS À PARTIR DA SITUAÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO

*THE FUNDAMENTAL HEALTH RIGHT UNDER THE LIGHT OF PUBLICITY RIGHT:
SOME PROPOSALS SUBMISSION FROM THE STUDY OF MATO GROSSO STATE SITUATION*

Guillermo Rojas de Cerqueira Cesar

Defensor Público Federal

Anthony Daniel de Campos Rodrigues

Estudante de graduação pela Universidade Estadual do Mato Grosso.

RESUMO

O presente artigo busca demonstrar problemáticas do serviço prestado aos usuários e possíveis formas de sanar os distúrbios do sistema público de saúde, a partir de uma análise da atuação do Sistema Único de Saúde. Utiliza-se como ponto de partida a situação do Estado de Mato Grosso e a partir daí suscita-se a discussão acerca do direito à saúde, demonstrando este como um reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, traçando assim um debate quanto à importância do direito à saúde e seus desdobramentos, dentre eles o direito à publicidade dos atos referentes à gestão do SUS. Com isso, passa-se à análise do princípio do dever de publicidade previsto no art. 37 da CF/88, coadunado com os princípios da universalidade e igualdade aplicados aos SUS. Por fim, realiza-se análise da contraposição entre a publicidade na fila do SUS e a privacidade dos pacientes, demonstrando como pontos que, *a priori*, parecem antagônicos, podem coexistir em benefício da sociedade.

Palavras-chave: Estado de Mato Grosso. Direito Fundamental. Saúde. Fila. Publicidade.

ABSTRACT

This article seeks to demonstrate the problems of service users and possible ways to remedy the disturbances of the public health system, from an analysis of the performance of the health system. It is used as a starting point the situation State of Mato Grosso and raises if the discussion about the right to health, showing this as a reflection of the principle of dignity of the human person, tracing a debate about the importance of the right to health and its developments, among them the right to publicity of acts relating to the management of SUS. With this, the analysis of the principle of duty of advertising laid down in art. 37 of CF/88, with the principles of universality and equality applied to SUS. Finally, analysis of the contrast between the advertising in the queue of the SUS and the privacy of patients, demonstrating how points that at first, seem antagonistic, but can co-exist for the benefit of society.

Keywords: Mato Grosso State. Fundamental Righth. Health right. Line. Publicity.

Data de submissão: 19/03/2016

Data de aceitação: 12/09/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 DA DIMENSÃO SUBJETIVA DO DIREITO À SAÚDE. 2 DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL. 3 DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE COMO UM DEVER DO ADMINISTRADOR. 4 DO PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE E IGUALDADE DE ACESSO AO SUS. 5 DA DISSOCIAÇÃO ENTRE PROPAGANDA INSTITUCIONAL E PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. 6 DA CONTRAPOSIÇÃO ENTRE PUBLICIDADE NA FILA DO SUS E A PRIVACIDADE DOS PACIENTES. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

O Sistema Único de Saúde (SUS) passa a integrar o Ordenamento Jurídico brasileiro a partir de sua instituição pela Constituição Federal de 1988¹, decorrência direta dos Direitos Humanos de segunda geração que de acordo com Mazzuoli:

“(...) nasceram a partir do início do século XX e compõe-se dos direitos da igualdade *lato sensu*, a saber, os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo do Estado social, depois que germi-
naram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX”².

Em que pese os direitos sociais deveras serem classificados como direitos programáticos, em razão de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade (direitos humanos de primeira geração), o constituinte originário de 1988 formulou o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5.º, §1.º)³, retirando daqueles direitos sociais que também são direitos fundamentais, a carga programática e concedendo-lhes aplicabilidade imediata.

A Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, regulou em todo território nacional a aplicabilidade do direito à saúde, dispondo acerca das ações e serviços de saúde, prestados pelos três níveis da federação (federal, estadual e municipal), no âmbito do SUS. Cabe destacar que a organização do SUS, conforme o art. 8 da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, se dá de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente, de acordo com a especificidade do serviço a ser prestado.

No Estado de Mato Grosso o usuário do Sistema Único de Saúde (SUS) necessita de regulação pelo SUS para ter acesso a todo e qualquer serviço que não ocorra em uma Unidade Básica de Saúde ou Pronto Atendimento. Internações, exames laboratoriais e de imagem, consulta de especialidade, procedimentos de alta complexidade, acesso aos fármacos de médio e alto custo e demais procedimentos necessitam da intervenção do administrador público para que, através da regulação, o usuário possa efetivar seu direito à saúde.

¹ BRASIL, 1988

² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Curso de Direitos Humanos**, 2015.

³ BRASIL, 1988

Para que ocorra a regulação é necessário um requerimento preenchido pelo médico responsável, através do qual o paciente, ou seu responsável, procura a Secretaria Municipal de Saúde e requer o atendimento de seu pedido. Quando o procedimento é relacionado a serviços que existem no município, a regulação é feita pela própria Secretaria Municipal de Saúde. Para procedimentos de alta complexidade, ou que não existam no município, o atendimento é enviado para a Secretaria Estadual de Saúde, que encaminha o usuário para algum município do próprio Estado ou faz buscas junto a outros Estados conveniados que possuam o procedimento requerido.

Regulado, o paciente deve aguardar até que um assistente social entre em contato e agende a data para os procedimentos, tendo, ainda, que aguardar as verbas relacionadas ao tratamento fora do domicílio (TFD), se for o caso. Ocorre que quase nunca a regulação acontece no tempo necessário, seja pela exagerada burocracia, por falta de corpo médico, leitos hospitalares ou equipamentos necessários. Seja qual for a falha, o paciente chega a aguardar dias, meses e, até anos para que tenha acesso ao serviço de que necessita.

As instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública possuem legitimidade para tutelar o direito à saúde violado pelo Estado. Utilizando-se de uma Ação de Obrigação de Fazer, geralmente com pedido de antecipação de tutela, estas instituições conseguem a intervenção judicial que obriga o Estado a fornecer ao assistido o que lhe é de direito. É sabido que no Estado de Mato Grosso, o Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região têm recebido uma avalanche de processos, o que dificulta a realização da justiça e põe em cheque a própria tutela jurídica que deve ser efetivada pelo judiciário. De mais a mais, noticiários de todo o país relatam frequentemente que esta celeuma não se reserva somente ao Estado de Mato Grosso, atingindo também os demais estados da federação.

A judicialização do direito à saúde poderia diminuir de forma significativa com a adoção, pelo Sistema Único de Saúde, de uma lista pública dos pacientes regulados. Uma ferramenta simples que daria publicidade às regulações efetuadas, que proporcionaria ao paciente uma maior certeza quanto à data de acesso aos procedimentos solicitados.

Entende-se que a lista de pacientes regulados, a ser disponibilizada a todos na internet e na sede das Secretarias Municipais e Estaduais de Saúde, traria ao paciente uma expectativa mais realista da data de seu futuro atendimento. Desta forma, o usuário do SUS poderia optar por aguardar o procedimento, se próximo, ou buscar o Judiciário se entendesse pela necessidade de adoção do procedimento de forma mais urgente.

1. DA DIMENSÃO SUBJETIVA DO DIREITO À SAÚDE

Os direitos fundamentais possuem dimensões subjetivas, que dizem respeito a sua eficácia e acabam por delimitar sua exigibilidade, sobretudo judicial. A dimensão subjetiva do direito à saúde diz respeito às pretensões que este pode ensejar, ou às posições jurídico-subjetivas que se pode reconhecer ao titular deste direito.

Esta ideia de que um mesmo direito fundamental pode sustentar o reconhecimento de diferentes posições jurídico-subjetivas está no centro das chamadas classificações multifuncionais dos direitos fundamentais – que tem entre seus precursores Robert Alexy e Gomes Canotilho, e no Brasil, Gilmar Mendes e Ingo W. Sarlet⁴.

O tema apresentado sugere que o direito à saúde gera um plexo de posições jurídico-subjetivas, entre elas o direito de defesa e o direito à prestação, ou seja, de lhe ser prestada a saúde.

O direito à prestação pode ser subdividido em prestação em sentido lato e prestação em sentido estrito. O primeiro enseja o direito à organização e procedimento, ou seja, um direito à organização e implementação de instituições e serviços, a procedimentos de acesso, à regulamentação da participação e do controle social.⁵

Já o segundo trata-se do direito à prestação em sentido estrito, ou seja, a prestação material, que concerne ao efetivo tratamento medicamentoso, hospitalar, cirúrgico ou procedimental.⁶

A tese que se pretende sustentar gravita exatamente em torno deste ponto, qual seja, no direito à prestação e seus desdobramentos, entre os quais da ausência de publicidade na regulamentação do paciente ensejar uma violação de um direito-dever fundamental.

Além disso, esta violação gera consequências práticas que saem caras ao bolso do contribuinte e à dignidade daquele que precisa ter acesso ao direito à saúde.

A falta da devida publicidade dos atos de regulação de um procedimento cirúrgico, de realização de exames, consultas e diversos outros serviços, pode, ainda, obrigar o administra-

⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à Saúde**. 2015, p. 48.

⁵ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à Saúde**. 2015, p. 50

⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à Saúde**. 2015, p. 50

do a buscar a via judicial, movido pelo desespero de não saber quando e, se, será atendido.

Desta forma, este artigo se propõe a demonstrar que a ausência de publicidade do ato de regulação da Administração Pública, leia-se órgãos gestores do SUS, acarreta diversas demandas de cunho obrigacional perante o Judiciário que poderiam ser evitadas se o paciente do SUS tivesse acesso à lista pública mencionada. Propõe-se, ainda, a demonstrar que entidades como a Defensoria Pública e o Ministério Público podem tutelar esse direito em juízo de forma coletiva ou singular, sem a necessidade da criação específica de uma lei com escopo de dar publicidade a estes atos, dada a fundamentalidade do direito a saúde e o dever de publicidade dos atos do administrador.

2. DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

O ser humano é protagonista, fundamento e fim último do Estado Democrático de Direito. Consequentemente, a dignidade da pessoa humana é reconhecida como o fundamento do Estado Brasileiro⁷. Assim, para a promoção desta dignidade, o constituinte originário assegurou diversos direitos e garantias fundamentais inerentes à existência do ser humano digno.

Com a Constituição de 1988 o direito à saúde passou a figurar entre os direitos sociais fundamentais, em seu artigo 6º⁸. A normatização específica nos artigos 196 a 200, do mesmo texto, permite sustentar que o SUS também pode ser visto sob a ótica de uma verdadeira garantia institucional fundamental⁹. Desta forma, verifica-se que o direito a saúde é um direito fundamental social.

A fundamentalidade do direito à saúde pode ser dividida em material e formal. A material decorre do regime jurídico de proteção outorgada pelo texto constitucional, superior hierarquia axiológica e de aplicação imediata dos direitos fundamentais consagrados pelos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. A fundamentalidade formal está calcada na relevância e na essencialidade da saúde para a manutenção do ser humano, bem

⁷ BRASIL, 1988

⁸ BRASIL, 1988

⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à Saúde**. 2015, p. 14

como para o gozo de todos os demais direitos¹⁰.

Sendo assim, é fundamental e de importância primordial para a promoção da dignidade da pessoa humana, que a efetivação do direito à saúde não sofra embaraços por parte do Estado¹¹, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar seu acesso.

3. DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE COMO UM DEVER DO ADMINISTRADOR

O administrador, por força do artigo 37 da Constituição Federal, está obrigado a agir dando publicidade a seus atos¹². Tal obrigatoriedade não se trata apenas de um capricho do Constituinte originário, mas sim, forma de garantir que os administrados possam fiscalizar a gestão do administrador.

O administrador exerce sua atividade em nome do Estado, cujo fim primordial é o atendimento do interesse público. Portanto, nada mais justo que o titular deste interesse, o povo, tenha ciência de que forma as políticas públicas estão sendo desempenhadas e como estão sendo aplicados os recursos arrecadados através dos tributos.

A publicidade, nesse sentido, tem o condão de viabilizar o controle e a fiscalização dos atos do Poder Público. Atualmente, a doutrina moderna entende que embora a falta de publicidade não retire a validade do ato, esta funcione como condição de eficácia do ato administrativo.

Outro efeito de inegável relevância do dever de publicidade é que este inviabiliza o sigilo das decisões administrativas, e possui, ainda, efeito inibitório, pois uma vez ciente dos atos praticados pela Administração Pública, a sociedade pode buscar coibir a prática de irregularidades, ilicitudes e desvios, o que faz com que este princípio seja elementar para o combate às práticas ilegais.

Assim, o dever de publicidade dos atos da Administração estatui garantias indispensáveis para o êxito do convívio sadio entre Poder Público e administrados.

¹⁰ BRASIL, 1988

¹¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à Saúde**. 2015, p. 38

¹² BRASIL, 1988

4. DO PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE E IGUALDADE DE ACESSO AO SUS

O princípio da universalidade se apresenta com a análise da Lei nº 8.080/90 coadunado com a cláusula geral de igualdade presente no art. 5º da CF/88¹³. Convém trazer à tona o artigo 2º da referida lei:

“Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”¹⁴

A partir de uma análise hermenêutica do §1º, do art. 2º da Lei nº 8.080/90, supracitado, verifica-se que o legislador optou por impor como dever do Estado o estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços¹⁵.

Desta forma, uma vez que o legislador já abarcou como dever estatal o estabelecimento de condições para o acesso ao direito à saúde, torna-se dispensável a elaboração de uma lei específica para a criação de uma política de acesso, uma vez que qualquer medida criada já estará abrangida pelo artigo retro mencionado.

O princípio da universalidade pauta o reconhecimento de um direito a igual assistência à saúde, para todas as pessoas e sem discriminações, em todos os níveis de complexidade do sistema¹⁶.

Este acesso universal e igualitário se atrela ao dever fundamental de não discriminação no acesso aos bens e serviços de saúde, como definido pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais

¹³ BRASIL, 1988; BRASIL, 1990

¹⁴ BRASIL, 1990, p. 01

¹⁵ BRASIL, 1990, p. 01

¹⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à Saúde**. 2015, p. 38

e Culturais da Organização das Nações Unidas¹⁷, que, ademais, previu que este dever abarca quatro dimensões, sendo uma delas a acessibilidade de informação, assegurando-se o direito de procurar, receber e comunicar informações e ideias a respeito de questões de saúde.

Desta forma, como uma previsão legal, surge a possibilidade deste direito ser tutelado em juízo, obrigando o Estado a prestar informações claras a respeito das questões de saúde.

5. DA DISSOCIAÇÃO ENTRE PROPAGANDA INSTITUCIONAL E PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA

A propaganda institucional se apresenta como a instrumentalização do princípio da publicidade artigo 37 da Constituição Federal de 1988, uma ferramenta de comunicação entre Estado e administrados. Destarte que a propaganda institucional dos atendimentos prestados pelo SUS deve possuir caráter informativo, dissociado de qualquer aspecto que caracterize a promoção pessoal do administrador.

Imperioso destacar o regime jurídico da propaganda institucional como um dever imposto pela Constituição ao Poder Público, com o escopo de assegurar aos administrados o acesso às informações referentes a atos, programas, obras serviços e campanhas, sendo que a propaganda institucional deverá possuir caráter educativo, informativo ou de orientação social, sendo expressamente vedada a utilização desta para promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Neste ponto, a propaganda institucional afasta-se da propaganda eleitoral, na medida em que esta servirá apenas como veículo de informação ao administrado e será custeada pelo próprio ente estatal e aquela apresenta-se como meio de promoção pessoal com o escopo de captar votos para investidura em cargo público eletivo e será patrocinada por partidos políticos ou candidatos, submetendo-se às regras específicas do Direito Eleitoral.

Isto posto, extrai-se que não há óbice em dar-se publicidade à fila da SUS, desde que em respeito aos princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade e eficiência, evitando-se a promoção pessoal do agente público responsável, existindo como uma extensão do direito à saúde

¹⁷ ECOSOC, 2000

6. DA CONTRAPOSIÇÃO ENTRE PUBLICIDADE NA FILA DO SUS E A PRIVACIDADE DOS PACIENTES

Diante da efetiva concretização da publicidade nas filas de atendimento do SUS, há o contraponto relacionado à privacidade dos pacientes que compõem a fila, na medida em que determinadas patologias são vistas pela sociedade sob uma ótica preconceituosa.

Visto que ambos os direitos (e princípios da publicidade e da intimidade) mencionados possuem a virtude de garantir, em diferentes graus, a dignidade da pessoa humana, estabelece-se o embate entre o princípio da publicidade para garantia do acesso da coletividade à saúde e o princípio da intimidade da vida privada.

Antes de mais nada, vale lembrar que, conforme leciona Robert Alexy¹⁸:

“(...) princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (...)”.

Desta forma, temos que os princípios são concebidos como mandados de otimização, ou seja, não devem ser analisados com absoluta rigidez, mas ponderados na medida da necessidade apresentada pelo caso concreto.

Destarte, verificadas tais premissas, chegamos ao cerne da Teoria da Ponderação desenvolvida por Robert Alexy¹⁹, que:

“(...) pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês *‘hardcases’*), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da sub-

¹⁸ ALEXY, R.. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2011, p. 90

¹⁹ BARCELLOS, A. P. de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Luís Roberto Barroso (Org.), 2008, p. 55

sunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso”

Com isso, trazendo à tona o *hard case* em comento, como já verificado, ambos os princípios conflitantes possuem o escopo de assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que em diferentes esferas. Assim, torna-se necessário visualizar a escala de necessidade de cada um frente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Verifica-se que o princípio da publicidade aplicado para assegurar acesso a saúde tem o condão de também garantir a concretização da dignidade da pessoa humana, sob um viés macro, garantindo o acesso de toda a coletividade a dados indispensáveis à fiscalização dos serviços prestados pelo ente estatal. Ou seja, o princípio da publicidade, no presente caso, tem como prerrogativa a garantia de fiscalização de todos os usuários do Sistema Único de Saúde aos serviços oferecidos, além de conceder ao usuário a opção de aguardar pela realização ou ingressar com uma ação perante o judiciário.

De outro norte, o princípio da intimidade caracteriza-se pelo resguardo de informações personalíssimas, inerentes à vida privada. Isto posto, tem-se que tal princípio também dá concretiza a dignidade da pessoa humana, todavia, em uma escala inferior ao princípio da publicidade aplicado a fila do SUS, na medida em que um resguarda a dignidade da pessoa humana do indivíduo e o outro resguarda o direito à vida de toda coletividade, garantindo por consequência a dignidade da pessoa humana.

Sob a máxima da proporcionalidade capitaneada por Alexy²⁰, é possível concluir que a publicidade dos atos de regulação do SUS aplicada em detrimento de alguns aspectos do princípio da intimidade, possui o condão de maximizar a efetividade da prestação dos serviços oferecidos pelo Sistema Único de Saúde, com o conseqüente favorecimento de um cenário promissor ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.

²⁰ ALEXY, R.. **Teoria Discursiva do Direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, 2015, p. 137.

Ademais, existem sadias alternativas a possíveis discussões decorrentes do embate entre a publicidade e a privacidade. Dentre elas destaca-se a possibilidade de se utilizar o número do Cartão Nacional da Saúde-CNS ao invés do nome dos usuários/pacientes. Tal alternativa vem sendo experimentada pelo Município de Ribeirão Preto/SP, que, através da Lei Municipal n.º 12.996/2013, definiu que a listagem de pacientes deve ser divulgada por meios eletrônicos, com a data de solicitação, previsão do tempo de atendimento e a relação de inscritos na lista.

Portanto, a referida Lei, ainda que desnecessária do ponto de vista jurídico, em razão de a garantia advir da própria Constituição Federal, apresenta a saída mais favorável ao estabelecer a publicidade da fila do SUS, substituindo o nome dos pacientes pelo número do Cartão Nacional da Saúde-CNS e, por consequência, garante a eficácia dos serviços oferecidos, sem que a intimidade dos pacientes seja violada.

CONCLUSÃO

O índice de ações de saúde tem tido um crescimento exponencial nos últimos anos. Somente nos anos de 2014 e 2015 mais de 1.750 ações foram propostas apenas pela Defensoria Pública Estadual de Mato Grosso na cidade de Cuiabá-MT²¹, e na Defensoria Pública da União em Mato Grosso, desde 2011 mais de 1.400 pessoas buscaram assistência para tentar efetivar o seu direito à saúde²².

Com um exorbitante índice de procura da tutela jurisdicional, medidas para melhorar o acesso à saúde e, conseqüentemente, diminuir a busca pelo judiciário devem ser efetivadas de forma preferencial.

Desta feita, com o *status* fundamental do direito à saúde associado ao princípio da publicidade na administração pública, surge o dever do Estado de prestar as informações necessárias quanto aos serviços e programas oferecidos, bem como de oferecer uma lista pública que demonstre quantas pessoas estão na fila de espera da regulação e quando o paciente poderá ser atendido.

Com transparência na prestação dos serviços de saúde, seriam evitados gastos desnecessários com materiais hospitalares, com traslado de pessoas, além de evitar que diversas de-

²¹ TCU, 2015

²² DPU, 2015

mandas inundassem o judiciário aumentando o valor dos gastos com processos judiciais.

Assim, independentemente de lei específica que regule a criação de uma lista pública, os atores jurídicos envolvidos na fiscalização e acompanhamento das políticas públicas de saúde podem exigir de forma extrajudicial ou através de Ação Civil Pública a efetivação e implementação desta ferramenta de publicidade em razão do dever constitucional do Estado de promover os procedimentos e garantir o acesso organizado e transparente à informação dos usuários do Sistema Único de Saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed, Editora Malheiros, São Paulo, 2011.

ALEXY, R. **Teoria Discursiva do Direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2015.

BARCELLOS, A. P. de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 01 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm >. Acesso em: 01 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm >. Acesso em 01 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347Compilada.htm >. Acesso em 01 out. 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – DPU. Relatório fornecido pela Corregedoria Regional em 2015.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à Saúde**. 4. ed. Editora JusPodivm, Salvador 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Relatório 1º Semestre de 2015**. Disponível em: < <http://portal.tcu.gov.br/publicacoes-institucionais/relatorios/relatorios-de-atividades.htm> >. Acesso em 01 out. 2015.

O DIREITO À SAÚDE E A
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Mariana Cavalcante Ouverney

*THE RIGHT TO HEALTH AND THE
FEDERAL PUBLIC DEFENDER OFFICE*

O DIREITO À SAÚDE E A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

THE RIGHT TO HEALTH AND THE FEDERAL PUBLIC DEFENDER OFFICE

Mariana Cavalcante Ouverney

*Especialista em Políticas Públicas de Justiça Criminal e Segurança Pública pela Universidade Federal Fluminense
Socióloga na Defensoria Pública da União*

RESUMO

O direito à saúde, apesar de garantido pela Constituição de 1988, se configura em um dos principais desafios do Brasil para efetivação dos direitos sociais dos seus cidadãos. Tal fato se torna ainda mais grave para a população hipossuficiente, público-alvo da Defensoria Pública da União. A **judicialização da saúde** tem se configurado em um importante acesso ao direito de saúde dos cidadãos, diante das falhas das políticas públicas brasileiras no setor. No entanto, além da situação emergencial, ela também tem conseguido melhorar os mecanismos de atuação do Executivo, que passou a considerar essa a judicialização para o planejamento e execução das suas políticas públicas na área. Este artigo apresenta uma breve revisão bibliográfica sobre o tema e um levantamento estatístico das pretensões relacionadas a **Saúde e Medicamentos** na Defensoria Pública da União no Estado do Rio de Janeiro no ano de 2011. O objetivo da pesquisa foi identificar as principais pretensões relacionadas à saúde e medicamentos e levantar pontos importantes para o planejamento e a atuação estratégica na área.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Defensoria Pública da União. Saúde pública.

ABSTRACT

Although the right to health is guaranteed by the 1988 Constitution, it is one of Brazil's main challenges for attaining the social rights of its citizens. This fact becomes even more serious for poor population, the target audience of the Federal Public Defender Office. The **judicialization of health** has been set up on an important access to the right to health of citizens, given the failure of Brazilian public policies in the sector. However, beyond the emergency situation, it has also managed to improve the performance of the executive mechanisms, which now considers that the judicialization for the planning and execution of public policy in the area. This article presents a brief literature review on the subject and a statistical summary of claims related to **Health and Drugs** in the Federal Public Defender Office in the State of Rio de Janeiro in 2011. The aim was to identify the main claims related to health and medicine and raise important points for planning and acting strategically in the area.

Keywords: Judicialization of health. The Public Defender of the Union. Public health.

Data de submissão: 13/02/2015

Data de aceitação: 14/03/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 O DIREITO À SAÚDE. 2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. 3 A ATUAÇÃO DA DPU/RJ NA ÁREA DA SAÚDE. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde se configura em um dos principais desafios atuais do Brasil para efetivação dos direitos sociais de seus cidadãos. Tal fato se torna ainda mais grave para população hipossuficiente, público-alvo da Defensoria Pública da União.

O Sistema Único de Saúde-SUS, apesar de sua legislação avançada, ainda não conseguiu prover a saúde pública da eficiência que a população brasileira necessita. Por esse motivo, muitos cidadãos são obrigados a recorrer ao Judiciário para garantir seu direito de acesso à saúde. A maioria desses processos judiciais são patrocinados pelas Defensorias Públicas do Estado e Defensoria Pública da União, pois ambas possuem atribuição para esse tipo de demanda.

Este artigo apresenta uma breve revisão bibliográfica sobre o tema e um levantamento estatístico das pretensões relacionadas a **Saúde e Medicamentos** na Defensoria Pública da União no Estado do Rio de Janeiro no ano de 2011. O objetivo da pesquisa foi identificar as principais pretensões relacionadas à **Saúde e Medicamentos** e levantar pontos importantes para o planejamento e a atuação estratégica na área.

1. O DIREITO À SAÚDE

Com a Constituição de 1988, a saúde foi consagrada como um direito social. O tema recebeu tratamento específico:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.¹

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 196.

No entanto, a execução das políticas públicas na área de saúde não acompanhou a dimensão desse direito e continua muito aquém das necessidades dos cidadãos, deixando-os desamparados num dos momentos mais difíceis de sua existência. Para que tal norma não se configurasse como meramente programática e, portanto, sem data definida para ser cumprida, o Poder Judiciário passou a atuar na questão da saúde, vindo a eclodir um grande número de ações relacionadas à saúde e medicamentos na justiça, fenômeno esse chamado de **judicialização da saúde**.² Para alguns, a interferência excessiva do judiciário na saúde pode acabar afetando e, até, inviabilizando as políticas públicas de saúde e o próprio Sistema Único de Saúde (SUS). Para outros, dar acesso à justiça e ao direito de saúde é questão de dignidade da pessoa humana e deve ser garantido pelo Poder Judiciário diante da omissão do Poder Executivo.

Embora tenha sido concebido como um dos mais avançados sistemas de saúde pública do mundo, o SUS ainda possui muitas falhas e não atende devidamente a demanda de saúde da população brasileira. Os cidadãos sofrem com a demora para marcação de consultas e exames, faltam vagas em hospitais para internações, há grandes filas de espera para cirurgias e dificuldades ou negativas na obtenção de medicamentos, entre outros problemas.

Como grande parte da população que sofre com a falta de infraestrutura do SUS é hipossuficiente, as pretensões relacionadas à saúde e medicamentos são recorrentes na Defensoria Pública da União. Quando a resolução administrativa³ não obtém êxito, os Defensores Públicos Federais são obrigados a provocar o Judiciário na busca pela efetividade do direito à saúde dos seus assistidos.

De acordo com Ordacgy⁴, a Carta Política de 1988 consagra como fundamento da República, em seu art. 1º, inc. III, a dignidade da pessoa humana. Mais ainda, o art. 5º, *caput*, garante a todos o direito à vida, bem que deve ser preservado pelo Estado, que tem o dever de fornecimento da medicação e/ou da intervenção médica necessária a toda pessoa que dela necessite.

² Apesar de o Poder Judiciário só **atuar** quando provocado, não se pode deixar de lado que a sensibilização desse poder para o tema da saúde foi fundamental para o sucesso na questão.

³ Resolução Administrativa ou Extrajudicial é um dos instrumentos que possui a Defensoria Pública para dar acesso ao direito para os cidadãos, sem a necessidade de instauração de um processo judicial. São exemplos de resoluções extrajudiciais: ofícios, acordos, conciliações, mediação, arbitragem, Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), etc.

⁴ ORDACGY, A. da S. **O Direito Humano Fundamental à saúde Pública**. 2009, pp. 18-19.

O direito à saúde, além de se qualificar como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. É a consagração da teoria do mínimo existencial de dignidade humana. Isto é, há um ponto do qual nem mesmo os desfavorecidos podem ser afastados, de modo que fazem jus, ao menos, aos direitos considerados mais básicos ao ser humano, como o direito à saúde, à liberdade e à vida.⁵

O Ministério da Saúde elabora a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), cuja seleção “baseia-se nas prioridades nacionais de saúde, bem como na segurança, na eficácia terapêutica comprovada, na qualidade e na disponibilidade dos produtos”⁶. Esta relação serve de instrumento básico para a elaboração das listas estaduais e municipais segundo suas situações epidemiológicas, para a orientação da prescrição médica e o abastecimento da rede do SUS. A última atualização da RENAME foi dada pela Portaria Nº 01, de 02 de janeiro de 2015. O Ministério da Saúde também editou a Portaria nº 2981/2009, aprovando o Componente Especializado de Assistência Farmacêutica (CEAF).⁷

De acordo com Figueiredo,⁸ as listas de medicamentos federais, estaduais e municipais podem utilizar a RENAME como orientação para sua elaboração, mas não necessariamente possuem a mesma composição. As listas regionais devem antes de tudo seguir suas necessidades locais, atendendo sua população, que, por sua vez, pode ou não, ter características semelhantes ao restante do país.

O município do Rio de Janeiro possui sua Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (REMUNE-RIO), composta por todos os medicamentos utilizados na Secretaria Municipal de Saúde. São oriundos de aquisição direta ou de repasses dos programas estratégicos do Ministério da Saúde e da Secretaria Estadual de Saúde.

⁵ *Op. Cit.*

⁶ RENAME, 2010.

⁷ Tanto as listas da RENAME e CEAF sofrem alterações periódicas levando em consideração o diagnóstico da saúde pública no país. A última atualização do CEAF foi dada pela Portaria 828/2014.

⁸ FIGUEIREDO, T. A. **Análise dos Medicamentos Fornecidos por Mandado Judicial na Comarca do Rio de Janeiro**: A Aplicação de Evidências Científicas no Processo de Tomada de decisão, 2010.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A compreensão do fenômeno da **judicialização da saúde** passa por um contexto mais geral de **judicialização da política**, que consiste na intervenção do Judiciário em diversas políticas públicas de interesse social, tais como: meio- ambiente, saúde pública, sociedades tradicionais, patrimônio, cidadania, consumo, etc. Um grande instrumento para a atuação do Ministério Público, Defensoria Pública e demais atores nesse sentido tem sido a Ação Civil Pública.

Citadino⁹ chama a atenção para o fato de que o pensamento jurídico brasileiro é marcadamente positivista e privatista, preocupado com os direitos individuais dos cidadãos, o que acabava por priorizar os direitos civis e políticos, em detrimento dos direitos sociais e econômicos. No entanto, a ascensão da corrente de pensamento constitucional possibilita um novo paradigma (sem, no entanto, extinguir o anterior), buscando um contraponto ao individualismo positivista e se preocupando em dar efetividade ao amplo sistema de direitos assegurado pela Constituição de 1988. Ao invés do constitucionalismo liberal, propõe-se um constitucionalismo societário e comunitário, que prioriza os valores da igualdade e da dignidade humanas.

Vianna¹⁰ destaca que a própria história institucional brasileira, aponta que a nossa representação política nunca esteve sozinha para conduzir aspectos de mudança social. Ao contrário, a representação funcional (através de sindicatos, associações, instituições públicas, etc), sempre teve um papel primordial para levar as demandas sociais à agenda pública. Por isso, o legislador constituinte admitiu ambas as formas de participação na constituição cidadã, optando pelo princípio de complementariedade ou da **representação generalizada**:

A soberania complexa, por razões peculiares à formação do Brasil moderno, longe de significar uma prática social em antagonismo com o sistema da representação política, tem, entre nós, recepção constitucional, admitindo oportunidades plurais para o exercício da cidadania.¹¹

É nesse contexto que é feita a análise da **judicialização da saúde**. A falta de estrutura, assim

⁹ CITTADINO, G. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. 2003, p.27.

¹⁰ VIANNA, L. W.; BURGOS, M. Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva. 2003, p. 483.

¹¹ *Op. Cit.*

como a dificuldade de planejamento, reflete no desabastecimento de medicamentos nas redes de serviços do SUS. A **judicialização da saúde** pode ter tido algum efeito na responsabilização do Estado em desenvolver procedimentos adequados para incorporação, compra e distribuição de medicamentos. Com as demandas judiciais de medicamentos, os setores de Assistência Farmacêutica Municipais e Estaduais têm se estruturado e se organizado, inclusive para atender a referida demanda. Muitos criaram Câmaras Técnicas para auxiliarem as Procuradorias em suas defesas frente à obrigação de cumprir o mandado judicial. No entanto, os esforços destinados à organização e à estruturação dos serviços para atendimento das demandas judiciais podem também trazer riscos a esta organização, se houver a priorização da via judicial à via administrativa no fornecimento de medicamentos para quem deles necessite. Tal privilégio vai contra ao que se pensa em saúde como direito social de cidadania e compromete o princípio (igualitário e universal) do SUS.¹²

Figueiredo¹³ afirma também que outro fator que merece destaque é a não divulgação das medidas setoriais definidas. Os cidadãos não conhecem as vias administrativas para acesso a medicamentos e os profissionais de saúde têm dificuldade em ter acesso às listas de medicamentos de financiamento público. A ampla divulgação dos elencos de medicamentos pertencentes aos diferentes Componentes de Assistência Farmacêutica, segundo a legislação, é de extrema necessidade e importância. Soma-se a isso, a necessária atualização dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Ela cita uma considerável queda no número de ações judiciais em 2003 no Distrito Federal, fato que coincide com a ampla divulgação dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) naquele ano.

A Lei 12.401/11 surge justamente como uma tentativa de padronizar a assistência terapêutica e a incorporação de novas tecnologias no âmbito do SUS. No entanto, para Fernando Aith,¹⁴ essa lei é uma tentativa de limitar o conceito de integralidade de saúde e frear a judicialização. Para ele, a lei está muito focada em medicamentos, mas deixou de fora cirurgias e procedimentos que não estão no protocolo. Além disso, não dá conta dos casos de ineficácia no tratamento com medicamentos da listagem oficial, ou seja, a **judicialização vai continuar**.

¹² BAPTISTA *et al*, 2009 *apud* FIGUEIREDO, T. A. **Análise dos Medicamentos Fornecidos por Mandado Judicial na Comarca do Rio de Janeiro**: A Aplicação de Evidências Científicas no Processo de Tomada de decisão, 2010.

¹³ *Idem*.

¹⁴ AITH, F. As Inovações da Lei 12.401/2011, palestra PGE/RJ, mai. 2012.

Sobre a Lei 12.401/12, também é importante destacar:

A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.¹⁵

Quanto ao processo de incorporação de novas tecnologias no SUS, Clarisse Petramale¹⁶ destaca que todos (sociedades médicas, hospitais, universidades, empresas, grupo de pacientes, etc.) podem submeter processos à avaliação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC) para a incorporação no SUS. Mas, atualmente, só quem está pautando processos é a indústria farmacêutica.

Figueiredo¹⁷ chama atenção para o fato de que a aquisição de medicamentos oriundos das ações judiciais tem sido categorizada como casos de emergência e assim são comprados por meio de dispensa de licitação. Tal fato aumenta a possibilidade de fraudes, pois permite a compra a preços altos de mercado varejista.

Para a autora acima referida, o magistrado deve estar atento a alguns parâmetros antes de proferir sua decisão. São eles:¹⁸

1) Verificar se o medicamento possui registro sanitário na Anvisa. Caso não possua, deve-se questionar sua segurança sanitária, visto que o mesmo não foi ainda avaliado em testes de eficácia, segurança e qualidade realizados durante o registro.

2) Verificar se o medicamento possui registro no referido órgão sanitário e confirmar para qual indicação foi realizado o registro. Isso porque se o medicamento estiver sendo utilizado para

¹⁵ CONITEC, Art. 19-Q.

¹⁶ PETRAMALE, C. O Processo de Incorporação de Novas Tecnologias- os critérios de escolha e análise, palestra PGE/RJ, mai. 2012.

¹⁷ *Op. Cit.*

¹⁸ No anexo I, pode ser visto o organograma elaborado pela autora.

uma indicação diferente daquela registrada na Anvisa, pode-se caracterizar um uso *off label*.¹⁹

3) Analisar após a verificação do registro sanitário do medicamento, se o mesmo está presente em listas de financiamento público.

4) Constatar, caso o medicamento não faça parte de alguma lista de financiamento público, se existe alguma alternativa terapêutica de financiamento público, ou seja, se há algum medicamento financiado para a mesma indicação clínica daquela do paciente. Havendo alternativa, acredita-se que seja de extrema importância oferecê-la.

5) Verificar se existem evidências científicas do medicamento para a indicação prescrita, pois não havendo alternativa terapêutica para a condição patológica do paciente ou caso o mesmo já tenha utilizado esta alternativa e não tenha respondido terapêuticamente, há evidência científica que pode indicar um atraso na incorporação deste medicamento e deve-se considerar a possibilidade da necessidade de fornecimento do medicamento.

No entanto, muitos magistrados e juristas sustentam que esses passos constituem-se em prova de defesa do réu (no caso o estado) e que, portanto, deve ser feita por seus advogados e não pelo judiciário.

Para Barroso²⁰, a atuação do Judiciário – no âmbito de ações individuais – deve restringir-se a efetivar a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos oficiais. Para ele, os medicamentos não incluídos nas listagens oficiais e possíveis alterações nestas listagens deveriam ser alvo de ações coletivas, devido à necessidade de um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais). As ações coletivas tornarão mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, Defensoria Pública, associações civis etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los. Será possível ter uma ideia mais realista de quais as dimensões da necessidade e qual a quantidade de recursos disponível como um todo. Além disso, decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle

¹⁹ O uso *off label* ocorre quando um medicamento é utilizado para uma indicação diferente daquela registrada no órgão regulador e não se tem evidências científicas sobre a referida indicação; ou quando se tem evidências sobre a indicação não registrada mas não foi de interesse para o produtor registrar o medicamento para esta indicação. A prescrição e a utilização *off label* podem trazer riscos aos pacientes, especialmente quando não foram realizados ensaios clínicos a fim de confirmar a eficácia e a segurança do medicamento para o segundo uso.

²⁰ BARROSO, L. R. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. 2008.

abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população. Isso também permite o planejamento da atuação estatal e a estruturação de seus serviços de forma mais organizada e eficiente.

Essa teoria desagua na tese do juízo da universalização da decisão/sentença do caso individual. Estaria o juiz disposto a universalizar sua sentença ou a decidir da mesma maneira em demandas coletivas?

Figueiredo²¹ chama a atenção para o fato de que as ações judiciais têm sido um importante caminho para o acesso a medicamentos de última geração. A implementação de um processo de elaboração e utilização de avaliações tecnológicas dos medicamentos solicitados por ações judiciais pode auxiliar na decisão dos medicamentos a serem incorporados pelo SUS, visto que a Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS) é um subsídio importante para a tomada de decisão referente a medicamentos e para a elaboração de diretrizes clínicas. Ela destaca ainda que o predomínio de prescrições médicas judicializadas originadas no SUS pode indicar falha das políticas públicas de medicamentos, seja pela não garantia do acesso aos medicamentos, seja pela não adesão dos profissionais da rede pública às listas oficiais. Tal fato pode ser ainda um indicativo de atraso na incorporação de novos medicamentos às listas oficiais.

É importante também que o judiciário esteja atento aos casos em que o paciente sofre alteração na medicação e/ou tratamento médico relativo àquela enfermidade objeto da ação judicial, mesmo depois de iniciado o processo:

Ainda dentro da esfera judicial, cumpre analisar o pedido e suas especificações quando da propositura da ação. Além disso, o uso da medicação pode sofrer diversas modificações através da substituição ou acréscimo de outros remédios, até porque a medicina evolui rapidamente, notadamente no campo de fabricação de novos medicamentos, sempre mais eficazes que os anteriores, inclusive os genéricos, que são muito utilizados pelos hipossuficientes, devido ao seu baixo custo econômico. Há ainda que se considerar a compatibilidade do paciente com o medicamento utilizado, o que pode demandar a substituição do remédio anteriormente utilizado. Também é muito comum o vírus, a bactéria ou o tumor presente nas pessoas enfermas adquirirem resistência ao medicamento, sendo necessário a sua substituição. Portanto, o jurisdicionado somente precisa especificar na peça exordial a sua enfermidade e os medicamentos dos quais se

²¹ *Op. Cit.*

utiliza no momento da propositura da ação, não constituindo pedido genérico o uso da expressão “..., bem como de todos os remédios necessários ao tratamento de sua enfermidade”, desde que, como já frisado, em combinação com a especificação dos medicamentos dos quais já necessita. O pedido formulado dessa maneira encontra respaldo nos princípios da economia processual, da efetividade do processo e do acesso à justiça.²²

Ordacgy²³ destaca, entretanto, que a maior dificuldade pela qual passa atualmente a tutela de saúde não é a sua concessão liminar, já amplamente reconhecida pelos tribunais pátrios, mas sim o aspecto prático de sua efetivação. Os entes públicos criam obstáculos variados para o cumprimento das liminares judiciais de saúde, o que traz inestimável angústia ao jurisdicionado enfermo e, não raro, até mesmo o advento do óbito, ante o tempo demasiado de espera. Para ele, é necessário que o Poder Judiciário utilize-se de todo poder de coerção que a sua função e a legislação lhe disponibilizam, adotando as medidas pertinentes, como: busca e apreensão dos medicamentos, equipamentos ou materiais cirúrgicos; aplicação de multa pessoal e diária a incidir sobre a autoridade responsável, responsabilização por improbidade administrativa, proibição de contratar com a Administração Pública e dever de indenização pelos prejuízos eventualmente verificados, entre outros.

3. ATUAÇÃO DA DPU-RJ NA ÁREA DA SAÚDE

A DPU-RJ atende aos procedimentos relacionados à saúde e medicamentos sem necessidade de agendamento prévio, abrindo um Procedimento de Assistência Jurídica (PAJ)²⁴ em caráter de urgência²⁵. Como tentativa de resolução extrajudicial, a Defensoria expede ofícios aos órgãos da Administração Pública. No entanto, na maioria dos casos, como a resposta não é imediata e

²² ORDACGY, A. da S. **O Direito Humano Fundamental à Saúde Pública**, 2009, p. 28.

²³ *Ibid.*

²⁴ Procedimento administrativo de âmbito interno na DPU em que o Defensor analisa as características das pretensões do assistido. Esse processo pode ser arquivado ou originar um Processo Judicial.

²⁵ Desde 17/09/13 está funcionando a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde, que reúne diversos órgãos públicos relacionados à questão de saúde e medicamentos, os quais tentam encontrar uma solução extrajudicial para as pretensões. Foram deslocadas duas Defensoras Públicas Federais dos Ofícios Cíveis da DPU-RJ para atuar na câmara somente nas questões relativas a saúde e medicamentos. Desde então, as demandas de saúde da DPU-RJ são encaminhadas diretamente para essa Câmara.

os defensores ajuízam ação judicial para garantir a eficácia do direito à saúde do assistido. Não há nenhum sistema à disposição da Defensoria para verificar se o assistido já requereu medicamento administrativamente. Também não há como fazer a avaliação se o medicamento solicitado pelo assistido está na listagem oficial ou se possui algum medicamento similar na lista²⁶.

As ações individuais são propostas pelos escritórios civis. As ações coletivas são propostas pelos escritórios de Direitos Humanos e Tutela Coletiva. Estes, têm grande apoio das Associações Cívicas, inclusive na assessoria técnica de laudos e pareceres médicos, já que a DPU não possui um corpo técnico de assessoramento nesse sentido.

Em 2011, a DPU-RJ contabilizou um total de 16.343 PAJs. Entre esses, 7.995 (49%) foram referentes à área cível. As pretensões relacionadas a **Saúde e Medicamentos** somaram 674, o que corresponde a 8,4% da demanda cível.²⁷

As principais pretensões verificadas nos PAJ's analisados foram **Medicamentos** (44%), **Cirurgia** (16%) e **Tratamento Médico** (10%), os quais, juntos, correspondem a **70%** do total da demanda na área de **saúde e medicamentos**.

²⁶ Essa pesquisa é anterior à Criação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde, atualmente é utilizado um sistema próprio da CRLS, que permite um procedimento específico para controle do fluxo e dos registros de todas as demandas e facilita a comunicação interinstitucional. No entanto, em muitos outros Estados da federação, as DPUs ainda possuem essa realidade.

²⁷ Nesta pesquisa foram analisados 584 PAJs, pois foram excluídos os PAJs dos Escritórios de 2ª Categoria por se tratarem de recursos e não de novas pretensões de saúde.

Tabela 1: Quantitativo e Percentual das Pretensões de Saúde-Medicamentos na DPU/RJ em 2011.

Pretensão	Quantidade	Porcentagem
Alimentação especial	12	2%
Cirurgia	95	16%
Consulta	9	2%
Documentação médica	7	1%
Equipamento	14	2%
Exame	25	4%
Internação	43	7%
Manutenção da condição de dependente para assistência à saúde	7	1%
Material Médico hospitalar	7	1%
Medicamento	256	44%
Transferência de hospital	16	3%
Transporte	5	1%
Tratamento médico	56	10%
Outros	32	5%
Total	584	100%

Fonte: Sistema E-PAJ da DPU (adaptado)

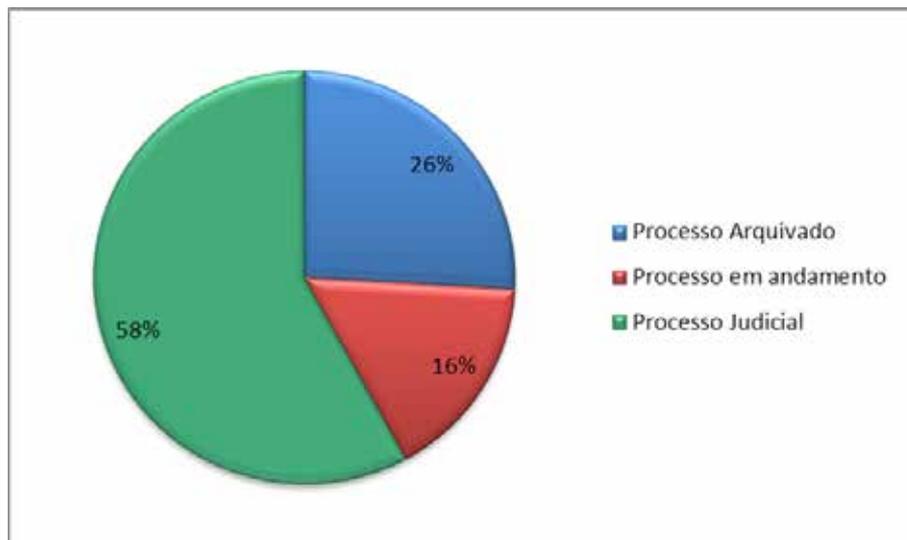
Em relação às doenças apresentadas pelos assistidos, constatou-se que são bastante diversificadas, sendo classificadas na categoria **outras** com **56%** do total. Cabe ressaltar que muitos assistidos apresentaram mais de uma doença. Só foi selecionada uma delas, em geral, a mais grave ou a que mais se repetia entre as doenças apresentadas nos demais PAJ's. Entre as principais doenças, temos destaque para o **câncer** (16%), **artrite reumatoide** (5%) e **glaucoma** (4%), os quais, juntos, correspondem a **25%** do total da demanda.

Em relação à parte contrária, classificou-se a demanda preferencialmente como União/SUS, pois, em princípio, não é o assistido que deve escolher a unidade de saúde em que receberá atendimento e sim a Administração Pública. A classificação aqui apresentada não está relacionada ao processo judicial e sim à narrativa do PAJ. Só foi relacionado o hospital quando a pretensão era bastante específica. Assim, constatamos que, pelo menos, **9%** do total da demanda diz respeito ao Instituto Nacional do Câncer (INCA) e ao Instituto Nacional de

Traumatologia e Ortopedia Jamil Haddad (INTO), ambos referências nacionais em suas especialidades. Na demanda para o INTO **85%** (33 dos PAJs) diziam respeito à cirurgia, e muitos PAJs indicavam grande insatisfação dos assistidos com a grande fila de espera do hospital²⁸. Quanto ao INCA, observou-se que as demandas eram relativas principalmente à grande fila de espera para tratamento oncológico, à dificuldade de vaga para internação e à contestação da negativa do hospital em tratar o estágio da doença do assistido.²⁹

Quanto ao andamento, observa-se que a maioria dos PAJs resulta em **Processo Judicial (58%)**. Se retirarmos as opções os PAJs **em andamento** e **NI** (Não Informado), esse percentual sobe para 69%, contra 31% de **arquivados**.

Gráfico 1: Percentual do resultado dos Processos de Assistência Jurídica de Saúde-Medicamentos na DPU/RJ em 2011.



Fonte: Sistema E-PAJ da DPU (adaptado)

²⁸ A DPU-RJ impetrou uma Ação Civil Pública na data de 18/08/14 para a redução da fila de espera do INTO.

²⁹ A União alega que os leitos do INCA são insuficientes para atender a demanda e restringiu a matrícula para pacientes que ainda possuem chance de cura (conforme consta no processo 2273520114025101).

Em relação aos motivos de arquivamento dos PAJs, destacamos a **resolução administrativa**, com 36%. Também ganham destaque **desinteresse do assistido** (19%) e **ausência de atribuição para atuar no município**³⁰ (15%), que juntas somam 34%.

As Resoluções Administrativas correspondem a **9%** do total de PAJs relacionados a Saúde-Medicamentos. As pretensões em que mais se logrou êxito com essa atuação extrajudicial da DPU-RJ foram o **tratamento médico** com **31%** (3% do total) e a **cirurgia** com **24%** (2% do total).

Tabela 2: Quantitativo e Percentual das Resoluções Administrativas de Saúde-Medicamentos na DPU/RJ em 2011.

Resolução Administrativa	Quantidade	%
Alimentação especial	1	2%
Cirurgia	13	24%
Consulta	2	4%
Documentação médica	3	6%
Equipamento	1	2%
Exame	4	7%
Internação	4	7%
Internação e Cirurgia	1	2%
Internação e tratamento médico	1	2%
Medicamento	3	6%
NI	1	2%
Quebra de carência de plano de saúde	1	2%
Transferência de hospital	2	4%
Tratamento médico	17	31%
Total	54	100%

Fonte: Sistema E-PAJ da DPU (adaptado)

Em relação ao resultado do Processo Judicial, destaca-se a Tutela Antecipada Deferida (27%). Se somarmos as decisões de Tutela Antecipada Deferidas ou Parcialmente Deferidas com as Vitórias Totais e Parciais na via judicial, teremos um percentual

³⁰ Infelizmente a DPU ainda não está presente em todas as localidades em que a Justiça Federal atua. Quando a DPU não tem atribuição para atuar na localidade de residência do cidadão assistido, lhe é oferecido um advogado dativo.

de 52% do total de resultados dos processos judiciais favoráveis à DPU-RJ. O percentual de Tutelas Antecipadas Indeferidas é de 18%, mas o de processos judiciais improcedentes é bastante baixo (2%).

Tabela 3: Quantitativo e Percentual dos Processos Judiciais relacionados a Saúde-Medicamentos na DPU/RJ em 2011.

Resultado do Processo Judicial	Quantidade	%
Declinada Competência para outra Vara Federal	3	1%
Deferida. Tutela Antecipada	92	27%
Em andamento	38	11%
Encaminhado a outro Órgão	1	0%
Extinto	50	15%
Improcedente. Processo Judicial	8	2%
Indeferida. Tutela Antecipada	60	18%
Não foi possível verificar o andamento	1	0%
Parcialmente Deferida. Tutela Antecipada	23	7%
Recurso Indeferido (1ª Cat). Indeferida Tut. Ant. (2ª Cat.)	1	0%
Vitória Parcial na via Judicial	13	4%
Vitória Total na via Judicial	48	14%
TOTAL	338	100%

Fonte: Sistema E-PAJ da DPU (adaptado)

Na próxima tabela, destacamos os principais motivos citados pelo Judiciário nas decisões de Tutela Antecipada Indeferida e Processos Judiciais Improcedentes da DPU-RJ.

Tabela 4: Principais motivos citados pelo Judiciário nas decisões de Tutela Antecipada Indeferida e Processos Judiciais Improcedentes nas pretensões relacionadas a Saúde-Medicamentos da DPU/RJ em 2011.

Objeto	Motivo ¹
Alimentação e material higiênico	Os produtos não estão relacionados ao direito de efetividade da saúde amparado pelo SUS e sim à política pública na área de assistência social.
Cirurgia	Não há qualquer elemento que demonstre que deva ter a parte autora atendimento prioritário. Além disso, o critério médico, e não o jurídico, é que deve determinar a ordem de precedência na fila de espera.
Cirurgia	Deve apresentar laudo médico preferencialmente emitido por médico do SUS, indicando expressamente a realização do referido tratamento no caso concreto, e sua imprescindibilidade e urgência.
Diversas Pretensões	Não é correto assumir o lugar do administrador público.
Medicamento	Não ficou comprovada a impossibilidade de substituição do medicamento solicitado por outro que conste em listagem oficial.
Medicamento	Não se prova o risco de lesão grave e/ou de difícil reparação, em razão da fragilidade do atestado apresentado, havendo presunção de um risco inverso à Administração, por ter de licitar medicamento que ainda não o foi, apesar de hipoteticamente possuir alternativas já compradas.
Medicamento	Não há comprovação da negativa administrativa dos entes federativos.
Medicamento	Não restou comprovada hipossuficiência.
Medicamento	Classificou o pedido como genérico (“e outros medicamentos eventualmente necessários ao tratamento”)
Medicamento	Pedido da antecipação de tutela e do mérito são os mesmos.

Fonte: Sistema E-PAJ da DPU (adaptado).

CONCLUSÃO

A **judicialização da saúde** tem se configurado em um importante acesso ao direito de saúde dos cidadãos, diante das falhas das políticas públicas no Brasil. No entanto, além da situação emergencial, ela também tem conseguido melhorar os mecanismos de atuação do Executivo, que passou a considerar a judicialização para o planejamento e execução das suas políticas públicas.

Um exemplo disso, é a criação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde- CRLS no Rio de Janeiro em 17 de setembro de 2013. Ela sinaliza que o Executivo não está indiferente à judicialização da saúde. Além disso, se configura num importante passo de atuação interinstitucional na questão, reunindo integrantes da Procuradoria do Estado e do Município do Rio de Janeiro, Defensoria Pública do Estado e Defensoria Pública da União e representantes da Secretaria de Estado de Saúde e da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro. Esses integrantes trabalham no mesmo prédio com o intuito de intensificar a atuação extrajudicial para as pretensões relacionadas a saúde e medicamentos.

Sem dúvida, um importante elemento para que o Executivo procurasse melhorar suas políticas públicas e interinstitucionais na área de saúde foi a atuação das Defensorias Públicas, Ministério Público e Judiciário na questão, com um expressivo número de liminares e sentenças favoráveis aos autores das ações, obrigando o SUS a fornecer os remédios ou procedimentos médicos necessários.

Como foi mostrado, a maioria dos PAJs abertos na DPU/RJ em 2011 na área de saúde e medicamentos desaguaram em processos judiciais (58%). O desempenho da DPU-RJ judicial foi bastante positivo, apresentando um índice de processos judiciais improcedentes de apenas 2%. No entanto, é importante destacar o fato que foi levantado por um defensor que atua na área recursal: muitas decisões da 1ª instância favoráveis à DPU-RJ, estão sendo revertidas no Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

As resoluções administrativas também são importantes mecanismos de atuação, correspondendo a 9% do total da demanda de saúde da DPU/RJ em 2011 e em 36% do total dos procedimentos arquivados dessa área.

O sucesso da atuação da DPU nas resoluções extrajudiciais pode sinalizar uma deficiência na comunicação e orientação dos pacientes com relação aos procedimentos para atendi-

mento das demandas de saúde no SUS. Isso indica a necessidade de padronização e ampla difusão dessas informações nos próprios órgãos de saúde. De qualquer maneira, fica claro que há um peso maior na resolução extrajudicial quando uma instituição pública com poderes mais amplos, incluindo a judicialização da demanda, interfere na questão, mesmo que seja administrativamente.

Quanto aos principais motivos de indeferimento das demandas de saúde e medicamentos na DPU/RJ em 2011, destaca-se o papel essencial do laudo médico. Em geral, os juízes preferem que sejam emitidos por médicos do SUS. Em demandas por cirurgias, é muito importante que esteja descrita a urgência do procedimento. Para medicamentos, é importante que o laudo aponte para a impossibilidade de substituição dos medicamentos pelos que constem na listagem oficial. Isso indica a necessidade de maior integração entre a rede médica, assistência social, políticas públicas e judiciário. Além disso, um banco de dados sobre a questão que fosse interligado, poderia otimizar as relações interinstitucionais.

Conclui-se que acesso à informação, difusão de conhecimento e diálogo entre as instituições envolvidas, são o caminho para aperfeiçoar o SUS e as políticas públicas de saúde, possibilitando que o direito constitucional à saúde de todos os brasileiros seja devidamente materializado. No entanto, se mesmo assim, um direito à saúde não estiver sendo cumprido, o cidadão pode recorrer ao Judiciário, que deve procurar mecanismos para que a Administração Pública cumpra suas decisões judiciais de maneira efetiva.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**. Uberaba/MG: vol 11, novembro de 2008, pp. 13-38.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. Lei 12.401/11. Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor

sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm>. Acesso em: 08 ju. 2012.

_____. Portaria GM/MS nº 1.044, de 5 de maio 2010. Aprova a 7ª edição da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename). **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Brasília, 06 de maio 2010.

CITTADINO, G. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. *In*: VIANNA, L. W. (Org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2003. 1a. Edição 2002.

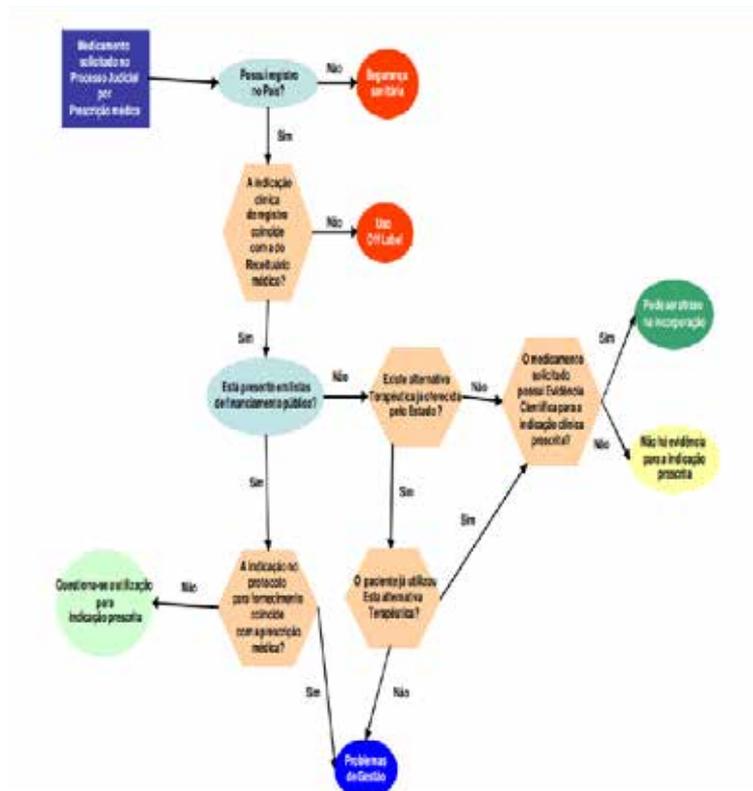
FIGUEIREDO, T. A. **Análise dos Medicamentos Fornecidos por Mandado Judicial na Comarca do Rio de Janeiro**: A Aplicação de Evidências Científicas no Processo de Tomada de decisão. Rio de Janeiro, 2010. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, 2010.

ORDACGY, A. da S. O Direito Humano Fundamental à saúde Pública. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 1, Brasília: DPU, 2009.

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva. *In*: VIANNA, L. W. (Org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2003. 1a. Edição 2002.

ANEXO

Figura 1 – Etapas envolvidas na tomada de decisão no processamento da demanda judicial de medicamentos:



Fonte: FIGUEIREDO, T. A. **Análise dos Medicamentos Fornecidos por Mandado Judicial na Comarca do Rio de Janeiro: A Aplicação de Evidências Científicas no Processo de Tomada de decisão**, 2010.

A RELAÇÃO DE TRABALHO DO IMIGRANTE
ILEGAL: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA
PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E
DO ACESSO À JUSTIÇA TRABALHISTA

Vanessa Batista Oliveira

Mateus Rodrigues Lins

Thiago Pessoa Colares

*THE ILLEGAL IMMIGRANT EMPLOYMENT RELATION: A
CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL
RIGHTS AND THE ACCESS TO LABOR JUSTICE*

A RELAÇÃO DE TRABALHO DO IMIGRANTE ILEGAL: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO ACESSO À JUSTIÇA TRABALHISTA

THE ILLEGAL IMMIGRANT EMPLOYMENT RELATION: A CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE ACCESS TO LABOR JUSTICE

Vanessa Batista Oliveira

Mestre em Direito Constitucional.

Professora do curso de Direito e da Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Mateus Rodrigues Lins

Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza.

Pesquisador integrante do Projeto de Pesquisa “Direito do Trabalho e sua interface com os Direitos Fundamentais”, coordenado pela professora Vanessa Oliveira Batista – Centro de Ciências Jurídicas da UNIFOR

Thiago Pessoa Colares

Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza.

Pesquisador do grupo de pesquisa “Justiça em transformação” - Centro de Ciências Jurídicas da UNIFOR

RESUMO

O presente artigo tem por objeto o estudo dos direitos fundamentais do imigrante ilegal no Brasil, bem como da possibilidade de acesso à justiça trabalhista. Primeiramente, buscou-se identificar alguns dos mais recentes fluxos migratórios com destino ao Brasil e as violações de direitos a que se submetem os imigrantes ao exercerem relação de trabalho no país. Em seguida, buscou-se identificar o tratamento outorgado pela Constituição Federal

de 1988 aos imigrantes, bem como o que dispõe a Lei 6.815 de 1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, e o tratamento legal dado ao imigrante em situação de irregularidade. Posteriormente, analisou-se como se dá a lógica dos direitos fundamentais na Carta de 1988 e a aplicação destes ao imigrante ilegal. Por fim, foi feito estudo acerca do acesso à justiça trabalhista pelo imigrante em situação irregular, no que diz respeito à substituição processual por sindicato e à assistência judiciária gratuita, bem como em relação à aplicação da lei trabalhista no Brasil, tendo sido feita análise de julgados da Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: Imigrante ilegal. Direitos fundamentais. Acesso à justiça. Justiça trabalhista.

ABSTRACT

This article is engaged in the study of the fundamental rights of the illegal immigrant in Brazil, as well as the possibility of access to labor justice. Firstly, it sought to identify some of the most recent migratory flows with destiny to Brazil and the violations of rights that are subject immigrants when pursuing employment relationship. Next, it sought to identify the treatment granted by the Federal Constitution of 1988 to the immigrants, as well as what the Law 6.815 from 1980 orders and the legal treatment given to the immigrant in irregular situation. Then, it analyzed how is the logic of the fundamental rights in the constitution and the application of those to the irregular immigrants. Lastly, study was made on the access to labor justice for undocumented immigrants, concerning to procedural substitution by union and free legal assistance, as well as the application of the employment law in Brazil, having been done analysis of decision from the Labor Justice.

Keywords: Illegal immigrant. Fundamental rights. Access to justice. Labor justice.

Data de submissão: 20/03/2016

Data de aceitação: 14/08/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 DIREITOS DOS IMIGRANTES CONFORME A ACEPÇÃO CONSTITUCIONAL. 2 ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. 2.1 O imigrante em situação irregular. 3 A LÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 4 ACESSO À JUSTIÇA TRABALHISTA POR MEIO DE SINDICATOS. 4.1 Substituição processual por sindicato e assistência judiciária gratuita. 4.2 Aplicação da lei trabalhista em território brasileiro. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

O Brasil, como o mundo em geral, tem presenciado o deslocamento de grandes fluxos migratórios, os quais vêm ocorrendo tanto por questões de fuga decorrentes de conflitos ou por ocasião de desastres ambientais, como pela busca individual de integração em novos mercados de trabalho.

A maior facilidade de migração, a despeito das variadas razões para fazê-lo, diz respeito à globalização da economia,¹ diante da notável evolução tecnológica que tem tornado mais acessível o deslocamento para diversas partes do mundo. Envolvido na lógica da globalização e das migrações, o Brasil tem recebido pessoas de outras nacionalidades em seu território, principalmente provenientes dos continentes africano e americano.

Exemplo de fluxo migratório recente tem sido o de angolanos com destino a São Paulo. Ainda que, por vezes, o objetivo não fosse chegar ao Brasil, ou nele permanecer, muitas pessoas provenientes de Angola fugiram do país, assolado por uma guerra civil que se desdobrou em outros conflitos até 2002, tendo seus efeitos repercutido por anos. Fatores como o idioma e o clima local favoreceram a vinda destes imigrantes, bem como a expectativa de conseguir um posto de trabalho em São Paulo.²

Quanto aos imigrantes provenientes da América Latina, destacam-se paraguaios e bo-

¹ SALADINI, A. P. S. **Trabalho e Imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais**, 2011, p. 19.

² HAYDU, M. **Refugiados angolanos em São Paulo: integração ou segregação?** 2010, p. 96.

livianos, os quais, muitas vezes, ingressam em território brasileiro pelo estado de Mato Grosso do Sul, por sua extensão de fronteira “seca” com Bolívia e Paraguai. Muitos destes imigrantes vêm em busca de melhores condições de vida, esperando obter, pelo trabalho, muitas vezes ilegal, remunerações até dez vezes maiores do que poderiam ganhar em atividades similares nos seus países de origem.³

Contudo, o mais visível fluxo migratório com destino ao Brasil tem sido o de haitianos, os quais passaram a deixar massivamente seu país principalmente após a ocorrência do terremoto de 2010, que ocasionou grande desastre. A imagem de que seriam bem acolhidos em território brasileiro se disseminou em função da Missão das Nações Unidas para a estabilização do Haiti (MINUSTAH), comandada pelo Brasil desde 2004 com o fim de restabelecer a normalidade institucional do país após a grande turbulência política e a violência geradas pela partida do então presidente, Jean Bertrand Aristide, para o exílio. A MINUSTAH, assim como organizações não governamentais brasileiras, mostraram-se bastante ativas nos esforços para reconstrução do devastado Haiti pós-terremoto, tendo estas ações gerado para os haitianos a crença de que o Brasil seria um país acolhedor.⁴

A despeito das expectativas de encontrar melhores condições de vida e de trabalho no Brasil, a situação a que estes imigrantes se submetem geralmente é de violação aos seus direitos fundamentais, principalmente pela prática de atividades laborais em situação de ilegalidade.

Como demonstrado na reportagem de Rossi e Sakamoto,⁵ muitos imigrantes, principalmente os provenientes de países latino-americanos, dirigem-se à indústria de confecções, funcionando as oficinas em locais escondidos, uma vez que, em geral, não têm permissão para funcionar. Nestas, os trabalhadores desenvolvem suas atividades em recintos fechados, onde o ar não circula e nos quais não há luz suficiente, sendo as condições de higiene e de segurança precárias, fatos que violam garantias trabalhistas. Além disso, o valor das refeições consumidas nas oficinas, assim como os gastos com água, luz e moradia são descontados diretamente dos salários.

³ SOBRINHO, C. J. *et al.* Bolivianos e paraguaios: o trabalho escravo de imigrantes em campo grande e o posicionamento do Estado de Mato Grosso do Sul frente à rota do tráfico de pessoas, 2015.

⁴ RODRIGUES FILHO, L. F. *et al.* No Rastro dos Imigrantes: a Esperança de um Mundo Novo, o Brasil para os Haitianos, 2015, p. 6.

⁵ ROSSI, C.; SAKAMOTO, L. **Trabalho Escravo é uma realidade também na cidade de São Paulo**, 2005 p. 1.

No mesmo sentido, notícia veiculada pela BBC,⁶ bem como explicações proferidas pelo juiz do trabalho Jorge Antônio Ramos Vieira⁷ em palestra proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Magistrados, apontam que a imigração ilegal leva os indivíduos à exploração violenta de sua própria dignidade. Passam, então, a serem reféns de dívidas contraídas em consequência da necessidade de sobrevivência.

Estas violações de direitos costumam se perpetuar em razão do medo que têm os imigrantes em situação irregular de exporem as condições ilegais a que se submetem às autoridades e à comunidade, uma vez que correm o risco de serem deportados. A própria questão do medo de serem denunciados à Polícia Federal para deportação é aproveitada pelos patrões como fator de coerção psicológica para que os trabalhadores se mantenham nesta situação de violação dos seus direitos.

Ademais, aos imigrantes ilegais muitas vezes não são reconhecidos direitos, em razão da situação de clandestinidade em que permanecem, fator que dificulta o acesso à justiça, tornando inviável o reconhecimento do vínculo trabalhista e a obtenção de indenização pelas violações aos seus direitos.

1. DIREITOS DOS IMIGRANTES CONFORME A ACEPÇÃO CONSTITUCIONAL

A lei 6.815/80⁸ foi a primeira a regulamentar a situação jurídica do estrangeiro no Brasil. Saliencia-se que a Constituição de 1967, vigente à época da publicação da referida lei, já abraçava a contextualização do imigrante, concedendo-lhe direitos em solo brasileiro. Segundo o art. 8º, XVII, “p”, da mesma carta constitucional, a competência para legislar sobre emigração e imigração pertencia exclusivamente à União, por meio de lei complementar, o que deu origem ao Estatuto do Estrangeiro, recepcionado pela atual Constituição. Seguindo o art. 22, XV, desta, nota-se que a competência passou a ser privativa.

⁶ BBC. Estrangeiros resgatados de escravidão no Brasil são ‘ponta de iceberg’, 2013.

⁷ VIEIRA, J. A. R. **Trabalho Escravo**: Quem é o escravo, quem escraviza e o que liberta.

⁸ BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.

A República Federativa do Brasil, de acordo com a Constituição de 1988,⁹ dispõe como elementos principais, para o presente estudo, a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade como alguns dos segmentos que sustentam a questão migratória. Em razão do último princípio citado, convém dissociar as concepções de povo e população.

Povo, segundo Paulo Bonavides,¹⁰ deve ser estabelecido a partir de uma visão política, jurídica e sociológica. Em outras palavras, trata-se do conjunto de cidadãos de determinado Estado. População, para o mesmo autor, retrata todas as pessoas que estão no território de um Estado, sendo nacionais ou estrangeiros.

A citada cooperação entre os povos concerne, entretanto, ao respeito que o Estado brasileiro deve ter perante os cidadãos de outros Estados no que diz à proteção dos direitos humanos, e não tão somente à defesa dos indivíduos integrantes do conceito de povo, fator que excluiria alguns componentes da população, como o imigrante ilegal.

Em contraponto, entre as categorias de imigrantes, cabe citar aqueles que passam pelo processo de naturalização, ou seja, que vêm a integrar o povo brasileiro, passando a receber o tratamento jurídico aplicado aos nacionais, em suas peculiaridades.¹¹

A Constituição de 1967 (a qual fazia referência à Constituição de 1891, frente ao caso específico) já possibilitava, por meio de seu art. 140, o enquadramento de brasileiros naturalizados como integrantes do povo brasileiro. Traçando comparação com a Constituição de 1988, destaca-se, de forma interessante, a evolução do viés político-constitucional, mantendo uma linha singular de enquadramento do imigrante naturalizado, uma vez que, sendo cidadão nacional, o indivíduo passa a contribuir com o crescimento da nação.

Existem, portanto, classificações diferenciadas de estrangeiros sobre as quais incidem diversos comportamentos da lei e da Constituição. Não se pode ignorar, porém, a incidência dos direitos fundamentais outorgados pelo art. 5º, da aludida carta, a brasileiros e a estrangeiros residentes, o que será explorado mais à frente.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁰ BONAVIDES, P. *Ciência Política*, 2011, pp. 72- 83.

¹¹ DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado (parte geral)*, 1997.

2. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A Constituição Federal segue a máxima de que a liberdade é um ideal social a ser alcançado, uma abstração. Para cada caminho livre, porém, há outro bloqueado por condicionamentos. Assim, analisa-se que a liberdade é uma ideia ainda distante da sociedade em si, uma vez que esta permanece cercada pelas restrições de regramentos legais e sociais.

Seguindo esse limiar, em uma primeira análise da Lei 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), evidencia-se que seu art. 1º confere que, estando em tempo de paz e resguardando os interesses nacionais, o país está de portas abertas para a entrada e saída de qualquer estrangeiro. Todavia, esse direito, é condicionado “à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, bem como à defesa do trabalhador nacional”.¹²

O art. 4º da Lei 6.815/80 apresenta um rol de espécies de vistos que podem ser vinculados à questão imigratória. Ao estrangeiro que pretenda ingressar em território brasileiro pode ser concedido visto, havendo os seguintes tipos: visto de trânsito, de turista, temporário, permanente, de cortesia, oficial e diplomático. Aquele que vem em busca de trabalho, no entanto, geralmente ingressa ilegalmente, sem ter obtido qualquer tipo de visto, quando, para ser considerado “estrangeiro residente no país”, com todas as prerrogativas e direitos apontados pelo art. 5º da Constituição Federal, seria necessário portar um visto permanente,¹³ caso adotada interpretação literal da lei.

Podendo ficar condicionado até o prazo de cinco anos, o visto permanente demonstra uma relação do imigrante para com o desenvolvimento econômico do país, pois ele passa a estabelecer residência em território brasileiro, ao mesmo tempo em que exerce funções laborativas. Assim, nas relações privadas, apenas aquele que tem o visto permanente nomeia-se imigrante.¹⁴ Para obter o visto permanente, o estrangeiro deve satisfazer, conforme o art. 17 da Lei nº 6.815/80, os requisitos referidos no art. 5º desta, bem como “as exigências de caráter especial previstas nas normas de seleção de imigrantes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Imigração”.

Em essência, os requisitos apresentados genericamente pelo supracitado art. 5º, encon-

¹² BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, art. 2º.

¹³ MAZZUOLI, V. de O. Curso de Direito Internacional Público, 2008, p. 651.

¹⁴ BATISTA, V. O.; PARREIRA, C. G. **Perspectivas jurídicas da política migratória no Brasil.**

tram-se elencados no decreto nº 87.715 de 10 de dezembro de 1981, do art. 26 ao 28. Visando maior aprofundamento relativo às formalidades, evidencia-se o disposto no art. 27 da referida provisão, o qual estabelece o porte dos seguintes documentos: a) passaporte ou documento equivalente a serem apresentados frente aos órgãos federais competentes; b) certificado internacional de imunização; c) atestado de antecedentes penais; d) prova de residência; e) certidão de nascimento ou casamento; f) em casos específicos, contrato de trabalho visado pela Secretaria de Imigração do Ministério do Trabalho.

A regulamentação, conforme o § 1º do preceito em análise, ainda dispõe que o visto permanente será obtido na jurisdição consular em que o interessado tenha mantido residência por, no mínimo, um ano antes do pedido, estando ressalvados os casos de força maior.

O art. 16 do Estatuto do Estrangeiro, em seu parágrafo único, elucida que a entrada de imigrantes em território nacional encontra-se vinculada a mão de obra especializada que seja produtiva ao país e ao desenvolvimento tecnológico deste. Tal dispositivo apresenta, portanto, caráter restritivo a imigrantes que procuram trabalho no Brasil.

Apesar disso, dados levantados pela Coordenação Geral de Imigração (CGIg),¹⁵ do Ministério do Trabalho e Emprego, demonstram que o número de imigrantes com menores níveis de escolaridade tem aumentado. Tal fato demonstra entrada elevada de pessoas com menores possibilidades de ingresso no mercado de trabalho formal.

Ingressando, por sua vez, no mercado de trabalho informal, torna-se menor a probabilidade de acesso pleno à justiça, tanto em razão da irregularidade própria que advém desta situação (a ausência de folhas de ponto ou de carteira assinada podem tornar mais difícil a percepção de direitos), como em razão das dificuldades inerentes à situação de imigrante irregular (a exemplo do receio de ser deportado), já exploradas em tópico anterior.

Nota-se, então, uma maior dificuldade do imigrante irregular em alcançar a garantia do acesso à justiça, tornando ainda mais precária sua situação, já agravada pelos empecilhos impostos à obtenção de visto permanente.

¹⁵ BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social – Coordenação Geral de Imigração (CGIg). Relatório Estatístico das Autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros, 2015.

2.1 O imigrante em situação irregular

O imigrante ilegal, portanto, é o não documentado, ou porque nunca obteve qualquer documento que legalizasse sua situação ao ingressar no país ou porque possui visto de determinado tipo que não é compatível à sua condição.

Assim, o imigrante que ingressa em território brasileiro com o intuito de neste trabalhar deve, em geral, obter um visto permanente, sem o qual não terá seus direitos plenamente reconhecidos.

Vindo a ser encontrado por autoridade pública, o imigrante ilegal ficará proibido de legalizar sua condição, conforme o art. 38¹⁶ do Estatuto do Estrangeiro, sendo passível de deportação caso não se retire voluntariamente do país,¹⁷ mediante o que dispõe o *caput* do art. 57¹⁸ da mesma lei.

Apesar disso, o imigrante em situação irregular pode obter o visto permanente por meios alternativos,¹⁹ como pela reunião familiar, disciplinada pela Resolução Normativa n° 108 de 2014 do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), sendo os meios mais comuns o casamento com nacional²⁰ ou o nascimento de filho que tenha direito à nacionalidade.²¹

¹⁶ Art. 38. É vedada a legalização da estada de clandestino e de irregular, e a transformação em permanente, dos vistos de trânsito, de turista, temporário (artigo 13, itens I a IV e VI) e de cortesia.

¹⁷ ARAÚJO, A. A. Os Trabalhadores Imigrantes no Brasil: A Condição de Ilegalidade como Fator de Superexploração, 2015, p. 40.

¹⁸ Art. 57. Nos casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro, se este não se retirar voluntariamente do território nacional no prazo fixado em Regulamento, será promovida sua deportação.

¹⁹ SALADINI, A. P. S. **Trabalho e Imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais**, 2011, p. 196-197.

²⁰ Conforme o *caput* do art. 1° da Resolução Normativa n° 108/2014 do CNIg: “O Ministério das Relações Exteriores poderá conceder visto temporário ou permanente, a título de reunião familiar, aos dependentes de cidadão brasileiro ou de estrangeiro temporário ou permanente no Brasil”. Em seguida, o inciso IV do art. 2° dispõe que, por dependentes legais, consideram-se, dentre outros, “cônjuge ou companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo, de cidadão brasileiro ou de estrangeiro temporário ou permanente no Brasil”.

²¹ Dispõe o art. 5° da Resolução Normativa n° 108/2014 do CNIg que “Poderá ser concedido visto permanente ou permanência definitiva ao estrangeiro que possua filho brasileiro que esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente”.

É possível ainda a regularização dos imigrantes ilegais por meio de anistia²², concedida pelo governo. A última ocorreu em 2 de julho de 2009, por meio da Lei nº 11.961, e beneficiou 45 mil estrangeiros em situação de ilegalidade, dentre os quais bolivianos, chineses, peruanos, paraguaios e coreanos. Neste caso, primeiramente, foi dada concessão provisória de dois anos, permitindo ao imigrante maior acesso aos direitos civis. Passado este tempo, a fase de regularização deu lugar à de permanência do imigrante no país.

A anistia, porém, configura instrumento político, não podendo o imigrante ilegal esperar por uma medida do governo para regularizar sua situação. Não estando legalizado, o imigrante geralmente ingressa em trabalho degradante, submetendo-se, muitas vezes, a carga horária excessiva e a baixa remuneração, tendo sua garantia de acesso à justiça prejudicado, uma vez que “a mesma estrutura administrativa e judiciária que pode resgatá-lo de sua condição de explorado pode remetê-lo de volta ao país de origem, onde já conhece a miséria, encerrando seu sonho de melhorar de vida”.²³

Diante deste cenário, torna-se necessário enfrentar a questão do imigrante ilegal não a partir da sua característica de estrangeiro, despido de cidadania, mas mediante sua condição de ser humano, revestido de direitos e garantias fundamentais como o próprio acesso à justiça, imprescindível para que possa pleitear, em âmbito judicial, a cessação da violação de seus direitos.

3. A LÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em razão das violações a direitos e garantias dos imigrantes, cumpre, neste momento, discorrer acerca dos direitos fundamentais e da lógica da aplicação destes com base no que diz a Constituição Federal.

Os direitos fundamentais, segundo George Marmelstein,²⁴ são normas jurídicas que mantêm estreito vínculo com a ideia de dignidade da pessoa humana, bem como de limitação

²² ALMEIDA, G. F.; SOUSA, M. T. C. **A proteção interna do imigrante ilegal: garantia e efetividade dos direitos humanos no Brasil.** 2014. Trabalho de conclusão de curso (graduação em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, p. 20-21.

²³ SALADINI, A. P. S. **Trabalho e Imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais.** 2011, p. 202.

²⁴ MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais,** 2009, p. 20.

do poder estatal, positivadas no âmbito constitucional do Estado Democrático de Direito, a ponto de fundamentar e legitimar todo o ordenamento jurídico.

Sendo assim, necessário se faz a análise da Constituição Federal em conformidade com o conceito exposto, primeiramente quanto às disposições do *caput* do art. 5º, que se encontra no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e que expressa o seguinte:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

Da leitura do artigo, nota-se, de antemão, que, vindo a ser aplicada interpretação literal do texto, somente seriam titulares de direitos fundamentais os brasileiros e os estrangeiros residentes no país, restando excluídos do âmbito da proteção judicial, mediante tal interpretação, os estrangeiros não residentes.

Se assim fosse, aqueles que não tivessem ânimo definitivo de permanecer no país, como os turistas ou os estrangeiros que não obtivessem visto permanente, não mereceriam proteção do Estado, ficando à margem do mundo jurídico. Tal entendimento muito contribuiria para a manutenção de imigrantes ilegais no país sob condições de trabalho escravo, fomentando a impunidade dos empregadores que os contratam e as violações dos direitos daqueles.

Necessário se torna, então, a leitura do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, que traz ao âmbito dos direitos fundamentais a ideia de abertura material da Constituição: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A leitura do texto do dispositivo, portanto, permite compreender que, além dos direitos fundamentais expressos no rol do mencionado artigo 5º, existem outros direitos que, pelo próprio conteúdo, também pertencem ao corpo fundamental da Constituição, ainda que não constem no catálogo. Sendo assim, visualizam-se duas categorias de direitos funda-

mentais:²⁵ “direitos formal e materialmente fundamentais”, compreendendo aqueles que estão expressos na Constituição formal, e “direitos apenas materialmente fundamentais”, não expressos no texto constitucional.

Torna-se necessário, portanto, observar a ideia de abertura constitucional, a qual se contrapõe ao rigorismo pouco dinâmico das constituições político-liberais do Estado Burguês de Direito, para aplicar as normas jurídicas em conformidade com o sistema constitucional.

As constituições do Estado Social Democrático representam documentos de transformação da realidade, buscando ampliar a pauta democrática do Estado pela maior abertura constitucional, constituindo um conjunto de “normas, princípios e programas, sujeitos a variadas possibilidades exegéticas e esquemas de aplicabilidade”.²⁶ Assim, a partir da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais, é possível concluir que podem existir outros direitos fundamentais explícitos e implícitos em todo o texto constitucional, bem como nos tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Abre-se, então, a possibilidade de serem incluídos aos direitos fundamentais do trabalhador, presentes no art. 7º da Constituição Federal, outros princípios como aqueles que constam nos títulos “Da Ordem Econômica” e “Da Ordem Social”.²⁷ Partindo desta compreensão, notório se faz a inclusão dos arts. 193 (do título VIII, Da Ordem Social)²⁸ e 170 (do título VII, Da Ordem Econômica e Financeira)²⁹ do texto constitucional ao conteúdo dos direitos fundamentais, valorizando o trabalho humano como fim para assegurar a existência digna, pautada nos ditames da justiça social e do bem-estar coletivo.

Neste sentido, o art. 5º da Constituição Federal deve ser aplicado mediante interpretação conforme a Constituição, uma vez que não pode ser ignorada a dignidade da pessoa humana, inerente a todo ser humano, sendo a valorização do trabalho condição para implementação de

²⁵ SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2011, p. 80.

²⁶ CASTRO, C. R. S. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário, 2010, p. 35-36.

²⁷ SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2011, p. 82.

²⁸ Art. 193 da Constituição Federal de 1988: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

²⁹ Art. 170 da Constituição Federal de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)”.

uma ordem social e econômica justas, cabendo, então, ao imigrante ilegal reivindicar direitos trabalhistas por meio das mesmas garantias constitucionais outorgadas aos nacionais.

A interpretação a ser feita em torno do dispositivo supracitado, portanto, no momento em que aponta serem os direitos fundamentais atribuídos a brasileiros e “estrangeiros residentes no país”, diz respeito tão somente à dimensão territorial à qual se aplica a tutela dos direitos fundamentais, certificando que a proteção destes direitos é inerente à ordem jurídica brasileira.³⁰

Importa ainda afirmar que os direitos fundamentais devem se pautar no princípio da universalidade, sendo cabível a qualquer pessoa, nacional ou estrangeiro residente ou não, todos os direitos diretamente fundados na dignidade humana. Sendo assim, eventual ilegalidade da permanência de estrangeiro no Brasil, ainda que possa gerar sanções, não importa no afastamento da titularidade dos direitos fundamentais pelo imigrante.³¹

Além disso, no que diz respeito à abertura material da constituição, José Afonso da Silva³² afirma que, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, os tratados dos quais o Brasil faz parte repercutem no âmbito interno do país, devendo, portanto, ser reconhecida a consideração de que à pessoa humana deve ser dispensado tratamento digno, uma vez que a República Federativa do Brasil é subscritora da Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em razão de todo o exposto, ficam assegurados aos imigrantes ilegais, como direitos fundamentais pautados na dignidade humana e no conceito de abertura material da constituição, direitos e garantias trabalhistas, sendo totalmente devido o efetivo acesso à justiça.

4. ACESSO À JUSTIÇA TRABALHISTA POR MEIO DE SINDICATOS

A garantia de acesso à justiça está prevista na Constituição Federal, no art. 5º, inc. XXXV,

³⁰ BASTOS, C. R. *apud* SALADINI, A. P. S. **Trabalho e Imigração**: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais, 2011, p. 14.

³¹ SARLET, I. W.; *op. cit.*, p. 213 *et seq.*

³² SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 2008, p. 193.

o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. É, portanto, uma garantia fundamental, inerente a todo ser humano que se submeta à ordem jurídica brasileira.

Ainda no que diz respeito à abertura material da Constituição, convém mencionar, neste momento, o texto do art. 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, tratado do qual o Brasil é signatário, gerando, portanto, o ingresso dos direitos e das garantias reconhecidas pelo documento internacional no ordenamento jurídico nacional, por força do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Dispõe o mencionado artigo que “todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

Fica evidente, portanto, que a garantia de acesso à justiça deve ser estendida não apenas aos nacionais, mas a todo ser humano, ainda que não esteja em território pátrio. Tal diz respeito ao preceito universalista³³ dos direitos fundamentais, não podendo os juízes e tribunais de Estado que tenha ratificado a Declaração Universal dos Direitos do Homem se negar a conceder prestação jurisdicional nos casos em que tenha havido violação de direitos fundamentais de um estrangeiro, ainda que este se encontre em situação de ilegalidade.

Importa, porém, dissociar a visão de acesso à justiça da mera possibilidade de acionar o Poder Judiciário, já que, muitas vezes, o simples “ingressar” não é bastante para obter uma justa prestação jurisdicional. O termo “acesso à justiça” deve ser entendido como acesso à ordem jurídica justa,³⁴ sendo indispensável que se observem as regras do devido processo legal, garantindo a participação dos litigantes de forma intensa na formação do convencimento do juiz.

Sendo assim, apesar da possibilidade de vir o trabalhador a ingressar com ação na Justiça Trabalhista por meio do *jus postulandi*, atuando pessoalmente, sem necessidade de advogado, não se pode negar a ele o direito relativo à assistência judiciária gratuita e à substituição processual por meio de sindicato, fator que melhor proveria o acesso à ordem jurídica justa, uma vez que a atuação em juízo se tornaria muito mais eficaz do que a atuação pessoal do trabalhador, o qual, geralmente, não detém conhecimento jurídico suficiente para conduzir o processo de maneira adequada.

³³ CASTRO, C. R. S. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 320.

³⁴ CINTRA, A. C. de A. *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39-40.

Passa-se, então, à análise da possibilidade de o imigrante ilegal ser representado por sindicato em juízo.

4.1. Substituição processual por sindicato e assistência judiciária gratuita

Nesse íterim, cabe ao presente tópico, buscar compreender como se dá a proteção aos imigrantes que trabalham ilegalmente no Brasil e como deve ser viabilizado a estes o acesso à justiça por meio dos sindicatos.

Vólia Bonfim Cassar³⁵ define o sindicato como uma pessoa jurídica de direito privado que atua em prol de dada categoria (trabalhadora ou econômica) no ensejo de uma base territorial específica, obedecendo ao princípio da Unicidade Sindical.

O Brasil adotou o princípio da Unicidade Sindical, tendo em vista a recusa à recepção da convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que se enquadra entre as convenções de óbice fundamental, segundo a organização internacional. A Unicidade Sindical compreende que em cada zona territorial apenas um sindicato poderá atuar, em outras palavras, não pode existir mais de um sindicato representante da mesma categoria em um mesmo espaço geográfico.³⁶

Os sindicatos atuam prioritariamente em defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria que representam, seja na via administrativa ou judicial. Além desta função, fala-se em celebração de acordos e convenções coletivas, recolhimento e administração de contribuições sindicais, e outras. Este tópico focará, todavia, na defesa dos interesses da categoria que representam, de maneira mais específica no que diz respeito à classe trabalhadora, tendo em vista a condição de empregado do imigrante ilegal.³⁷

Dispõe o art. 8º, III, da Constituição Federal que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e inte-

³⁵ CASSAR, V. B. Direito do Trabalho. 11. ed. [VitalSource Bookshelf Online]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6499-3/>>. Acesso em: 12 mar. 2016

³⁶ GARCIA, G. F. B. Manual de Direito do Trabalho.

³⁷ CASSAR, V. B. Direito do Trabalho.

resses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

Este dispositivo foi alvo de diversos entendimentos, principalmente no que diz respeito à possibilidade de atuação do sindicato como substituto processual, já que alguns defendiam que tal substituição estaria condicionada às hipóteses previstas em lei infraconstitucional, enquanto outros defendiam a inexistência de restrições para isso³⁸. Prevaleceu, por fim, o entendimento de que a substituição processual pelo sindicato deve se dar de forma ampla, ou seja, sem restrições.

Assim, o sindicato poderá agir como substituto processual, atuando em nome próprio na defesa de direitos individuais homogêneos alheios, quais sejam “aqueles que se originam da mesma situação fática ou jurídica, cujos titulares são determinados, o interesse seja divisível e as questões comuns predominem sobre as individuais”³⁹.

No caso dos imigrantes ilegais, para que se torne possível a defesa de seus direitos individuais homogêneos mediante substituição processual por sindicato, devem ser eles pertencentes à mesma categoria profissional, tendo a violação de seus direitos sido oriunda da mesma situação fática ou jurídica. Tal mecanismo permite a estes trabalhadores maior efetividade no acesso à justiça, uma vez que racionaliza a prestação jurisdicional,⁴⁰ evitando, caso houvesse multiplicidade de ações individuais, visando o resguardo de relações fático-jurídicas semelhantes, que fossem prolatadas decisões judiciais contraditórias. Aumentasse, dessa maneira, o poder negocial dos sindicatos, possibilitando melhor resguardo dos direitos defendidos e o acesso do imigrante à ordem jurídica por meio de defensor com conhecimento suficiente para demandar em juízo eficazmente.

É concedido ainda a qualquer empregado, incluindo o imigrante ilegal, o direito de ser representado em ação individual por sindicato, conforme dispõe o art. 791, §1º, da CLT, requerendo em juízo assistência judiciária gratuita. Será dispensado do pagamento das despesas processuais, segundo o art. 14, §1º, da Lei 5.584/70, aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando o mesmo benefício assegurado ao trabalhador que perceber maior salário, desde que prove que sua situação econômica não permite que demande sem prejuízo de seu sustento ou de sua família.

³⁸ LAURINO, S. F. de L. Questões atuais sobre a substituição processual, 2008, p. 4.

³⁹ SCHIAVI, M. **Manual de Direito Processual do Trabalho**, 2015, p. 340.

⁴⁰ LORA, I. M. B. Substituição processual pelo sindicato, 2007, p. 26.

4.2. Aplicação da lei trabalhista em território brasileiro

Os imigrantes estão, portanto, abraçados pela proteção sindical, por força de lei, e, conseqüentemente, devem ter, por meio desta, acesso à justiça trabalhista. Para dissipar eventuais dúvidas acerca da possibilidade de o imigrante ilegal acessar a justiça trabalhista, convém discorrer o que segue.

As constantes violações aos direitos fundamentais dos imigrantes ilegais atacam preceitos constitucionais e causa impactos socioculturais de difícil reparação, tornando necessário o efetivo acesso à justiça. Nesse limiar, deve-se partir para uma interpretação baseada primeiro na soberania estatal, para depois visualizar a principiologia das regras trabalhistas.

Tendo em vista que soberania é o poder exercido por um Estado dentro de seu território,⁴¹ conclui-se que a lei aplicada em prol dos imigrantes ilegais será a lei brasileira, tendo em vista o princípio da Territorialidade. Desta feita, pode-se falar na aplicação da principiologia trabalhista brasileira para os imigrantes ilegais.

Assim, cabe argumentar, com base no princípio da Primazia da Realidade, que, sendo cumpridos os requisitos da relação de emprego, garante-se ao imigrante as proteções outorgadas ao empregado brasileiro, o qual é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Fala-se, então, do princípio da Proteção para eleger as condições e normas mais favoráveis ao empregado, bem como do princípio da Irrenunciabilidade e da Prevalência das Normas Trabalhistas, tendo em vista exatamente o bem maior: a Dignidade da Pessoa Humana.⁴²

Por essa linha, compreende-se que, mesmo estando em situação de ilegalidade, por estar nos limites territoriais do Brasil e em decorrência da soberania, aplicam-se as normas de direito do trabalho nacional. Conseqüentemente, fica garantido a estes imigrantes o acesso à justiça em decorrência da representação sindical, prevista no art. 8º, III, da Constituição Federal e no art. 513 da CLT.

⁴¹ BONAVIDES, P. *Ciência Política*, 2011, p. 135 – 143.

⁴² DELGADO, M. G. *Curso de Direito do Trabalho*, 2005, p. 197-209.

Em notícia veiculada por meio do site do Tribunal Superior do Trabalho (TST),⁴³ a jurisprudência deste tem entendido que o direito aplicado aos nacionais, para esses casos, aplica-se aos imigrantes. O primeiro precedente é de 2006, que trata do caso de um paraguaio cujas verbas trabalhistas foram pleiteadas, apesar de ter trabalhado dezessete anos de forma irregular.

O TST tem julgado casos de exploração do trabalho de imigrantes ilegais em condições extremamente precárias (análogas à escravidão), por meio de ações civis públicas, interpostas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT).

Nesse sentido, um caso emblemático foi o de uma ação civil pública movida pelo MPT de São Paulo em face das Casas Pernambucanas, pela exploração do trabalho de estrangeiros – a maioria, bolivianos – em condições análogas à de escravidão, tendo em vista denúncias que foram apuradas por auditores do trabalho entre os anos de 2010 e 2011. De acordo com a Procuradoria do Trabalho de São Paulo, a jornada de trabalho superava de forma excessiva as oito horas previstas em lei⁴⁴ e eram pagos valores ínfimos por cada peça de roupa produzida pelos trabalhadores. Além disso, estes exerciam seu labor em ambientes que violavam sua dignidade como seres humanos. Assim, a 81ª Vara do Trabalho julgou a ação⁴⁵ de forma parcialmente procedente, condenando as Casas Pernambucanas ao pagamento de multa de dois milhões e quinhentos mil reais, resguardando direitos de trabalhadores futuros a violações como estas, de forma que vindo a empresa a cometer tais atos novamente será condenada em multas pagas ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), em razão de dano moral coletivo.

Outro caso julgado, este através do RO 00002858520145120052 SC 0000285-85.2014.5.12.0052, do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 12ª Região, reforça o argumento de que a soberania estatal possibilita a aplicação do princípio da Primazia da Realidade em relações que aconteçam em território nacional, como se observa na ementa:

TRABALHADOR ESTRANGEIRO SEM VISTO PARA TRABALHO EM SOLO BRASILEIRO. VÍNCULO DE EMPREGO.

⁴³ SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL - TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. O trabalhador estrangeiro no Brasil.

⁴⁴ BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas, 2013, *Caput*.

⁴⁵ SÃO PAULO. Processo 0000108-81.2012.5.02.0081. Reclamante: Ministério Público do Trabalho. Reclamada: Arthur Lundgren Tecidos S/A. Juiz do Trabalho: Marcelo Donizeti Barbosa. São Paulo, 5 de dezembro de 2014.

POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO E DE APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

O fato de o trabalhador estrangeiro não deter visto emitido pela Polícia Federal para permanência e trabalho em solo brasileiro, apenas como turista, e ainda vencido, não impede que se aplique a legislação trabalhista brasileira, tampouco o reconhecimento de vínculo de emprego, por aplicação do princípio do valor social do trabalho (CF, art. 170, caput), dos direitos fundamentais à igualdade e à dignidade humana (CF, art. 5º, caput) e do disposto no Decreto n. 6.964/2009 - Acordo Sobre Residência para Nacionais dos Estados-Partes do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL -, que garante aos cidadãos dos Estados do Bloco a igualdade na aplicação da legislação trabalhista, independentemente da regularidade da situação migratória. (TRT-12 - RO: 00002858520145120052 SC 0000285-85.2014.5.12.0052, Relator: JOSE ERNESTO MANZI, SECRETARIA DA 3ª TURMA, Data de Publicação: 11/09/2015)

Além disso, aplicou-se o princípio do Valor Social do Trabalho, presente no art. 170 da Constituição Federal, ratificando o entendimento de que a interpretação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro vai além do artigo 5º da Constituição, a qual deve ser interpretada sistematicamente em razão da abertura material das normas de direitos fundamentais prevista no parágrafo 2º do art. 5º da Carta.

Um último caso a ser explorado mostra como a jurisprudência trabalhista tem se comportado frente à proteção dos direitos fundamentais dos imigrantes.

TRABALHADOR ESTRANGEIRO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROVANDO A REGULARIDADE DO INGRESSO E PERMANÊNCIA NO BRASIL. IGUALDADE ENTRE BRASILEIROS E ESTRANGEIROS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO E CONECTÁRIOS LEGAIS DEFERIDOS.

Primeiramente, impõe-se destacar o fato de que a Constituição Federal assegurou a igualdade entre brasileiros e estrangeiros, mormente no que tange à tutela dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, o caput do artigo 5º da Lei Maior foi redigido da seguinte forma: “5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”. Importante ob-

servar, ademais, que ao firmar contrato de emprego o trabalhador, em última análise, busca assegurar o próprio sustento por meio da percepção de parcelas cuja natureza é eminentemente alimentícia. Assim, não há como negar o fato de que o adimplemento de tais direitos visa proporcionar ao obreiro o acesso ao núcleo essencial de outros direitos fundamentais, como educação, vestuário, lazer, higiene, moradia, etc. Expostas tais premissas, emerge de forma clara a conclusão de que a manutenção da r. sentença é a única maneira de dar efetividade, no caso concreto, à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF). Não se pode perder de vista, demais disso, que a força de trabalho despendida pelo trabalhador gerou riqueza para o empregador, que deve suportar a contraprestação devida, sob pena de enriquecimento sem causa, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. Não bastasse o amparo constitucional e axiológico exposto acima, faz-se mister mencionar a existência de regra jurídica criada com o condão de regulamentar especificamente hipóteses como esta que se afigura *in casu*. (TRT-2 - RO: 00005534620135020055 SP 00005534620135020055 A28, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 24/09/2013, 4ª TURMA, Data de Publicação: 04/10/2013)

Ainda que estando no país de maneira irregular, não apresentando os documentos necessários para sua permanência legal, foram assegurados os direitos do imigrante. No caso, a interpretação do caput do art. 5º da Constituição Federal não entendeu o estrangeiro residente como aquele que detém visto permanente, tendo a aplicação hermenêutica da norma sido no sentido de que a ordem jurídica brasileira tem o dever de proteger tanto nacionais quanto estrangeiros que tenham sofrido violações de seus direitos em território brasileiro. Além disso, no julgado, a proteção dos direitos trabalhistas foi também pautada na dignidade da pessoa humana, a qual constitui fundamento da República Federativa do Brasil e valor maior a ser resguardado na lógica dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

A problemática do presente estudo resume-se ao questionamento que paira sobre o imigrante ilegal, no sentido de buscar analisar a incidência de direitos fundamentais e trabalhistas que o protejam em eventuais relações de trabalho, de modo a compreender seus meios de acesso à justiça e assimilar o comportamento da justiça trabalhista em casos que envolvam temáticas de tal complexidade.

Foram analisados: a Constituição em sua evolução histórica, o Estatuto do Estrangeiro, a força e eficácia dos direitos fundamentais, a situação do imigrante irregular, a substituição processual por parte dos sindicatos como forma de garantir o acesso à justiça, a sistemática da aplicação da norma brasileira e, por fim, foi realizado um estudo de casos emblemáticos que confirmaram as elucidações apresentadas no estudo.

Conclui-se, portanto, que o imigrante ilegal, apesar da situação de irregularidade, goza de direitos – principalmente os de caráter fundamental – e que a principiologia trabalhista e constitucional o abrange de forma a protegê-lo em relações de trabalho que violem direitos garantidos pela Constituição de 1988 e pela Consolidação das Leis Trabalhistas.

Desta feita, o acesso à justiça desses trabalhadores deve ser contemplado pelo Estado e facilitado pelos Sindicatos, por meio da substituição processual que deve se dar de forma ampla.

REFERÊNCIAS

BBC. Estrangeiros resgatados de escravidão no Brasil são ‘ponta de iceberg’, 2013.

ALMEIDA, G. F.; SOUSA, M. T. C. **A proteção interna do imigrante ilegal:** garantia e efetividade dos direitos humanos no Brasil. 2014. Trabalho de conclusão de curso (graduação em Direito) – Universidade Federal do Maranhão.

ARAÚJO, A. A. Os Trabalhadores Imigrantes no Brasil: a Condição de Ilegalidade como Fator de Superexploração. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, n. 53, jan. 2015.

BONAVIDES, P. **Ciência Política**. Editora Malheiros. São Paulo: 2011.

BATISTA, V. O.; PARREIRA, C. G. Perspectivas jurídicas da política migratória no Brasil. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c559da2ba967eb82>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BRASIL. **Consolidação das Leis do trabalho**. Decreto-Lei nº5452, de 1º de maio de 1943. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CASSAR, V. B. Direito do Trabalho. 11. ed. [VitalSource Bookshelf Online]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6499-3/>>. Acesso em: 12 mar. 2016

CASTRO, C. R. S. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CINTRA, A. C. de A. *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed – São Paulo: LTr, 2005, p. 197-209.

GARCIA, G. F. B. Manual de Direito do Trabalho. 7. ed. [VitalSource Bookshelf Online]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6067-4/>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

HAYDU, M. **Refugiados angolanos em São Paulo: integração ou segregação?** 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

LAURINO, S. F. de L. Questões atuais sobre a substituição processual. **Revista TRT 9ª R.**, Curitiba, n. 60, jan./jun. 2008.

LORA, I. M. B. Substituição processual pelo sindicato. **Revista TRT 9ª R.**, Curitiba, n. 58, jan./jun. 2007.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZUOLI, V. de O. Curso de Direito Internacional Público. 3. ed. São Paulo: **Revista**

dos Tribunais, 2008.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL – Coordenação Geral de Imigração (CGIg). Relatório Estatístico das Autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros. 2015. Disponível em: <<http://acesso.mte.gov.br/data/files/8A7C816A4FF110CB0153321BB87F5A40/Relat%C3%B3rio%20CGIg.29.02.2016.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL – Coordenação Geral de Imigração (CGIg). Relatório Estatístico das Autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros. 2014. Disponível em: <<https://oestrangeirodotorg.files.wordpress.com/2015/03/relatc3b3rio-cgig-final-completo-ult-versc3a3o.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

RODRIGUES FILHO, L. F. *et al.* No Rastro dos Imigrantes: a Esperança de um Mundo Novo, o Brasil para os Haitianos. **Revista Eletrônica da FEATI**, Paraná, n. 11, jul. 2015.

ROSSI, C.; SAKAMOTO, L. Trabalho Escravo é uma realidade também na cidade de São Paulo. Repórter Brasil, 27 de abril de 2005. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2005/04/trabalho-escravo-e-uma-realidade-tambem-na-cidade-de-sao-paulo/>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

SALADINI, A. P. S. **Trabalho e Imigração**: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais. 2011. 285 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Paraná, 2011.

SÃO PAULO. Processo 0000108-81.2012.5.02.0081. Reclamante: Ministério Público do Trabalho. Reclamada: Arthur Lundgren Tecidos S/A. Juiz do Trabalho: Marcelo Donizeti Barbosa. São Paulo, 5 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2014/12/Senten%C3%A7a-ACP-Pernambucanas.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCHIAVI, M. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL - TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. O trabalhador estrangeiro no Brasil. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2254060>. Acesso em: 13 mar. 2016.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SOBRINHO, C. J. *et al.* Bolivianos e paraguaios: o trabalho escravo de imigrantes em campo grande e o posicionamento do Estado de Mato Grosso do Sul frente à rota do tráfico de pessoas. *ConteudoJuridico*, Brasilia-DF: 14 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53216&zseo=1>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

VIEIRA, J. A. R. Trabalho Escravo: Quem é o escravo, quem escraviza e o que liberta. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/novosdireitos/trabalho_escravo/vieira_trabalho_escravo.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2016

REABILITAÇÃO PROFISSIONAL E
DECRETO 3048/99: OBSTÁCULO
PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL AO TRABALHO DO
SEGURADO REABILITADO PELO INSS

Lidiane da Penha Segal

*PROFESSIONAL REHABILITATION AND
DECREE NUMBER 3048/99: AN OBSTACLE TO
THE EFFECTIVE IMPLEMENTATION OF THE
FUNDAMENTAL RIGHT TO WORK OF THE
INSURED REHABILITATED BY INSS*

REABILITAÇÃO PROFISSIONAL E DECRETO 3048/99: OBSTÁCULO PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DO SEGURADO REABILITADO PELO INSS

*PROFESSIONAL REHABILITATION AND DECREE NUMBER 3048/99: AN OBSTACLE TO
THE EFFECTIVE IMPLEMENTATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO WORK OF THE
INSURED REHABILITATED BY INSS*

Lidiane da Penha Segal

*Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória
Defensora Pública Federal*

RESUMO

O artigo examina o decreto brasileiro que desobriga o Estado de reinserir o trabalhador reabilitado pelo INSS no mercado de trabalho e considera encerrado o processo de reabilitação com a emissão do certificado de reabilitação profissional após a conclusão do curso de capacitação oferecido pela autarquia previdenciária. Analisa, a partir da hermenêutica filosófica, se ele limita a efetivação do direito fundamental ao trabalho dos segurados submetidos ao programa de reabilitação profissional do INSS e a interpretação a ser conferida ao dispositivo à luz do fundamento dignidade da pessoa humana, enquanto eixo capaz de unir o constitucionalismo brasileiro e o Direito Internacional de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Reabilitação profissional. Hermenêutica filosófica. Direito ao trabalho. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The article examines the Brazilian decree that exonerates the State from reinserting the worker rehabilitated by the INSS in the labor market and considers closed the rehabilitation process with the emission of the occupational rehabilitation certificate after completion of the qualification course offered by the social security autarchy. It analyzes from the philosophical hermeneutics, if it restricts the fundamental right to work of the insured submitted to the program of INSS professional rehabilitation and the interpretation to be bestowed to the device in the light of the foundation of human dignity, while shaft capable of uniting Brazilian constitutionalism and the law of International Human Rights.

Keywords: Professional rehabilitation. Philosophical hermeneutics. Right to work. Human being dignity.

Data de submissão: 23/10/2014

Data de aceitação: 07/10/2015

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DO CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL: A APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO. 2 A CONSTRUÇÃO NORMATIVA A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA: PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, CONVENÇÃO 159 DA OIT E DECRETO 3048/99. 3 A NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO À LUZ DO FUNDAMENTO DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

Na obra **Direitos e Garantias Constitucionais e Tratados Internacionais de Direitos Humanos**, Nelson Camatta Moreira propõe uma visão acerca da aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, como eixo capaz de unir o constitucionalismo brasileiro e o Direito Internacional de Direitos Humanos.

Evidenciando a ausência de uma hermenêutica jurídica adequada à realidade diferenciada da modernidade brasileira, associada a uma baixa compreensão dos direitos sociais no Brasil, o autor discorre sobre a necessidade de uma releitura acerca da interação entre a Constituição e o DIDH a partir de uma matriz teórica hermenêutica de cariz filosófica, na busca pela implementação de um modelo constitucional ético, garantidor dos direitos fundamentais.

O objetivo é vincular a previsão normativa de direitos fundamentais a medidas voltadas para o acesso amplo e igualitário aos mesmos, sob pena de se atingir, acaso os direitos permaneçam apenas no plano normativo, tão somente um mero simulacro de cidadania.

A cidadania, compreendida fundamentalmente como o processo de construção de um espaço público viabilize a vivência e realização de cada ser humano, em igualdade de condições, mas com respeito às diferenças próprias de cada um¹, está estreitamente relacionada à efetivação dos direitos necessários à promoção da dignidade das pessoas. Privar o indivíduo destes direitos implica em reduzi-lo de sujeito a objeto de decisões político-governamentais, haja vista que as privações terão o peso de impedir quaisquer ações ou resoluções voltadas para o seu bem-estar.

Justifica-se, assim, a leitura do ordenamento jurídico interno à luz do parâmetro interpretativo trazido pelo DIDH, que estabelece os direitos sociais, culturais e econômicos como inerentes à dignidade da pessoa humana e determinam aos Estados que a ele aderirem a criação de condições viabilizadoras de referidos direitos.

Dentro dessa perspectiva, a proposta deste trabalho é fazer uma análise acerca do que está estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro sobre a reabilitação profissional dos trabalhadores que, acometidos por um acidente ou enfermidade, enfrentam a impossibilidade de retornar às atividades exercidas antes do afastamento do trabalho, em virtude de uma limitação definitiva que implica em perda parcial da capacidade laboral.

¹ CORRÊA, D. **A construção da cidadania**: reflexões histórico-políticas. 2012, p. 221.

No plano normativo, há a previsão no art. 89 da Lei n.º 8.213/91 de que o escopo da reabilitação profissional é disponibilizar ao segurado “os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.”²

Referido objetivo se coaduna com o disposto na Constituição Federal e na Convenção n.º. 159 da OIT, ratificada pelo Brasil em 18.05.1990 e em vigor a partir de 18.05.1991, após aprovação por meio do Decreto Legislativo n.º. 51, de 25.8.89.³

Há, ainda, relação com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada no Brasil por meio do Decreto n.º. 6.949 de 25.08.2009, equivalente a emenda constitucional em virtude do que dispõe a novel redação do art. 5º, §3º da CF/88.

Ocorre que o Estado brasileiro, por meio do Decreto n.º. 3.048 de 06.05.1999, dispôs que não é obrigação da previdência social manter o segurado no mesmo emprego ou recolocá-lo em outro compatível com suas limitações físicas.⁴ O processo de reabilitação, assim, se esgota com a conclusão da capacitação profissional que é disponibilizada por meio de cursos de curta ou média duração.

O estabelecimento de referida restrição no plano normativo pode significar a ausência de efetiva reinserção do segurado no mercado, seja pela ineficiência dos cursos de reabilitação profissional, assim como pela existência de condições socioeconômicas desfavoráveis à efetivação do direito fundamental ao trabalho.

Nesse contexto, é necessário verificar as consequências advindas da restrição estabelecida pelo Estado brasileiro, por meio de decreto, no sentido de que a previdência social não é obrigada a manter o segurado no mesmo emprego ou recolocá-lo em outro compatível com suas limitações físicas.

Em seguida, analisa-se se referida restrição no tocante à atuação estatal implica em relativização do direito social fundamental ao trabalho, estabelecido tanto no plano internacional quando no âmbito interno como meio para o exercício da cidadania plena pelo indivíduo.

² BRASIL. Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991.

³ _____. Decreto n.º 129, de 22 de maio de 1991.

⁴ _____. Decreto n.º 3.048, de 06 de maio de 1999.

Desse modo, a partir do diálogo entre referida obra e as matrizes teóricas que sustentam a necessidade de uma nova interpretação acerca da aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos à luz do fundamento dignidade da pessoa humana, examina-se neste trabalho as diretrizes que a hermenêutica filosófica oferece para a interpretação do decreto brasileiro que desobriga o Estado de reinserir o trabalhador reabilitado pelo INSS no mercado de trabalho frente aos tratados internacionais que versam sobre o direito ao trabalho das pessoas com deficiência.

1. CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DO CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL: A APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO

O modelo liberal-individualista-normativista que ainda predomina na dogmática jurídica brasileira delineando o modo de produção do direito está em crise. A mentalidade legalista de interpretação do direito, que ignora a realidade socioeconômica e desconsidera as razões dos conflitos sociais, não tem se demonstrado adequada para lidar com uma realidade complexa e que impõe a presença de conflitos sociais que vão além de micro conflitos intersubjetivos.⁵

A interpretação dos textos legais como mero ato de subsunção dos fatos à lei não se adequa a uma realidade em constante mutação. É necessário ir além, com o reconhecimento de que direito e texto legislativo não são sinônimos, buscando-se uma interpretação que considere os valores e as diferenças sociais que circundam os conflitos.

Como destacam Fernando José Armando Ribeiro e Bárbara Gonçalves de Araújo Braga⁶, “investigar e refletir a aplicação do Direito no paradigma do Estado Democrático de Direito e no contexto da pluralidade exige o reconhecimento da inevitabilidade do trabalho de recriação crítica dos textos”.

Dentro dessa perspectiva, a hermenêutica filosófica trazida por Hans-Georg Gada-

⁵ MOREIRA, N. C. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. 2012, pp. 58-61.

⁶ RIBEIRO, F. J. A.; BRAGA, B. G. de A. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. 2008, p. 266.

mer⁷ oferece uma nova possibilidade de aplicação do direito na solução dos conflitos sociais. A partir das diretrizes traçadas por sua teoria, autores como Nelson Camatta Moreira⁸ encontram fundamento para romper, no âmbito da interpretação do direito, com a hermenêutica jurídica tradicional, presa a métodos interpretativos que impõe a neutralidade do intérprete no processo de desvelamento do sentido da lei e reduzem esse processo à mera identificação das regras contidas nos textos legais a partir das técnicas e métodos clássicos de interpretação.

A proposta é de uma visão da hermenêutica como:

um processo de interpretação somado à criação, no qual o intérprete aplicador é responsável também pela atualização permanente do Direito, visto em toda a sistematicidade e abrangência inerentes ao seu modo de ser no mundo⁹.

Para tanto, a figura do intérprete torna-se central dentro do processo hermenêutico. Ele assume um papel de sujeito ativo, que possui uma pré-compreensão do texto influenciada pela tradição na qual está inserido. Esta compreensão não se impõe no ato de interpretar o texto, mas a partir dela há uma confrontação crítica com as possibilidades razoáveis dentro de um contexto. Isto porque “a verdade de um texto não está na submissão incondicionada à opinião do autor nem apenas nos preconceitos do intérprete, mas na fusão do horizonte de ambos.”¹⁰

Segundo Gadamer,¹¹ a hermenêutica resultaria da fusão entre interpretar, compreender e aplicar. Ou seja, a *applicatio* não significaria um momento subsequente às fases de interpretação e compreensão, e sim comporia um processo hermenêutico unitário e não fragmentado. Afinal, “a aplicação é momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação.”

⁷ GADAMER, H. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2005.

⁸ MOREIRA, N. C. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. 2012.

⁹ RIBEIRO, F. J. A.; BRAGA, B. G. de A. *op. cit.*, p. 268.

¹⁰ RIBEIRO, F. J. A.; BRAGA, B. G. de A. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. 2008, p. 273.

¹¹ GADAMER, H. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2005, p. 407.

À luz de referidos apontamentos teóricos, Nelson Camatta Moreira¹² defende a necessidade de adoção de uma nova postura frente à Constituição Federal de 1988, a partir de uma hermenêutica jurídica voltada para a efetivação dos direitos fundamentais que são nela estabelecidos como fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentro da proposta de transformação da realidade social brasileira.

Nesse escopo, dá-se especial atenção aos tratados internacionais de direitos humanos, posicionando-se no sentido de que os mesmos compõem um sistema integrado de proteção dos direitos humanos juntamente com o direito constitucional interno, sem que haja uma relação de subordinação entre ambos. Assim, na esteira do que defende Flavia Piovesan:

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.¹³

O que o autor propõe, portanto, é uma revisão da dogmática jurídica referente à aplicação dos tratados internacionais, para redimensioná-la por meio de uma leitura hermenêutica filosófica voltada para a efetivação dos tratados em sintonia com os valores e princípios constitucionais, em uma relação dialógica e de interação.¹⁴

Com isso, deve se estar atento à proposta de abertura material trazida pelo texto constitucional de 1988, para que outros direitos e garantias fundamentais contidos em tratados internacionais de direitos humanos sejam reconhecidos com *status* constitucional no âmbito interno, ainda que recepcionados pelo Brasil antes da EC 45/2004, que trouxe como novidade a existência de um procedimento que os formaliza na categoria de emenda constitucional.

Para tanto, defende Nelson Camatta Moreira¹⁵ que a prevalência da pessoa humana (art. 4º, II, CF/88) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), enquanto princípio

¹² MOREIRA, N. C. *op. cit.*, p. 82.

¹³ PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2011, p. 110.

¹⁴ MOREIRA, N. C. *op. cit.*, p.139.

¹⁵ *Ibid.*, p. 103.

e fundamento do Estado Democrático de Direito, é que impõem um tratamento diferenciado com relação à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, “essa construção principiológica, associada à previsão normativa, constituem o arcabouço que deve ser devidamente compreendido pelo intérprete.”

Tendo como suporte referidas considerações teóricas, analisa-se especificamente neste trabalho a maneira com que os tratados internacionais de direitos humanos que versam sobre a reabilitação profissional e o direito ao trabalho das pessoas com deficiência influenciam na política de reabilitação profissional do Estado brasileiro. Com que *status* foram recepcionados e de que forma os mesmos determinam a postura do Brasil no tocante à reinserção dos segurados reabilitados no mercado de trabalho.

Esta análise se volta para o seguinte questionamento: à luz da hermenêutica filosófica, o decreto brasileiro que desobriga o Estado de reinserir o trabalhador reabilitado pelo INSS no mercado de trabalho limita a efetivação do direito fundamental ao trabalho destes segurados?

Para responder adequadamente a esta pergunta faz-se necessário, além da exposição destas premissas teóricas que fundamentam a discussão, discorrer sobre o que está previsto no plano normativo acerca da reabilitação profissional e dos efeitos que ela deve produzir na reinserção do trabalhador no mercado de trabalho, o que será feito a seguir.

2. A CONSTRUÇÃO NORMATIVA A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA: PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, CONVENÇÃO 159 DA OIT E DECRETO 3048/99

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é fruto de um processo cultural emancipador da internacionalização dos direitos humanos que teve como marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A possibilidade de se ter direitos assegurados, diferentemente do que se verificou no contexto histórico que precedeu o seu advento, implicou em um grande avanço para a proteção dos grupos sociais vulneráveis, tais como mulheres, crianças e pessoas com deficiência. Estes documentos oficiais consolidaram em seu interior princípios e valores que refletem os fundamentos

ético-filosóficos da dignidade da pessoa humana.¹⁶

Por meio do PIDESC, os Estados que a ele aderiram se comprometeram a adotar medidas no âmbito interno que visem assegurar o pleno exercício dos direitos nele estabelecidos.¹⁷ Contudo, antevedendo as limitações materiais e estruturais para sua efetivação, o próprio pacto enuncia a implementação progressiva destes direitos, o que traduz a existência de uma cláusula de reserva do possível.

Referida cláusula, entretanto, não afasta a obrigação de que os Estados se abstenham, em seus respectivos ordenamentos internos, de criar normas que contrariem ou dificultem a implementação progressiva de tais direitos. Afinal, se não se pode ir além por ausência de recursos que impeçam a adoção de medidas concretas para a efetivação destes direitos, não se pode retroceder no âmbito legislativo para afastar o Estado dos compromissos fixados perante a ordem internacional.

No tocante ao direito trabalho, estabelecido no art. 7º do PIDESC, bem como na CRF/88, sua importância é central para a afirmação da dignidade da pessoa humana, eis que o trabalho lhe confere meios para prover a própria subsistência, assim como para que haja a sua inclusão social. O trabalho, enquanto meio de aquisição de bens para o sujeito e de inter-relação com as demais pessoas, influencia em sua emancipação na busca do que acredita ser valioso para a sua vida e repercute no seu contexto social enquanto totalidade em constante movimento.

Jacques Christophe Dejours¹⁸, médico francês que desenvolve pesquisas nas áreas de psicodinâmica e psicopatologia do trabalho, elucida que a identidade do sujeito é essencialmente inacabada, ocupando o trabalho uma posição central na sua construção. Por não ser uma atividade individual, e sim sempre voltada para o outro – patrão, chefe, subordinados ou colegas – o trabalho, ao ser reconhecido, viabiliza não apenas a transformação do próprio sujeito, mas também a realização no campo social, motivo por que pode ser esse grande mediador da construção da identidade.

No que pertine à efetivação do direito ao trabalho das pessoas com deficiência, a Organi-

¹⁶ KROHLING, A. **Direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia**. 2009, pp. 53-57.

¹⁷ BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1902. ARTIGO 2º 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

¹⁸ DÉJOURS, C.; CARDOSO, M. R. *Ágora*. 2011, pp.89-94.

zação Internacional do Trabalho, criada em 1919 a partir do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, prevê em uma de suas Convenções (159) a necessidade dos Estados-parte assegurarem “a igualdade de oportunidade e tratamento a todas as categorias de pessoas deficientes no que se refere a emprego e integração na comunidade.”¹⁹

Assim, pronunciou-se no plano internacional a obrigação dos Estados de desenvolverem políticas públicas voltadas para a reabilitação profissional do trabalhador que, acometido por doença e enfermidade, passa a apresentar uma limitação física que implica em perda parcial da capacidade para o trabalho.

Conforme leciona Ricardo Tadeu Marques da Fonseca,²⁰ a reabilitação profissional é o processo de preparação para o retorno ao convívio social e profissional, e inclui educação, fisioterapia, treinamento profissional e técnico para utilização de órteses, próteses, linguagens especiais e outros para que seja ultrapassado o paradigma do assistencialismo, do isolamento caritativo.

A Convenção 159 da OIT foi ratificada pelo Brasil em 18.05.1990, estando em vigor desde 18.05.1991, após aprovação por meio do Decreto Legislativo nº. 51, de 25.8.89. Como se trata de regramento anterior à Emenda Constitucional 45/2004, foi recepcionado na forma dos §§1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, por sua vez, foi aprovada no Brasil por meio do Decreto nº. 6.949 de 25.08.2009. Em decorrência da novel redação do art. 5º, §3º da CF/88, e da observância ao procedimento estabelecido, foi recebida com *status* de emenda constitucional, inaugurando essa forma de recepção formal de tratados no Brasil.

Referida convenção tem como princípios gerais (art. 3º), dentre outros, o da não discriminação, plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade, igualdade de oportunidades e acessibilidade.²¹

Em um primeiro momento, pode-se pensar que o lapso temporal que separa a recepção da Convenção 159 da OIT e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência fez com que esses tratados tenham no plano jurídico nacional um *status* diferente um do outro, sendo que apenas o segundo poderia ser considerado norma constitucional.

¹⁹ BRASIL. Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991.

²⁰ FONSECA, R. T. M. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. 2008, p. 268.

²¹ BRASIL. Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991.

Contudo, Flávia Piovesan²² aponta o equívoco de tal entendimento, ao indicar que todos os tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos no Brasil são materialmente constitucionais em virtude do disposto no §2º do art.5º da CF/88, embora os que tenham sido recepcionados após a Emenda Constitucional 45/2004 também tragam consigo a característica de serem também formalmente constitucionais.

Ao expor referido posicionamento em sua obra, Nelson Camatta Moreira²³ acrescenta uma crítica ao entendimento do Supremo Tribunal Federal que tem se manifestado em sentido contrário à constitucionalidade dos tratados recepcionados anteriormente à EC 45/2004. Segundo ele:

(...) ao ocultar a peculiaridade da norma internacional de direito fundamental, tratando-a como uma norma internacional qualquer e, além disso, seguindo “cegamente” o formalismo procedimental do §3º, do art. 5º, entende-se que há uma objetificação no processo interpretativo do Direito por parte, principalmente, da Corte que deveria ser a guardiã dos direitos fundamentais.²⁴

Prossegue o autor esclarecendo, ainda, que:

(...) ao reproduzir um discurso positivista (leitura formalista da validade, inflexibilidade da soberania), que impede o reconhecimento de valores e princípios informadores da Constituição, como é o caso da não aplicação dos tratados de direitos internacionais de direitos humanos como normas constitucionais, o intérprete acaba objetificando o processo hermenêutico e podando as possibilidades de proteção dos direitos fundamentais. Nesse caso, a norma extraída do texto será sempre a mesma, objetificada, engessada, em pressupostos assentados em paradigmas políticos e jurídicos insuficientes e ultrapassados.²⁵

²² PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 2011, p.124.

²³ MOREIRA, N. C. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**, 2012.

²⁴ MOREIRA, N. C. *op. cit.*, p. 132.

²⁵ *Ibid.*, p. 151.

Comungando-se deste entendimento, a análise contida neste trabalho parte do pressuposto de que ambos os tratados têm sua constitucionalidade assegurada por meio da interpretação dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal. Portanto, qualquer lei ou decreto infraconstitucional referente à reabilitação que seja com eles incompatível devem ter sua inconstitucionalidade devidamente declarada.

A partir deste posicionamento é que se analisa o que está previsto no plano da legislação infraconstitucional, onde estão estabelecidas as seguintes diretrizes para a política pública de reabilitação profissional no Brasil:

Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.”²⁶

A redação do art. 89 da Lei nº. 8.213/91, assim, é bem próxima ao que prevê a Convenção 159 da OIT, que em seu artigo 1.2 impõe aos Estados a obrigação de: “considerar que a finalidade da reabilitação profissional é a de permitir que a pessoa deficiente obtenha e conserve um emprego e progrida no mesmo, e que se promova assim a integração ou a reintegração dessa pessoa na sociedade.”²⁷

Verifica-se, porém, que divergindo de tudo que está estabelecido no plano normativo, o art. 140, §1º, do Decreto Legislativo nº. 3.048 de 06.05.1999, apresentou a seguinte redação: “Não constitui obrigação da previdência social a manutenção do segurado no mesmo emprego ou a sua colocação em outro para o qual foi reabilitado, cessando o processo de reabilitação profissional com a emissão do certificado a que se refere o caput.”²⁸

Logo, o processo de reabilitação é tido como encerrado no instante da conclusão de cursos de capacitação profissional de curta ou média duração, com a consequente emissão de um certificado que autoriza o trabalhador a procurar uma nova vaga de emprego.

²⁶ BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

²⁷ _____. Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991.

²⁸ _____. Decreto Legislativo nº. 3.048, de 06 de maio de 1999.

Decorre desse processo, portanto, a ausência de qualquer obrigação por parte do Estado de viabilizar a recolocação efetiva desses profissionais no mercado. Nesse sentido, há apenas a iniciativa de se obrigar determinadas empresas a manter em seus quadros determinada quantidade de trabalhadores com deficiência ou reabilitados²⁹.

A determinação legal de necessária previsão de vagas para pessoas com deficiência em empresas com cem ou mais empregados significa uma importante política afirmativa trazida para o ordenamento jurídico pátrio. Todavia, se no plano fático o segurado egresso do programa de reabilitação profissional não logra êxito na sua recolocação no mercado, dentro ou não de uma das vagas que devem ser obrigatoriamente disponibilizadas por algumas empresas, o insucesso não é atribuído à eventual ineficiência do programa.

Tanto é assim que as pesquisas de empregabilidade, realizadas com os segurados que concluem o processo de reabilitação (art. 137, IV e art. 140 §3º, do Decreto nº. 3048/99) têm como objetivo apenas aferir a sua efetividade para fins estatísticos, e não para identificar eventuais falhas com o conseqüente retorno daquele determinado segurado ao programa com nova qualificação para outro tipo de atividade.

Dessa forma, se a previsão normativa tem relação com a ausência de efetividade do programa de reabilitação profissional brasileiro, pelo fato de implicar na desoneração do Estado em atuar na obtenção do efetivo retorno ao trabalho, é necessário ponderar se tal disposição normativa é compatível com os compromissos assumidos pelo Brasil tanto no âmbito interno quanto internacional de efetivação do direito fundamental ao trabalho dos profissionais reabilitados pelo INSS.

Importante mencionar que o programa de reabilitação profissional alcança um grande número de profissionais, o que significa dizer que a questão é relevante e precisa ser enfrentada. A título exemplificativo, de acordo com dados extraídos do Anuário Estatístico da Previdência Social disponível no site do Ministério da Previdência, no Brasil, que 52.107 segurados

²⁹ BRASIL. Lei 8.213/91, art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I- até 200 empregados...2%; II - de 201 a 500...3%; III - de 501 a 1.000....4%; IV - de 1.001 em diante.5%. § 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante. § 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

foram encaminhados ao setor de Setor de Reabilitação Profissional em 2011.³⁰

Esse número demonstra que há milhares de trabalhadores que são todos os anos submetidos à reabilitação profissional, e que são encaminhados ao mercado após a conclusão deste processo. Portanto, se o atual modelo de reabilitação profissional não viabiliza o efetivo retorno do segurado ao mercado de trabalho, o que está em jogo é o prejuízo para a própria inclusão social deste cidadão, que outrora foi afastado do labor por motivo alheio à sua vontade.

É preciso destacar, também, que a maioria dos beneficiários da previdência social possui baixa-renda. Dados extraídos do Boletim Estatístico da Previdência Social – BEPS, referente ao mês de junho de 2011, por exemplo, demonstram que o valor médio dos benefícios concedidos pelo INSS no mês de julho de 2011 foi R\$ 831,22 (oitocentos e trinta e um reais e vinte e dois centavos). Cerca de 91,26% dos beneficiários receberam valor igual ou inferior a 3 (três) salários-mínimos, sendo que R\$ 51,77% não ultrapassaram 1 (um) salário.³¹

Nesse viés, a vulnerabilidade econômica dos trabalhadores que eventualmente sejam acometidos por uma doença e enfermidade que implique em perda parcial da capacidade laborativa é evidente, eis que os rendimentos auferidos a título de benefício previdenciário são valores essenciais para a sua subsistência.

Assim, se o pagamento do benefício previdenciário de auxílio-doença é interrompido sem que o segurado tenha condições de exercer a nova profissão, após a conclusão do processo de reabilitação profissional, tal fato tem como consequência não apenas a exclusão do mercado de trabalho, mas também a própria exclusão social do indivíduo.

Questiona-se, assim, se tal previsão contida no Decreto nº. 3048/99 se coaduna com o que está estabelecido no plano internacional e legal, sobretudo porque, como ressaltam Maria Maeno e Rodolfo Andrade de Gouveia Vilela³², “trabalhadores com longo tempo de afastamento do trabalho têm tido cessações de benefícios, mesmo na vigência de incapacidade parcial, sem que seja promovido um processo de reabilitação profissional adequado.”

³⁰ BRASIL, Ministério da Previdência e Assistência Social. **Anuário Estatístico da Previdência Social**. Brasília, DF, 2011, p. 518. Disponível em: <http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/1_121023-162858-947.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2012.

³¹ _____. Ministério da Previdência e Assistência Social. **Boletim estatístico da Previdência Social**. Brasília, DF, 2011, pp.7-9. Disponível em: <http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_110825-143916-892.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2012.

³² MAENO, M.; VILELA, R. A. de G. Reabilitação profissional no Brasil: elementos para a construção de uma política pública. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, 2010, p. 96.

Portanto, mais do que um exame da hierarquia entre as normas, de modo a aferir se o decreto em questão está alinhado sob o ponto de vista normativo com as regras que lhe são superiores, a hermenêutica filosófica impõe uma análise mais profunda, onde se deve considerar, como já exposto alhures, os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

3. A NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO À LUZ DO FUNDAMENTO DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Uma interpretação simplesmente literal do artigo 140 do Decreto nº. 3048/99, no sentido de se desvincular o Estado do dever de reinserir o trabalhador no mercado de trabalho, como se tem revelado no cotidiano, não se coaduna com os valores e princípios constitucionais reconhecedores da dignidade da pessoa humana, e que estão estabelecidos tanto na Constituição Federal quanto nos tratados internacionais de direitos humanos referentes à reabilitação profissional.

Tal interpretação revela uma “baixa compreensão dos direitos fundamentais”, provocada pela presença de um senso comum teórico de juristas presos a dogmas objetificantes, que obstaculizam o entendimento de que os direitos fundamentais devem ser vivenciados pelo intérprete, de modo a estarem “na condição de ser daquele que os aplica.”³³

Nesse contexto, a hermenêutica gadameriana é apontada como possibilidade teórica que busca romper com essa postura, visto que está voltada para a concretização dos direitos fundamentais, a partir da consideração de que “a lei se faz em sua aplicação” de modo que a compreensão se dá juntamente com a aplicação no ato de interpretar.³⁴

³³ MOREIRA, N. C. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**, 2012, p. 171.

³⁴ *Ibid.*

Segundo destaca Nelson Camatta Moreira³⁵:

Acredita-se que a hermenêutica filosófica, com aportes teóricos, especialmente em Heidegger e Gadamer, pode contribuir sobremaneira para o reconhecimento ético do intérprete enquanto ser-no-mundo. Além disso, a partir das abordagens gadamerianas de **Verdade e Método**, que trazem à baila a importância de valores considerados centrais para a postura hermenêutica, como a experiência, a compreensão, a historicidade, a linguisticidade, crê-se também na possibilidade de se adequar a atuação do jurista e, em especial, a decisão do juiz, às peculiaridades sociais brasileiras, atendendo assim aos reclames valorativos do Texto Constitucional, dos quais se destaca neste livro a importância dos direitos fundamentais (grifo do autor).

Dentro dessa perspectiva, no que pertine ao acolhimento dos tratados internacionais de direitos humanos, a dignidade da pessoa humana é apontada como o eixo capaz de unir o constitucionalismo interno ao direito internacional, haja vista a abertura da Constituição para o reconhecimento de outros direitos fundamentais com base nesse fundamento.

Portanto, é ela e a conseqüente busca dos bens necessários para que o indivíduo alcance uma vida digna como pessoa que oferecem os subsídios para que se estabeleça a obrigação estatal de efetivação de direitos, sejam estes estabelecidos no plano interno ou internacional. Nesse sentido, como defende Nelson Camatta Moreira:

[...] ao afirmar, no Texto Constitucional, a dignidade humana, o constituinte buscou colocar o ser humano como um credor de “bens” necessários para que ele alcance uma vida digna como pessoa, isto é, como ser concreto, individual, racional e social. A busca desses “bens” estabelece deveres de justiça para o Estado, para a sociedade e para a própria pessoa.³⁶

No caso em análise, a importância do trabalho para a afirmação da dignidade da pessoa humana e a ineficácia do programa de reabilitação profissional que não assegura o efetivo

³⁵ *Ibid.*, p. 152.

³⁶ *Ibid.*, p. 175.

retorno do segurado reabilitado ao trabalho impõem uma nova postura diante do decreto que desonera o Estado do dever de reinserir o trabalhador no mercado, por meio da colocação do segurado em um novo emprego.

Essa nova conduta decorre da necessidade de se criar oportunidades para a efetivação dos direitos fundamentais que viabilizem a sobrevivência digna do indivíduo, o que neste caso somente ocorre com o efetivo exercício do labor por parte do segurado reabilitado. Cabe ao intérprete, enquanto cidadão que considera a realidade social que o circunda, “criar oportunidades para as realizações, antes obstruídas pelo apego exacerbado à legalidade.”³⁷

A construção normativa que reduz a reabilitação profissional à fase da disponibilização de cursos e emissão de certificados, desconsiderando-se a necessidade de efetiva recolocação do trabalhador em uma determinada vaga no mercado de trabalho, é incompatível com os tratados internacionais de direitos humanos que tratam do tema, especialmente Convenção 159 da OIT e Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Tal conclusão se dá não apenas por entender-se que o decreto extrapola os limites da própria Lei nº. 8.213/91, e vai além ao estabelecer uma desoneração do Estado em relação à reinserção do segurado no mercado de trabalho, como também porque se verifica que ele não está alinhado a uma interpretação que favoreça a efetivação de direitos humanos previstos tanto na Convenção 159 da OIT quanto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Deve-se ter em vista que a afirmação da dignidade não mais se restringe à liberdade e intangibilidade física e psíquica do indivíduo, abrangendo também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural, especialmente por meio do trabalho.³⁸

Portanto, à luz do fundamento dignidade da pessoa humana – que constitui o elo capaz de evidenciar a existência de um sistema integrado de proteção dos direitos humanos, composto pelo direito interno e o direito internacional dos direitos humanos - se há previsão nos tratados de que a reabilitação profissional deve viabilizar que o indivíduo tenha condições de obter e conservar um emprego, o Estado não deve estabelecer uma norma interna para se eximir de acompanhar e atuar na efetiva reinserção desses trabalhadores no mercado.

Considerando que não se pode, no âmbito legislativo infraconstitucional, obstaculizar a

³⁷ FONTANA, E. **Hermenêutica clássica versus hermenêutica filosófica**: considerações relevantes acerca do processo interpretativo.

³⁸ DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**, 2009.

implementação dos direitos fundamentais estabelecidos tanto no âmbito do DIDH quando na própria Constituição Federal, medidas legislativas que enfraquecem a efetivação de tais direitos vão de encontro aos compromissos assumidos no âmbito internacional.

Observa-se, pois, com o decreto em questão, um retrocesso na implementação do direito fundamental ao trabalho do segurado reabilitado pelo INSS, ou seja, mais do que não fazer por ausência de recursos o Estado declara, formalmente, que não possui obrigação neste particular.

Não se pode olvidar que a essencialidade da conduta laborativa como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, seja em sua própria individualidade, ou plano de sua inserção familiar e social é reconhecida pela Constituição. A Carta Magna destacou o trabalho como um dos pilares de estruturação da ordem econômica, social e, por consequência, cultural do país.³⁹

Na medida em que a Convenção 159 prevê expressamente “todo o País-Membro deverá considerar que a finalidade da reabilitação profissional é a de permitir que a pessoa deficiente obtenha e conserve um emprego e progrida no mesmo, e que se promova, assim a integração ou a reintegração dessa pessoa na sociedade,”⁴⁰ a parte final desse processo, que consiste no exercício efetivo do trabalho por parte do segurado, não pode ser responsabilidade apenas deste último, sem que o Estado o acompanhe até a efetiva recolocação no mercado.

Sendo assim, o processo de reabilitação profissional deve ser considerado concluído apenas quando há êxito na efetiva recolocação do segurado reabilitado em uma nova profissão, seja na mesma empresa ou em outro tipo de labor. O Estado deve adotar medidas efetivas no sentido de assegurar que isso ocorra, para que então o segurado volte a prover o próprio sustento por meio do trabalho, cessando-se o benefício de auxílio-doença que até então era recebido.

Para tanto, o diálogo com entidades responsáveis pela disponibilização de vagas de emprego como, por exemplo, o SINE, assim como com empresas que não preenchem suas vagas sob o argumento de ausência de qualificação dos pretendentes, consiste em um instrumento possível, adequado e não dispendioso para eliminar a lacuna existente entre os segurados reabilitados que não conseguem sua recolocação no mercado laboral e as empresas que não preenchem seus quadros por ausência de candidatos.

Certo é que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais e incorporados

³⁹ DELGADO, M. G. **Princípios do direito individual e coletivo do trabalho**. 2010, p. 31.

⁴⁰ BRASIL. Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991.

ao direito interno enfrentam grande dificuldade para sua efetivação sob a justificativa de um contexto econômico e político desfavorável que permeia, sobretudo, os países menos desenvolvidos. Contudo, há uma grande demanda no mercado por trabalhadores com deficiência em virtude da necessidade de cumprimento da lei de cotas, sendo apenas necessário o aperfeiçoamento do programa de reabilitação profissional para que haja uma ação integrada entre os setores público e privado (INSS, Ministério do Trabalho, SINE, empresas) para que a política pública de reabilitação profissional alcance o seu objetivo de viabilizar a obtenção e o progresso do trabalhador em um novo emprego.

Considera-se, pois, que os problemas enfrentados com a não efetivação de direitos fundamentais não podem implicar em resignação frente aos desafios existentes, eis que “[...] a despeito das contradições vivenciadas em nosso tempo, elegemos enquanto grupo social um direcionamento que deve ser seguido até que o modifiquemos organizadamente.”⁴¹

Dessa forma, no presente caso, se o que está sendo analisada é a existência ou não de uma política pública hábil para assegurar a vida digna aos trabalhadores reabilitados pelo INSS, o que se impõe é a discussão acerca da “capacidade para atingir as finalidades pra as quais foram gestadas e seus modos de concretização”⁴², ou seja, uma análise crítica acerca do que está posto e das dificuldades enfrentadas, bem como dos possíveis redirecionamentos das ações existentes para que se alcance a efetivação dos propósitos estabelecidos pela CRFB/88 e pelos tratados internacionais de direitos humanos.

Deve-se, assim, enfrentar a alegada dificuldade de execução de políticas públicas sob o fundamento de que há escassez de recursos⁴³, embora sejam grandes os desafios existentes diante do atual contexto de exclusão social que implica na “marginalização e discriminação maciça de consideráveis grupos do povo que, em sua vida diária, não conseguem nada mais do que se preocupar com a própria sobrevivência”⁴⁴. Afinal, é nesse ponto que se sobreleva a importância do Estado, cujo principal desafio é justamente:

o paradoxal diálogo com o então avassalador, e ora decadente, neoliberalismo. Nesse contexto é que se convoca novamente a discussão sobre

⁴¹ BUSSINGER, M. A. **Política pública e inclusão social: o papel do direito do trabalho**. 2013, p.32.

⁴² *Ibid.*, p. 34.

⁴³ *Ibid.*, p. 75-76.

⁴⁴ MÜLLER, F. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** 2002.

a possibilidade ainda de efetivação do texto constitucional.⁴⁵

Destarte, a interpretação literal do decreto que prevê a desobrigação do Estado de acompanhar esse último momento da reabilitação profissional, qual seja, o do efetivo labor do segurado em seu novo posto de trabalho, deve ser afastada, visto que implica em negar a própria força normativa dos tratados que preconizam o direito ao trabalho dos segurados com deficiência e reabilitados.

Sendo assim, se a omissão estatal na última fase do programa de reabilitação, de não acompanhamento do segurado em sua reinserção no mercado laboral, contribui para o não atingimento dos efeitos desejados e previstos para a reabilitação profissional no âmbito do DIDH, esta falha vai de encontro aos objetivos estabelecidos no novel paradigma estatal que privilegia a afirmação da dignidade humana, eis que o trabalho é condição fundamental para a obtenção desta dignidade.

Ademais, em matéria previdenciária, esse tipo de interpretação reflete na própria (in)efetividade do sistema previdenciário, “mina a sua razão de ser, coloca em risco a vida humana que se presume desprovida de recursos para sua subsistência.”⁴⁶

Obter e conservar um emprego significa exercer de fato a nova profissão, e não apenas possuir a qualificação técnica que o poder público julga adequada. A emissão do certificado de reabilitação profissional, por si só, não garante as condições efetivas para que o segurado volte a prover a própria subsistência por meio do trabalho.

Para tanto, na última fase da reabilitação o segurado necessita da reinserção efetiva em um novo posto de trabalho, com o devido acompanhamento pela equipe de reabilitação, para que esta afira a aptidão não apenas técnica, mas também para que verifique se houve sucesso na reinserção social do segurado no contexto em que vive, por meio do exercício do trabalho que garanta sua subsistência digna.

Não se pode olvidar que a inexistência de um programa de reabilitação profissional bem estruturado, com resultados eficazes relativamente ao retorno ao trabalho, sem redução do patamar remuneratório e com qualificação adequada ao histórico profissional, aumenta a resistência dos segurados em retornar ao trabalho por meio deste programa. Assim, quanto maiores as

⁴⁵ MOREIRA, N. C. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**, 2012, p. 184.

⁴⁶ SAVARIS, J. A. A aplicação judicial do direito da previdência social e a interpretação perversa do princípio constitucional da precedência do custeio: o argumento *alakazam*. 2011, p. 283.

possibilidades de demissão ou desemprego, a aposentadoria por invalidez se fortalece como o objetivo mais imediato do segurado, ainda que não seja inicialmente desejado por ele.⁴⁷

Portanto, defende-se que o Estado deve se pautar na busca pelo aperfeiçoamento do programa como uma forma de diminuição de resistência à sua submissão, devendo a reabilitação profissional se voltar não apenas para a capacitação, mas também para a obtenção, permanência e progresso do trabalhador no mesmo ou em outro emprego para a sua reintegração na sociedade.

Assim, se há obstáculos para a consecução desses objetivos impostos por regramentos infraconstitucionais ou por práticas administrativas que distorcem ou se distanciam do objetivo final de reinserção no mercado de trabalho, é chegada a hora de enfrentá-los.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi o de analisar, à luz da hermenêutica filosófica, o decreto brasileiro que desobriga o Estado de reinserir o trabalhador reabilitado pelo INSS no mercado de trabalho e sua compatibilidade com a obrigação assumida no plano internacional e interno de efetivação do direito fundamental ao trabalho.

Dentro da proposta teórica de Nelson Camatta Moreira, no sentido de uma necessária revisão da dogmática jurídica referente à aplicação dos tratados internacionais, para redimensiona-la por meio de uma leitura hermenêutica filosófica voltada para a efetivação dos tratados em sintonia com os valores e princípios constitucionais, procurou-se, a partir de um diálogo entre sua obra e as matrizes teóricas que a fundamentam, analisar o que está previsto no plano normativo acerca da reabilitação profissional e dos efeitos que ela deve produzir na reinserção do trabalhador no mercado de trabalho.

Dentro dessa perspectiva, a teoria hermenêutica trazida por Gadamer serviu de base para se evidenciar uma nova possibilidade de aplicação do direito na solução dos conflitos sociais, rompendo-se com a hermenêutica jurídica tradicional, presa a métodos interpretativos que impõe a neutralidade do intérprete no processo de desvelamento do sentido

⁴⁷ MAENO, M.; VILELA, R. A. de G. Reabilitação profissional no Brasil: elementos para a construção de uma política pública. 2010, p. 95.

da lei e reduzem esse processo à mera identificação das regras contidas nos textos legais a partir das técnicas e métodos clássicos de interpretação.

À luz de referidos apontamentos teóricos, verificou-se que a construção normativa que reduz a reabilitação profissional à fase da disponibilização de cursos e emissão de certificados, desconsiderando-se a necessidade de efetiva recolocação do trabalhador em uma determinada vaga no mercado de trabalho, não encontra correspondência nos tratados internacionais de direitos humanos que tratam do tema, especialmente Convenção 159 da OIT e Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Verificou-se, a partir do fundamento dignidade da pessoa humana - que constitui o elo capaz de evidenciar a existência de um sistema integrado de proteção dos direitos humanos, composto pelo direito interno e direito internacional dos direitos humanos – que se há previsão nos tratados de que a reabilitação profissional deve viabilizar que o indivíduo tenha condições de obter e conservar um emprego, o Estado não pode se eximir da obrigação de atuar na reinserção desses trabalhadores no mercado, haja vista o dever que se impõe de efetivação dos direitos humanos diretamente relacionados à dignidade do indivíduo.

Concluiu-se, portanto, que a interpretação literal do decreto que prevê a desobrigação do Estado de acompanhar esse último momento da reabilitação profissional, qual seja, o do efetivo labor do segurado em seu novo posto de trabalho, deve ser afastada, visto que implica em negar a própria força normativa dos tratados que preconizam o direito ao trabalho dos segurados com deficiência e reabilitados.

Assim, defende-se que a reabilitação profissional deve se voltar não apenas para a capacitação, mas também para a obtenção, permanência e progresso do trabalhador no mesmo ou em outro emprego para a sua reintegração na sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 01.02.2012.

_____. Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção nº 159,

da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0129.htm>. Acesso em: 01 nov. 2012.

_____. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1902. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Vade mecum acadêmico de direito**. 10 ed. São Paulo: Riedel, 2007.

_____. Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999. **Vade mecum acadêmico de direito**. 10 ed. São Paulo: Riedel, 2007.

_____. Decreto nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 01 nov. 2012.

_____. Ministério da Previdência e Assistência Social. **Anuário Estatístico da Previdência Social**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/1_121023-162858-947.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2012.

_____. Ministério da Previdência e Assistência Social. **Boletim estatístico da Previdência Social**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_110825-143916-892.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2012.

BUSSINGER, M. de A. **Política pública e inclusão social: o papel do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

CORRÊA, D. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas**. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2012.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009.

_____. **Princípios do direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2010.

DÉJOURS, C.; CARDOSO, M. R. Ágora. Rio de Janeiro [online], vol. 4, n.2, jul.dez.2011, pp.89-94. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1516-1498200100200007>. Acesso em: 02 dez. 2013.

FONTANA, E. **Hermenêutica clássica versus hermenêutica filosófica**: considerações relevantes acerca do processo interpretativo. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/salvador/eliane_fontana.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2013.

FONSECA, R. T. M. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. **Revista LTr**, vol. 72, n.03, São Paulo, mar.2008, p. 263-270.

GADAMER, H. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2005.

KROHLING, A. **Direitos humanos fundamentais**: diálogo intercultural e democracia. São Paulo: Paulus, 2009, p. 53-57.

MAENO, M.; VILELA, R. A. de G. Reabilitação profissional no Brasil: elementos para a construção de uma política pública. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, vol. 35, n. 121, São Paulo, 2010, p. 87-99.

MOREIRA, N. C. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MÜLLER, F. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? *In*: **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional**: desafios do Direito Constitucional Internacional. Coordenação de Flávia Piovesan. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, F. J. A.; BRAGA, B. G. de A. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**. vol. 45, n.177, Brasília, 2008, p. 265-283.

SAVARIS, J. A. A aplicação judicial do direito da previdência social e a interpretação

perversa do princípio constitucional da precedência do custeio: o argumento *alakazam*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 281-313, jul./dez. 2011.

BREVE ESTUDO SOBRE O
INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO

Fernando Meneguetti Chaparro

Andréia Stella Martinez

BRIEF STUDY ON THE
"DESAPOSENTAÇÃO" INSTITUTE

BREVE ESTUDO SOBRE O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO

BRIEF STUDY ON THE “DESAPOSENTAÇÃO” INSTITUTE

Fernando Meneguetti Chaparro

*Mestre em Direito pela Universidade Paranaense
Professor do Curso de Direito da Universidade Paranaense
Procurador Federal/AGU*

Andréia Stella Martinez

Estudante de Direito na Universidade Paranaense

RESUMO

O presente artigo buscou analisar os aspectos jurídicos do instituto da desaposentação e sua repercussão na sociedade. A desaposentação é definida como sendo o ato voluntário do segurado que visa obter a reversão da aposentadoria por ele já implementada, para a concessão de um novo benefício que lhe seja mais vantajoso, no mesmo ou em outro regime previdenciário. O tema, consideravelmente recente, ainda não foi pacificado pela jurisprudência, tampouco vastamente abordado pelos doutrinadores. A viabilidade ou não de se regulamentar este instituto do ramo previdenciário causa diversas discussões acerca do tema, que se mostra de grande complexidade. O principal objetivo do presente estudo é abordar as problemáticas que envolvem o tema, bem como a repercussão de sua possível regulamentação, abrangendo suas mais relevantes características, princípios norteadores, pontos positivos e negativos e posicionamentos diversos dos Tribunais.

Palavras-chave: Aposentadoria. Renúncia. Princípio da solidariedade. Equilíbrio atuarial. Insegurança jurídica.

ABSTRACT

This paper aims to examine the legal aspects of the “desaposentação” institute and its impact on society. The “desaposentação” is defined as the voluntary act of the insured who seeks reversal of the retirement they have implemented for the granting of a new benefit that is more advantageous in the same or in another pension scheme. The theme, pretty recent, has not yet been pacified by law, nor widely discussed by scholars. The feasibility to regulate this pension branch institute brings about several discussions on this topic, which shows its great complexity. The main objective of this study is to address the issues surrounding the topic, as well as the impact of their possible regulation covering their most relevant characteristics, guiding principles, strengths and weaknesses and positions of the various Courts.

Keywords: Retirement. Resignation. Solidarity principle. Actuarial balance. Legal uncertainty.

Data de submissão: 05/03/2015

Data de aceitação: 14/03/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 DA DESAPOSENTAÇÃO 1.1 Origem. 1.2 Conceito. 2 DO ATO JURÍDICO PERFEITO. 3 DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. 4 DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL. 5 DA DEVOLUÇÃO DOS VALORES HAVIDOS PELO SUGURADO DURANTE A MANUTENÇÃO DA APOSENTADORIA. 6 DA ESCOLHA DO SEGURADO NO MOMENTO DO REQUERIMENTO DA APOSENTADORIA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 7 DA INSEGURANÇA JURÍDICA. 8 DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

O Sistema de Seguridade Social está previsto pelo artigo 194 e seguintes da Constituição Federal, e prevê o direito: a) à assistência social; b) à saúde; e c) à previdência social. Referido sistema é mantido por medidas e iniciativas tanto do Poder Público quanto da sociedade, objetivando a garantia à proteção em casos de doença, invalidez, morte, idade avançada, desemprego involuntário, maternidade, carência financeira, de forma contributiva ou não contributiva. A Previdência Social, particularmente, possui caráter essencialmente contributivo. Neste ponto, Ibrahim¹ define que:

A Previdência Social, componente da seguridade, é seguro *sui generis*, na medida em que as pessoas contribuem obrigatoriamente na busca de uma garantia, uma proteção na eventualidade de um infortúnio, como doenças e incapacidades para o trabalho em geral. Distingue-se da assistência social em razão desta não ser contributiva e restrita aos necessitados (art. 201, CFRB/88).

Por meio desta contribuição, o Seguro Social ou Previdência Social atua através de prestações previdenciárias, que são traduzidas em benefícios de natureza pecuniária ou não, de natureza programada ou não programada, variantes de acordo com o evento gerador do direito do segurado.

A Previdência Social, conforme determina o artigo 195 da Constituição Federal, é financiada por contribuições vertidas por toda a sociedade através do regime de Repartição Simples, o que constitui o princípio mais relevante do Direito Previdenciário, o Princípio da Solidariedade. Referido regime impõe a toda a sociedade o encargo das contribuições que asseguram no presente o pagamento dos benefícios dos que no passado contribuíram e, conseqüentemente, no futuro, outros contribuintes estarão financiando os benefícios dos que hoje estão ativos.

Os valores dos benefícios concedidos são calculados de acordo com diversos fatores como o tempo de contribuição do segurado, valor das contribuições vertidas no passado pelo mesmo, sua idade, sua expectativa média de sobrevida, que, em conjunto, garantem o que é denominado de equilíbrio financeiro e atuarial. Através destas informações é que a Previdência Social formula seu plano orçamentário ou plano de custeio.

¹ IBRAHIM, F. Z. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**, 2011, p. 07.

A fim de se evitar o desequilíbrio deste sistema, as Leis 8.8870/94 e 9.129/95 extinguiram a figura do pecúlio previdenciário e do abono de permanência, revogando os artigos 81/85 da Lei 8.213/91. O pecúlio previdenciário era um benefício que garantia ao segurado que voltasse a exercer atividade laborativa vinculada ao RGPS, o recebimento dos valores correspondentes às contribuições vertidas após a concessão de sua aposentadoria. Já o abono de permanência consistia em um benefício para aqueles que, mesmo após completarem os requisitos necessários para a obtenção da aposentadoria, aguardavam para pleiteá-la e permaneciam trabalhando. Após a extinção dos referidos benefícios surgiram as primeiras discussões acerca do instituto da desaposentação.

A desaposentação nada mais é do que a pretensão do segurado que, após aposentar-se permaneceu contribuindo para o Regime Geral da Previdência Social, de renunciar a aposentadoria por ele já implementada, com o fim de obter nova aposentadoria que lhe seja mais vantajosa, aproveitando-se o tempo de serviço e as contribuições efetuadas neste período.

A legislação previdenciária ainda é omissa em relação ao assunto, manifestando-se atualmente pela impossibilidade da desaposentação, através do Decreto 3.048/99, artigo 181-B. O Decreto 6.208/07 alterou o artigo 181-B² do Regulamento supra mencionado, dando nova redação ao seu parágrafo único, prevendo a possibilidade de desistência do benefício, desde que o segurado requereria o arquivamento definitivo do pedido antes que tenha recebido o primeiro pagamento referente ao benefício ou ainda, antes que tenha efetuado o saque do respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Programa de Integração Social.

O presente estudo tratará de todos os aspectos jurídicos referentes à desaposentação, trazendo os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis à sua regulamentação, objetivando-se demonstrar as problemáticas que envolvem o tema, bem como o atual entendimento dos Tribunais Pátrios.

² Artigo 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.

1. DA DESAPOSENTAÇÃO

1.1 Origem

Como já dito, o instituto da desaposentação não possui previsão legal, tampouco é tema pacificado entre os doutrinadores e Tribunais, razão pela qual noticiar sua origem constitui tarefa árdua.

Para a maioria dos doutrinadores, apesar do tema ser discutido há pelo menos duas décadas, o estopim para sua disseminação foi a extinção do direito ao pecúlio:

Era chamado de pecúlio o montante em espécie devolvido ao aposentado que tenha contribuído ao RGPS, por força da obrigatoriedade de filiação pelo exercício de atividade remunerada, quando este se desligasse do trabalho³

A extinção levou os beneficiários em atividade a buscar uma outra alternativa de aproveitar o tempo de contribuição vertido após a implementação da aposentadoria, já que, atualmente, após aposentar-se o indivíduo passa a ser apenas contribuinte para o RGPS, e não mais segurado, não havendo qualquer possibilidade de resgate das contribuições efetuadas.

1.2 Conceito

Existem diversas maneiras de se conceituar a desaposentação, porém, de forma mais clara e direta possível, a desaposentação é definida como sendo o “ato de desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação

³ LADENTHIN, A. B. C.; MASOTTI, V. **Desaposentação: teoria e prática**, 2011, p. 76.

em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário”.⁴

No conceito de Ibrahim⁵:

[...] a desaposentação seria a reversão do ato que transmudou o segurado em inativo, encerrando, por consequência, a aposentadoria. [...]. A desaposentação, portanto, como conhecida no meio previdenciário, traduz-se na possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no Regime Geral de Previdência Social ou em Regime Próprio de Previdência Social, mediante utilização de seu tempo de contribuição. Ela é utilizada colimando a melhoria do *status* financeiro do aposentado.

O objetivo da desaposentação é o aproveitamento do tempo de contribuição exercido após a obtenção da aposentadoria, em razão da continuidade da atividade laborativa, para averbação na obtenção de um novo benefício que seja mais vantajoso ao indivíduo.

Diante da ausência de previsão legal deste “benefício”, surge uma pluralidade imensa de opiniões e questões controversas acerca do tema, defendido por alguns doutrinadores e repudiado por outros, atualmente aguardando o julgamento do Recurso Extraordinário nº 661.256 no qual o assunto foi considerado de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

As problemáticas principais sobre o instituto consistem na violação do ato jurídico perfeito, no desequilíbrio atuarial, na necessidade de valores recebidos durante a manutenção da aposentadoria, entre outros, que serão tratados a seguir. Sobre referidos aspectos, os mesmos também encontram divergentes posicionamentos, o que demonstra ainda mais que o tema é de grande complexidade e necessita, com urgência, passar pela análise do Poder Legislativo.

⁴ CASTRO e LAZZARI, 2008, pp. 534-535 *apud* LADENTHIN, A. B. C.; MASOTTI, V. **Desaposentação: teoria e prática**, 2011, p. 60.

⁵ IBRAHIM, F. Z. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**, 2011, p. 35.

2. DO ATO JURÍDICO PERFEITO

A concessão de um benefício previdenciário, no caso em exame, da aposentadoria, constitui um ato jurídico perfeito, vez que o INSS – Instituto Nacional da Seguridade Social, através de um ato administrativo, reconhece um direito com base nos requisitos e preceitos legais vigentes à época do requerimento, tornando o ato perfeito e acabado. O ato jurídico perfeito possui proteção, prevista pelo artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal da República de 1988,⁶ e trata-se de garantia constitucional da estabilidade das relações jurídicas.

Conforme afirma BEVILÁQUIA: O direito quer que o ato jurídico perfeito seja respeitado pelo legislador e pelo intérprete na aplicação da lei, precisamente porque o ato jurídico é gerador, modificador ou extintivo de direitos. Se a lei pudesse dar como inexistente ou inadequado o ato jurídico, já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, o direito adquirido dele oriundo desapareceria por falta de título ou fundamento.⁷

Ato jurídico perfeito é aquele que não depende de novas etapas ou manifestações dos sujeitos da relação para a sua validade. Isso implica o dever de respeitá-lo e a impossibilidade de sua modificação, exceto por acordo entre todos os sujeitos da relação jurídica (no caso do INSS, esta hipótese está descartada, pois não poderia ele dispor de um patrimônio que pertence à coletividade, sem a expressa determinação/autorização legal).

Os sujeitos da relação jurídica decorrente do ato não podem simplesmente exigir a sua alteração, principalmente quando a opção feita for onerosa para uma das partes (no caso, para o INSS). O desfazimento do ato jurídico perfeito só pode ocorrer na existência de vícios ou nulidades, o que não é o caso da desaposentação. Além disso, a quebra do ato não pode ocorrer de forma unilateral, pois estaria gerando um desequilíbrio nas relações jurídicas, o que é expressamente vetado pela Constituição Federal.

Muitos doutrinadores defendem que o ato jurídico perfeito não deve ser visto como ga-

⁶ Art. 5º, XXXVI da CF/88: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

⁷ DINIZ, 1998, p. 183 *apud* IBRAHIM, F. Z. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**, 2011, p. 48.

rantia do poder público, mas sim do cidadão. Nesse sentido discorre Martinez:⁸

No caso em tela, o ato jurídico perfeito é uma proteção do cidadão e não do órgão gestor. [...]. Compondo o patrimônio jurídico do indivíduo, uma segurança sua, o ato jurídico perfeito não poder ser argüido contra ele, petrificando condição gessadora de um direito maior, que é o de legitimamente melhorar de vida. Por ser produto dessa proteção constitucional, a Administração Pública não poderá *ex officio* desfazer a aposentação. Porém, o indivíduo que teve e tem o poder de requerer deve ter o direito de desfazer o pedido.

Outros estudiosos dizem ainda que a desaposentação não consiste no desfazimento do ato administrativo, por não estar eivado de invalidade, mas sim em mera substituição. “Trata-se, apenas, de substituição de um paradigma normativo por outro, igualmente válido e eficaz, apenas mais compatível com os preceitos constitucionais e legais superiores”.⁹

A proteção ao ato jurídico perfeito atualmente, no entendimento do INSS, é fator relevante que impede a concessão da desaposentação, somado a diversos outros fatores como, principalmente, a ausência de previsão legal do benefício, entre outros.

3. DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Como já mencionado anteriormente, um dos princípios norteadores do Direito Previdenciário é o Princípio da Solidariedade. Referido princípio possui previsão constitucional nos artigos 194 e 195. Cruz (2011) esclarece que:

⁸ MARTINEZ, W. N. **Desaposentação**, 2010, p. 121.

⁹ SERAU JUNIOR, M. A. **Desaposentação: novas perspectivas teóricas e práticas**, 2013, p. 87.

Na visão da seguridade social, o princípio da solidariedade (artigos 194 e 195 da CRFB) constitui um pacto entre gerações, segundo o qual as contribuições recolhidas destinam-se ao financiamento do sistema da seguridade social, e não para o financiamento exclusivo do benefício possivelmente gozado pelo sujeito passivo da exação tributária. Por conseguinte, o sistema previdenciário não possui natureza jurídico-contratual, espelhada em normas de direito privado, tampouco o valor pago pelo contribuinte – a despeito de ser, nessa análise, já aposentado – representa prestação sinalagmática de mão e contramão de curso forçado, mas tributo predestinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social, que é terreno de transcendentais interesses públicos ou coletivos.

A Previdência Social Brasileira é regida pelo sistema de repartição simples, no qual cada segurado contribui não apenas para financiar o seu próprio benefício (característica dos regimes de capitalização), mas sim para compor um fundo social responsável pelo custeio de todos os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Esse sistema de repartição simples, fundado na solidariedade social, justifica o recolhimento de contribuição social por parte dos aposentados.

O princípio da solidariedade é ínsito ao Estado Social. É por força dele que à toda sociedade atribui-se o encargo da contribuição no presente para garantir os benefícios daqueles que no passado fizeram a sua parte. Desta forma, no futuro, outros estarão fazendo o mesmo papel para garantir o seguro dos contribuintes que hoje estão na ativa. Não há se falar em seguridade social quando ausente o princípio da solidariedade. Todavia, para garantia do sistema, o valor que se recebe hoje está respaldado na contribuição do passado. É a disposição do equilíbrio atuarial previsto no caput do artigo 201 do texto constitucional, o qual será tratado adiante.

Daí surgem outras questões de suma importância em relação à desaposentação, como o desequilíbrio atuarial e a necessidade, ou não, de restituição dos valores recebidos durante a vigência da aposentadoria anterior, ante a ausência de fonte de custeio para a concessão desse novo benefício não previsto pelo INSS.

4. DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL

Conforme disciplina o artigo 195, § 5º da CF/88 não há como majorar nenhum benefício sem que haja a correspondente fonte de custeio. O artigo 201, *caput* da Constituição Federal dispõe ainda que a Previdência Social deve observar os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Como se pode verificar, a desaposentação pode gerar um déficit financeiro para a Previdência Social, além do desequilíbrio atuarial, uma vez que o segurado, após aposentar-se, passa a ser apenas contribuinte do RGPS, inexistindo a previsão da concessão de um novo benefício ao mesmo, quando da elaboração do plano de custeio.

A maioria doutrinária posiciona-se de forma contrária à tese de que a desaposentação causaria o desequilíbrio atuarial. Nas palavras de Ibrahim:¹⁰

Tanto no RGPS, e em especial no RPPS, o cálculo atuarial, apesar da previsão constitucional, ainda é obra de ficção, e somente bradada quando visa impedir alguma pretensão legítima dos participantes dos regimes previdenciários, mas não expressamente prevista. [...]. Defendo que o argumento atuarial seja sempre levado em consideração no debate previdenciário, mas dentro dos devidos termos. Não há contradição com o que expus supra, mas entendo que o preceito atuarial deva ser considerado *cum grano salis*. Ou seja, se o próprio Poder Legislativo, eventualmente, produz alterações das mais diversas no plano de benefícios da Previdência Social brasileira, sem uma exposição do custeio necessário, sem sequer uma breve fundamentação matemática na exposição de motivos, não há fundamento para que o mesmo também não seja temperado na interpretação de determinadas demandas, desde que compatíveis com o restante do ordenamento.

¹⁰ IBRAHIM, F. Z. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**, 2011, pp. 105-106.

Como se vê, o aspecto econômico tem grande influência na regulamentação do instituto posto em discussão. Na mesma linha de raciocínio, Ladenthin e Masotti¹¹ discorrem:

Entendemos que não há que se falar em desequilíbrio financeiro e atuarial com a desaposentação visando um melhor benefício. Muito pelo contrário! Os segurados realizaram suas contribuições e obtiveram a concessão da tão sonhada aposentadoria. Com a continuação da atividade laboral e, conseqüentemente, com pagamento compulsório das contribuições, eles verterem ao sistema valores que não estavam previstas. [...]. Ora, se o segurado se aposentou, continuou contribuindo, não tem direito a nenhum benefício, sua contribuição deixa de ter natureza de contribuição social e passa a ser tributo.

Muito embora estas sejam as opiniões majoritárias, há defensores da linha de entendimento de que a concessão da desaposentação cause, de fato, o desequilíbrio financeiro e atuarial. Nesse sentido explica Cruz¹²:

[...] nossa legislação e o sistema de cálculo das aposentadorias não previram a desaposentação, em virtude de que não serão levados em conta os valores recebidos pelo aposentado por meio do seu benefício originário. [...]. Nosso sistema previdenciário baseia-se na causalidade custeio/benefício, sendo certo que a previsibilidade e a sustentabilidade orçamentárias do binômio receita/despesa têm por regra fundamental o fato de que a utilização das contribuições e do tempo de serviço para fins de aposentadoria ocorrerá, como já ressaltado, uma única vez.

Neste diapasão surge a questão: caso a desaposentação seja regulamentada e sua concessão permitida, será necessário ou não que haja devolução dos valores recebidos durante a manutenção da aposentadoria anteriormente concedida? Referida questão também causa grande polêmica entre os estudiosos, e até entre os Tribunais, conforme será demonstrado.

¹¹ LADENTHIN, A. B. C.; MASOTTI, V. **Desaposentação: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 97-99.

¹² CRUZ, H. J. D. **A ilegitimidade constitucional da desaposentação**, 2011.

5. DA DEVOLUÇÃO DOS VALORES HAVIDOS PELO SEGURADO DURANTE A MANUTENÇÃO DA APOSENTADORIA

Considerando-se que a regulamentação da desaposentação e permissão da sua concessão sejam possíveis, há de se discutir sobre a necessidade ou não da devolução dos valores recebidos a título de primeira aposentadoria, já que, como dito, o sistema previdenciário atual conta com as contribuições vertidas pelo segurado já aposentado para custear benefícios ativos de outros segurados. A questão é de suma importância, pois influencia diretamente no custeio da Previdência Social, e pode gerar reflexos para toda a sociedade que contribui e é titular de benefícios previdenciários.

A restituição dos valores recebidos garante o equilíbrio financeiro e atuarial, preservando o sistema previdenciário no qual a aposentadoria foi concedida, retornando o segurado ao estado que se encontrava anteriormente, já que a desaposentação consiste em renúncia e não revisão. Nesse sentido, Martinez¹³ explica que:

Olvidando-se o regime financeiro de repartição simples, que permeia o RGPS e o RPPS, de regra, para que a desaposentação seja sustentável do ponto de vista técnico do seguro social e atenda aos seus objetivos é imprescindível o restabelecimento do *status quo ante*. [...]. Na desaposentação, conforme o caso, o órgão gestor teria de reaver parte dos valores pagos para estar econômica e financeiramente apto para aposentá-lo adiante ou poder emitir a CTC.

Em que pese existirem outros diversos fatores que impeçam a possibilidade de desaposentar-se, a devolução dos valores recebidos possibilitaria que o benefício da desaposentação fosse concedido sem causar prejuízo financeiro à fonte de custeio da Previdência Social. “A desaposentação implica necessariamente na devolução dos valores recebidos da Previdência Social, que retornam aos seus cofres. Ao contrário, tipifica o enriquecimento ilícito e prejuízo para o universo previdenciário [...]”¹⁴

¹³ MARTINEZ, W. N. **Desaposentação**, 2010, p. 59.

¹⁴NOVAES, 1998, p. 27 *apud* IBRAHIM, F. Z. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**, 2011, p. 65.

De outro vértice, muitos doutrinadores defendem a desnecessidade de devolução das quantias percebidas, em razão da continuidade das contribuições pelo aposentado, o que garantiria ao mesmo o direito de recebê-los, sem necessidade de qualquer restituição. Ibrahim¹⁵ expõe:

Ressalte-se, ainda, que as reservas acumuladas pelo segurado foram dimensionadas com o intuito de sustentá-las durante o restante de sua vida [...]. Em razão de tais premissas, além do evidente caráter alimentar do benefício previdenciário, não se deve falar em restituição de valores recebidos no caso de desaposentação, sendo tal desconto somente admissível em regimes de capitalização individual pura, o que inexistente no sistema previdenciário público brasileiro, seja no RGPS ou em regimes próprios de previdência.

Conforme entendem Ladenthin e Masotti¹⁶:

A devolução, portanto, dos valores recebidos pelo segurado enquanto aposentado não deve ocorrer, pois o benefício foi concedido legitimamente e a contribuição por ele realizada representou um '*excesso contributivo*'. A concessão ocorreu por um ato do ente administrativo, válido, sem vícios que permitissem anulá-lo.

Como se vê, mesmo considerando as duas correntes a respeito desta problemática, nota-se que o sistema previdenciário brasileiro atual não se mostra preparado para implantar esta nova modalidade de benefício pretendida, vez que a fonte de custeio da previdência está pautada no princípio da solidariedade, supramencionado, o qual não prevê formas de retorno do segurado já aposentado à condição de beneficiário, tampouco maneiras para que este recupere os valores contribuídos após a aposentação.

¹⁵ IBRAHIM, F. Z. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**, 2011, pp. 66-67.

¹⁶ LADENTHIN, A. B. C.; MASOTTI, V. **Desaposentação: teoria e prática**, 2011, p. 101.

6. DA ESCOLHA DO SEGURADO NO MOMENTO DO REQUERIMENTO DA APOSENTADORIA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Outro aspecto que envolve debates e merece atenção consubstancia-se no fato de que, ao aposentar-se, o segurado optou por receber um benefício de menor valor por mais tempo. É preciso que o segurado faça os seus cálculos, avalie sua expectativa de vida, sua necessidade imediata do benefício, etc., e assim, tome a sua decisão. Muitas vezes a soma dos valores recebidos a título de aposentadoria proporcional é superior à soma que seria percebida a título de aposentadoria integral até o fim da vida do segurado, pois o benefício proporcional é pago por mais tempo.

Ocorre que muitos segurados aguardam o preenchimento dos requisitos necessários à concessão da aposentadoria integral, para alcançarem benefício pleno com o valor que pretendiam receber. Ou seja, a permissão da desaposentação prejudica estes segurados, bem como afrontando o princípio da isonomia. Ladenthin e Masotti entendem que não há afronta ao princípio da isonomia, e que o segurado não pode ser prejudicado por este argumento. “Já se pacificou que o segurado pode renunciar à aposentadoria porque se trata de um direito personalíssimo, um ato de vontade própria do segurado. Não se pode permitir que este seja prejudicado em detrimento de outro que não exerceu o seu direito quando podia.”¹⁷

Também no entendimento de Ibrahim este argumento não obsta a concessão da desaposentação, mas sim torna ainda mais evidente a necessidade de regulamentação da matéria. “O argumento aqui apresentado implicaria negar prestações legítimas sob alegação de que nem todos vão ao Judiciário. Certamente insustentável.”¹⁸ Já Cruz,¹⁹ possui uma visão totalmente distinta sobre este aspecto:

Logo, ao contrário do que poderia se pensar, o aproveitamento das contribuições recolhidas por aposentados para aumentar, futuramente, o valor da sua aposentadoria, colide frontalmente com o preceito constitucional da isonomia, uma vez o fator tempo, em si, não poder ser elemento diferenciador de tratamento jurídico, tampouco um segurado pode, mediante astúcia, ter vantagem sobre o outro, apesar de possuírem situações jurídicas idênticas.

¹⁷ LADENTHIN, A. B. C.; MASOTTI, V. **Desaposentação: teoria e prática**, 2011, p. 160.

¹⁸ IBRAHIM, F. Z. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**, 2011, p. 115.

¹⁹ CRUZ, H. J. D. **A ilegitimidade constitucional da desaposentação**, 2011.

Este debate cria uma ponte para que um outro aspecto seja abordado, já que muito frequente nas doutrinas que tratam da desaposentação, a questão da disponibilidade e da irrenunciabilidade do direito à aposentadoria.

7. DA INSEGURANÇA JURÍDICA

Como já restou suficientemente demonstrado, a desaposentação constitui tema de difícil interpretação, vez que não há respaldo legal para solução de todas as questões que envolvem sua regulamentação. Maciel²⁰ discorre acerca da insegurança jurídica que a concessão da desaposentação pode vir a causar, ante a ausência de regulamentação expressa, o que poderia possibilitar o pleito de desaposentação pelo segurado, repetidas vezes, de forma descontrolada:

Outro aspecto que merece melhor debate é a insegurança jurídica que a desaposentação pode gerar no sistema previdenciário brasileiro. Isso porque, ao se retirar o caráter da definitividade da prestação previdenciária, cria-se a possibilidade de o aposentado requerer a sua desaposentação infinitamente, toda vez que contribuísse após a jubilação. Vale ressaltar também que o segurado que reúne os requisitos para a obtenção da aposentadoria por contribuição faz uma ‘opção financeira’ de sua inteira responsabilidade: requerer a aposentadoria ou continuar contribuindo para o sistema podendo obter um valor mais elevado de benefício.

Sobre o assunto, Ibrahim defende que “[...] a solução não apresenta grandes obstáculos, pois o Judiciário, diante desta questão, poderia, perfeitamente, estabelecer, dentro de um crivo de razoabilidade, uma periodicidade mínima para novos pedidos [...]”.²¹

A insegurança jurídica representa, de fato, um risco quando se fala da desaposentação. Isto porque, pela ausência de previsão legal, ainda que o Supremo Tribunal Federal decida favoravelmente à sua concessão, existem inúmeros aspectos que somente o Poder Legislativo poderia esclarecer com a redação de lei específica que trate do novo benefício.

²⁰ MACIEL, F. **Desaposentação e solidariedade**, 2013.

²¹ IBRAHIM, F. Z. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**, 2011, pp. 107-108.

A principal questão envolve a ausência de lapso prescricional e decadencial para o pleito da desaposentação, o que permitiria que o segurado em atividade, a cada ano, ou a cada mês – o que pareceria absurdo – formulasse pedido para que fosse aproveitado o novo tempo contributivo.

A necessidade de análise legislativa sobre o tema se mostra emergente, já que, por mais que os Tribunais discorram sobre o tema em seus julgados, muitas lacunas podem restar em aberto, gerando cada vez mais instabilidade em relação ao benefício.

8. DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

O posicionamento dos Tribunais sobre a viabilidade da desaposentação ainda se mostra controverso. Os Tribunais Regionais dividem-se em opiniões favoráveis e desfavoráveis, não estabelecendo ainda uma linha plena de entendimento sobre o assunto.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou favoravelmente à concessão da desaposentação através do julgamento do Recurso Especial sob nº 692.628/DF, inclusive firmando o posicionamento de desnecessidade de restituição dos valores recebidos pelo segurado a título de primeira aposentadoria para concessão do novo benefício:

Previdenciário. Aposentadoria. Direito à renúncia. Expedição de certidão de tempo de serviço. Contagem recíproca. Devolução das parcelas recebidas. 1. A aposentadoria é direito patrimonial disponível, passível de renúncia, portanto. 2. A abdicação do benefício não atinge o tempo de contribuição. Estando cancelada a aposentadoria no regime geral, tem a pessoa o direito de ver computado, no serviço público, o respectivo tempo de contribuição na atividade privada. 3. No caso, não se cogita a cumulação de benefícios, mas o fim de uma aposentadoria e o conseqüente início de outra. 4. O ato de renunciar a aposentadoria tem efeito *ex nunc* e não gera o dever de devolver valores, pois, enquanto perdeu a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos. 5. Recurso especial improvido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 692.628/DF, Relator: Ministro Nilson Naves, 2013)

A expectativa, atualmente, gira em torno do julgamento do Recurso Extraordinário sob nº 661.256/SC, no qual restou configurado o requisito de repercussão geral. Sobre a decisão do Relator Ministro Ayres Britto, o Ministro Marco Aurélio pronunciou-se, fixando alguns pontos importantes ao deslinde da questão:

[...]. 2. A toda evidência, a controvérsia merece o crivo do Supremo, parapacificar-se a jurisprudência. Questão previdenciária tem base maior na Constituição Federal. Eis o que se faz em jogo: a) o segurado pode renunciar à aposentadoria? b) assim procedendo, fica compelido a devolver os valores recebidos? c) ante o retorno à atividade, mostra-se possível recalcular a parcela de aposentadoria? d) é constitucional o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 no que, voltando o segurado à atividade, contribui normalmente e apenas tem jus ao salário-família e à reabilitação profissional? O último tema está submetido ao Plenário por meio do Recurso Extraordinário nº 381.367/RS, do qual sou relator, cujo julgamento foi iniciado, havendo pedido vista, em setembro último, o Ministro Dias Toffoli. Nele, manifestei-me no sentido de existir o direito ao recálculo da aposentadoria. 3. Pronuncio-me, tal como fez o relator – Ministro Ayres Britto –, pela existência de repercussão geral.²²

Como se vê, a questão se mostra de suma importância, pois, configurado o requisito de repercussão geral, o julgamento proferido pelo STF será vinculado a todas as demandas de desaposentação em curso no país. Referido Recurso Extraordinário ainda encontra-se em movimento, aguardando julgamento.

CONCLUSÃO

O instituto da desaposentação surgiu há mais de uma década como uma pretensão daqueles que optaram por dar continuidade à sua vida laborativa após a obtenção da aposentadoria. Com a extinção das figuras do pecúlio e do abono de permanência, buscou-se uma alternativa para o aproveitamento do tempo de contribuição vertido após a aposentação, com o principal intuito de obter um melhor *status* financeiro, majorando a renda mensal anteriormente concedida.

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 661.256/SC, 2013.

O tema, apesar de ter surgido há anos, ainda é pouco estudado e não possui posição jurisprudencial pacífica. Os estudiosos da desaposentação dividem-se em opiniões extremamente discordantes, assim como os Tribunais Regionais, criando-se correntes favoráveis e desfavoráveis à regulamentação do instituto, pautados em diferentes argumentos.

Conforme restou exposto, a possibilidade de renúncia da aposentadoria para a obtenção de um novo benefício, mais benéfico ao segurado, possui uma série de impedimentos, principalmente pela ausência de previsão legal da pretensão. Outras questões importantes representam barreira à regulamentação da desaposentação, as quais se baseiam, principalmente, no sistema de contribuição utilização pelo regime previdenciário público brasileiro.

A concessão da desaposentação exigiria repensar todo o sistema atualmente em funcionamento, já que altera completamente o contexto da solidariedade, princípio basilar do Direito Previdenciário. Projetos de lei sobre o assunto já têm sido discutidos, sem que haja, até o momento, um futuro previsível para o deslinde do tema.

O Recurso Extraordinário nº 661.256/SC em trâmite perante o STF pode abrir caminho para uma possível regulamentação deste instituto, mas, sem dúvida, não conseguirá pôr fim às discussões acerca do tema, uma vez que a autorização da renúncia à aposentadoria pode gerar inúmeros reflexos e exigir diversas regras para que surta os efeitos desejados.

Não obstante, é certo que a regulamentação é necessária por ser o único caminho para solucionar todas as questões pendentes relativas ao assunto. Por enquanto, o judiciário continua legislando, suprindo, na medida do possível, a lacuna aqui existente.

Referida análise do Poder Legislativo é de suma importância já que o Direito Previdenciário é de cunho essencialmente social e causa reflexos para toda a coletividade, que utiliza ou um dia irá utilizar dos benefícios que compõe a Seguridade Social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 abr. 2013.

_____. Decreto Federal nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em 12 abr. 2013.

_____. Lei Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em 12 abr. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 692.628/DF. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Ronaldo Gomes de Souza. Relator: Ministro Nilson Naves. Sexta Turma. Data do julgamento: 17/05/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=692628&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 12 nov. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 661.256/SC. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Valdemar Roncaglio. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento: 17/11/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ialistarJurisprudencia>>. Acesso em 12 nov. 2013.

CRUZ, H. J. D. **A ilegitimidade constitucional da desaposentação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3001, 19 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20029>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

IBRAHIM, F. Z. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

LADENTHIN, A. B. C.; MASOTTI, V. **Desaposentação: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2011.

MACIEL, F. **Desaposentação e solidariedade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3490, 20 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23500>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

MARTINEZ, W. N. **Desaposentação**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

SERAU JUNIOR, M. A. **Desaposentação: novas perspectivas teóricas e práticas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL
À PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA: A
IMPORTÂNCIA DO AUXÍLIO-RECLUSÃO
À LUZ DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO
RETROCESSO SOCIAL

Raquel Tavares Paula

*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO
SOCIAL SECURITY PROVISION: THE
AID-SECLUSION IN THE PERSPECTIVE
OF THE PRINCIPLE OF SEALING TO
THE SOCIAL REGRESSION*

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA: A IMPORTÂNCIA DO AUXÍLIO-RECLUSÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO SOCIAL SECURITY PROVISION: THE AID-SECLUSION IN THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLE OF SEALING TO THE SOCIAL REGRESSION

Raquel Tavares Paula

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio grande do Norte

Advogada.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar, sob uma perspectiva de defesa dos direitos sociais, a indispensabilidade da prestação previdenciária do auxílio-reclusão, tendo por fundamento maior o princípio da vedação ao retrocesso social. Para tanto, expõe o benefício a partir do seu conceito e da sua previsão legal, atribuindo-lhe natureza jurídica de prestação social de cunho fundamental decorrente do direito à previdência social. Assim, o trabalho faz referência tanto ao titular do direito, que é o segurado instituidor do benefício, no caso, o indivíduo aprisionado, como também aos destinatários do benefício, que são os dependentes do preso, levando em consideração sempre os direitos que lhes são garantidos internacional e constitucionalmente. Com isso, o presente estudo conclui pela necessidade de ser mantida a garantia constitucional de concessão do benefício previdenciário do auxílio-reclusão, como uma forma de se assegurar os direitos fundamentais daqueles envolvidos no caótico contexto carcerário do Brasil.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Jusfundamentalidade. Prestação previdenciária. Auxílio-reclusão. Princípio da vedação ao retrocesso social.

ABSTRACT

This study aims to analyze, from a perspective of defense of social rights, the indispensability of pension provision of aid-seclusion, with the most based on the principle of sealing to the social regression. Therefore, exposes the benefit from its concept and its legal provision, giving it legal nature of social provision of fundamental nature arising from the right to social security. Thereby, the work refers to the right holder, who is the founder of insured benefit, namely the trapped individual, as well as the recipients of the benefit, which are dependent of the prisoner, always taking into account the rights which they are guaranteed international and constitutionally. Therefore, this study concludes that need to be maintained the constitutional guarantee of granting social security benefits of aid-seclusion, as a way of ensuring the fundamental rights of those involved in the chaotic prison context of Brazil.

Keywords: Social Rights. *Jusfundamentalidade*. Pension provision. Aid-seclusion. Principle prohibition to social regression.

Data de submissão: 20/03/2016

Data de aceitação: 27/06/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 O AUXÍLIO-RECLUSÃO E A (JUS) FUNDAMENTALIDADE DA PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. 1.1 O preso como sujeito de direitos fundamentais. 1.2 A manutenção do auxílio-reclusão e o princípio da vedação ao retrocesso social. CONCLUSÕES.

INTRODUÇÃO

Conjuntamente ao marco constitucional de 1988, adveio uma crise de efetividade das normas previstas na Constituição, principalmente no que diz respeito à garantia de direitos fundamentais pelo Estado. Isso porque o Poder Público não se mostra capaz de concretizar todas as aspirações do legislador constituinte, tornando significativa a distância entre os campos teórico e prático.

Dentre as diversas áreas em que é possível se observar um desequilíbrio entre as previsões constitucionais e o plano da realidade, tem-se na seara prisional um dos mais graves problemas, pois é na sujeição ao cárcere que os indivíduos se encontram em situação de maior vulnerabilidade. Isso porque os enclausurados já possuem parte de seus direitos legalmente suprimidos pelo Estado, o que torna mais tênue a separação entre estes direitos e aqueles que devem permanecer sendo respeitados inclusive durante o aprisionamento.

Tudo isso corrobora para que os estabelecimentos carcerários sejam ambientes propícios a violações de direitos tanto de natureza individual, como de cunho social, já que não há grande comoção por parte da população em favor dos presidiários, sendo estes culturalmente excluídos – senão rechaçados – por grande parte da sociedade.

As pessoas que são submetidas ao regime prisional no Brasil tendem a ser alvo de uma espécie de dupla punição: aquela por meio da qual o indivíduo é ceifado de sua liberdade para ser mantido sob a tutela do Estado - sofrendo diariamente com a realidade desumana dos presídios –, e uma outra forma de penalização de cunho mais social, associada a estereótipos preconceituosos e outras discriminações que chegam a dificultar – ou até impossibilitar – a reinserção do preso na sociedade, inclusive no mercado de trabalho.

Como se não bastasse, essa concepção é também estendida aos familiares do preso, que, muitas vezes, não estão envolvidos com a prática criminosa imputada ao seu parente, mas sofrem com a mesma reação social, além das dificuldades financeiras e afetivas enfrentadas pela ausência do membro familiar, que pode ser o único provedor familiar.

Em face aos diversos conflitos sociais que surgem no contexto da população carcerária, tão negligenciada pela sociedade brasileira, faz-se necessário refletir acerca do antagonismo existente entre a imagem da pessoa em cárcere e os direitos fundamentais que são devidos a toda e qualquer pessoa.

Nesse cenário, o presente trabalho se propõe a analisar juridicamente a importância do benefício previdenciário do auxílio-reclusão na realidade vivida pelos indivíduos presos, bem como pelos familiares destes, tendo por base o direito à previdência social e as suas implicações como direito fundamental constitucionalmente reconhecido. A apreciação se dará, especificamente, por meio do estudo do caráter jusfundamental do benefício à luz do princípio da vedação ao retrocesso social.

A importância deste estudo pode ser observada no fato de a defesa dos direitos dos encarcerados não ser algo bem aceito pela sociedade, já que estes pertencem a uma população marginalizada. Por conseguinte, não é dada a devida atenção ao tema, ignorando-se graves violações de direitos sociais garantidos, o que não se mostra admissível no momento histórico atual.

1 O AUXÍLIO-RECLUSÃO E A (JUS)FUNDAMENTALIDADE DA PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Os direitos sociais foram internacionalmente reconhecidos como direitos fundamentais pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, a qual anunciou para o mundo um rol de prestações basilares devidas ao indivíduo, dentre as quais está a segurança em face de diversos riscos sociais, o que representa um marco na história da previdência social.¹

Nesse contexto, o auxílio-reclusão surgiu como uma prestação estatal positiva resultante

¹Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari estabelecem o pós-Segunda Guerra como importante momento internacional em que se deu a universalização dos direitos sociais, inclusive o reconhecimento desses direitos como direitos fundamentais pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual, em seu art. 25, preceitua: “Todo homem tem o direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe a saúde, e o bem-estar próprio e da família, especialmente no tocante à alimentação, ao vestuário, à habitação, à assistência médica e aos serviços sociais necessários; tem direito à segurança no caso de desemprego, invalidez, viuvez, velhice ou em qualquer outro caso de perda dos meios de subsistência, por força de circunstâncias independentes de sua vontade.” CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B. **Manual de Direito Previdenciário**. 2014, p. 15-16.

do direito fundamental à previdência social,² possuindo natureza jurídica de benefício previdenciário instituído por lei. Em razão disso, recebe tratamento apropriado, estando previsto expressamente na Constituição Federal, como uma das finalidades da organização previdenciária (art. 201, IV, da Constituição de 1988).³

O benefício em questão é destinado aos dependentes daquele segurado da previdência social que se encontra recolhido à prisão e, por esse motivo, está impossibilitado de prover o sustento de sua família. A função precípua do auxílio-reclusão é amparar a família do segurado, a qual, por condições alheias à sua vontade, perdeu a sua fonte de subsistência.

A importância dessa prestação previdenciária está relacionada com o ideal solidário, o qual foi estabelecido pela Constituição, no seu art. 3º, e é guiado pela garantia da dignidade da pessoa humana a todos. Além disso, o auxílio-reclusão também representa a concretização dos próprios fins da previdência social, em um contexto de construção de um Estado Democrático de Direito.⁴

Ao mesmo tempo, o auxílio-reclusão representa uma contraprestação àquele que contribuía regularmente à previdência social e que se encontra incapaz de continuar trabalhando, como uma forma de ele usufruir da proteção previdenciária, ainda que indiretamente, por meio de seus familiares.

A concessão do benefício assegura a dignidade da pessoa humana aos dependentes do

²No âmbito do direito brasileiro, Fábio Zamitite Ibrahim é um dos defensores da jusfundamentalidade do direito social à previdência social. O autor embasa o seu posicionamento na constitucionalidade do tema: “A previdência social, no direito positivo brasileiro, é fixada como componente da seguridade social, haja vista a previsão do art. 194 da Constituição. Da mesma forma, é tradicionalmente apontada como direito humano de 2ª geração, configurando garantia positiva típica do Estado Social. Ainda, é direito social fixado no art. 6º da Constituição brasileira, geograficamente localizado no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. IBRAHIM, F. Z. **A Previdência Social como Direito Fundamental**. 2010, p. 1059.

³Art. 201, IV, da Constituição Federal: A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; **IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda**; V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no §2º (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) [...] **(grifo nosso)**.

⁴CHIES, L. A. B.; PASSOS, R. A. Auxílio-reclusão: a bizarra transmutação de um direito social e sua colonização perversa por um populismo punitivo, 2012, p. 275.

segurado recluso, de modo que eles serão amparados pelo Estado, sendo-lhes garantidas as prestações mais basilares, no que diz respeito ao mínimo existencial, enquanto perdurar a reclusão daquele que for responsável pelo sustento da família.

Quanto à garantia do mínimo existencial, entende-se que se refere a um mínimo de prestações positivas oferecidas pelo Estado a que todo indivíduo tem direito, com a finalidade de proporcionar o desenvolvimento humano com qualidade de vida. Esta, segundo Ricardo Lobo Torres, “deve ser mensurada pela garantia dos mínimos sociais e das prestações positivas de justiça distributiva ligadas à educação, saúde, moradia e demais direitos sociais.”⁵

Tendo em vista que o direito à previdência social é um dos direitos sociais, é certo afirmar que a previsão do auxílio-reclusão também representa uma forma de manutenção e efetividade do princípio da socialidade do preso,⁶ ainda que ele se encontre nas circunstâncias restritivas do encarceramento.⁷ Isso porque não existe qualquer previsão legal no sentido de privar o indivíduo que é submetido à tutela do Estado, em razão do cometimento de um crime, dos seus direitos fundamentais sociais, ou mesmo de quaisquer direitos fundamentais, com estrita exceção do direito à liberdade e daqueles a ele diretamente relacionados.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, tal princípio fundamenta o Estado Social e significa justamente uma postulação da garantia e do reconhecimento de direitos sociais,⁸ tendo por definição:

⁵TORRES, R. L. **O Direito ao Mínimo Existencial**, 2009. p. 20.

⁶De acordo com Canotilho, a expressão “princípio da socialidade” é uma fórmula linguística utilizada no Direito Alemão, porém não adotada pelo Direito Português, razão pela qual a referida norma também é denominada de princípio da democracia econômica, social e cultural, vocábulo utilizado pelo legislador constituinte português. (CANOTILHO, J. J.G. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 2012. p. 335).

⁷Canotilho relaciona o princípio da socialidade com o princípio da proibição do retrocesso, de modo que aquele seria indicativo deste. Para o renomado autor, a ideia de vedação ao retrocesso está expressa na seguinte premissa: “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial.” CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2012. p. 340.

⁸CANOTILHO, J. J.G. **O Direito Constitucional como ciência de direção** - O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”), 2010. p. 18.

(...) uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a óptica de uma justiça constitucional nas vestes de uma justiça social.⁹

Do mesmo modo que com os demais direitos prestacionais, a jusfundamentalidade da previdência social proporciona a efetiva implementação de uma vida ordenada, da democracia e da liberdade real,¹⁰ isto é, da liberdade jurídica associada a uma participação da sociedade nos bens materiais do Estado.¹¹

À primeira vista, pode parecer contraditória a aplicação desse termo àqueles que se encontram recolhidos à prisão. No entanto, o conceito de liberdade real invocado implica na possibilidade de cada cidadão, inclusive o recluso, exigir certa prestação positiva do Estado, com o fim de alcançar alguma melhora nas suas condições de vida.

E é essa a lógica que envolve o seguro social: a de que é direito do cidadão, nos momentos de maior adversidade da sua vida, exigir do Estado uma conduta positiva, como uma forma de retorno por todo o período em que contribuiu para a manutenção do sistema.

É possível, com isso, que seja concretizada a ideia de cidadania ativa, a qual inclui o controle das ações do Poder Público, além dos demais direitos fundamentais, dentre os requisitos essenciais para a expressão máxima da cidadania.¹² O papel do cidadão passa a ser também o de fiscalizar a atuação do Estado na prestação de serviços à população, devendo buscar a máxima efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Mas como definir quem seria esse “cidadão ativo” capaz de cobrar do Estado direitos basilares? No âmbito do direito à previdência social, o conceito de cidadania deve ser visto de uma forma mais inclusiva, abrangendo um maior número de pessoas, sem que se deixe influenciar por qualquer nuance discriminatório ao se negar a um grupo de indivíduos o título de cidadão. Assim, vislumbra-se a noção de cidadania com um viés mais solidário, inerente ao caráter dos direitos fundamentais sociais.¹³

⁹CANOTILHO, J. J.G. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 2012. p. 338.

¹⁰IBRAHIM, F. Z. *A Previdência Social como Direito Fundamental*, 2010. p. 1062.

¹¹QUEIROZ, C.M.M. **Direitos Fundamentais Sociais**, 2006. p. 33-34.

¹²QUEIROZ, C. M. M. *op. cit.*, 2006. p. 29.

¹³SARLET, I.W. **Os direitos sociais como direitos fundamentais**: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro, 2009. p. 252.

1.1 O preso como sujeito de direitos fundamentais

É indispensável que o direito à cidadania seja assegurado também aos indivíduos encarcerados, pois tal conceito vai muito além do pleno gozo de direitos políticos, compreendendo a própria capacidade do preso para ser sujeito de direitos sociais, como aqueles relacionados à seguridade social.

A importância de olhar para o preso como um cidadão está na intrínseca relação entre os direitos fundamentais de defesa e os direitos fundamentais sociais. Uma vez garantidos estes últimos, tem-se assegurado um mínimo de existência material, que envolve tanto prestações positivas como negativas por parte do Estado.¹⁴

Dessa forma, observa-se a conexão e, por vezes, até confusão entre os chamados direitos de primeira geração e direitos de segunda geração, para que ambos possam ser efetivados.¹⁵ Essa relação de complementariedade pode ser observada em relação a vários direitos fundamentais, como uma forma de fortalecê-los mutuamente, aproximando-os da possibilidade de serem materializados no plano da realidade.

Tanto o é que a própria legislação internacional de proteção dos direitos mínimos dos presos, cuja gênese está no reconhecimento dos direitos humanos no plano individual, não deixa de incorporar normas que também vislumbram garantir direitos sociais, diante da relação de complementariedade entre estes e os direitos de liberdade.

Nesse desiderato, as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU) por meio da Resolução 663 C I, de 31 de julho de 1957, aditada pela Resolução 2076, de 13 de maio de 1977, e rratificada por meio da Resolução 1984/47, do Conselho Econômico e Social da ONU em 25 de maio de 1984, estabeleceu, no seu Item 61, que devem ser criadas pelos Estados medidas que visem proteger os benefícios derivados dos direitos da previdência social e outros benefícios sociais

¹⁴QUEIROZ, C. M. M. **Direitos Fundamentais Sociais**, 2006. p. 39.

¹⁵IBRAHIM, F. Z. *A Previdência Social como Direito Fundamental*, 2010. p. 1060.

dos presos.¹⁶

Ademais, a mesma norma também menciona a necessidade de ser enfatizado o fato de que o preso continua a fazer parte da sociedade, e não fora excluído dela. Com isso, a clara intenção da comunidade internacional nesse caso foi a de frisar que o preso também é sujeito de direitos – inclusive sociais –, e que tal condição não lhe é retirada em razão do encarceramento.

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas também editou a Resolução 43/173, em 9 de dezembro de 1988, cujo Anexo aborda o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão. Em tal diploma internacional, fora ressaltado o propósito de assegurar os direitos humanos dos presos, sendo vedada qualquer restrição ou derrogação sob alegação de que o documento não os reconhece ou os reconhece em menor extensão.¹⁷

Como a referida Resolução não faz menção a que espécie de direitos humanos foi concedida a proteção, deve-se entender que a norma se estende a todas as dimensões de direitos humanos, seja no âmbito dos direitos de defesa, seja quanto aos direitos sociais.

Vale ressaltar a fundamentalidade das normas internacionais citadas, com base no art. 5º, §2º, da Constituição da República,¹⁸ haja vista serem dispositivos de cunho protetivo à dig-

¹⁶Item 61 das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, elaboradas pela Organização das Nações Unidas: No tratamento, não deverá ser enfatizada a exclusão dos presos da sociedade, mas, ao contrário, o fato de que continuam a fazer parte dela. Com esse objetivo deve-se recorrer, na medida do possível, à cooperação de organismos comunitários que ajudem o pessoal do estabelecimento prisional na sua tarefa de reabilitar socialmente os presos. Cada estabelecimento penitenciário deverá contar com a colaboração de assistentes sociais encarregados de manter e melhorar as relações dos presos com suas famílias e com os organismos sociais que possam lhes ser úteis. Também deverão ser feitas gestões visando proteger, desde que compatível com a lei e com a pena imposta, os direitos relativos aos interesses civis, os benefícios da previdência social e outros benefícios sociais dos presos.

¹⁷Princípio 3 do Anexo da Resolução 43/173, da Assembleia Geral da ONU: Não deve haver restrição ou derrogação de quaisquer direitos humanos dos indivíduos sob qualquer forma de detenção ou encarceramento reconhecido ou existente em qualquer Estado em consonância com as leis, cláusulas, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que este conjunto de princípios não reconhece tais direitos ou que ele os reconheça em menor extensão.

¹⁸Art. 5º da Constituição Federal de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...].

nidade da pessoa humana, princípio que, segundo Marcelo Rebello Pinheiro, “se apresenta como um importante parâmetro material de identificação dos direitos fundamentais”.¹⁹

Além disso, tanto as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, como a Resolução 43/173 de 1988 são documentos elaborados por um organismo internacional do qual o Estado Brasileiro é membro, o que enseja certo comprometimento em seguir o que neles está disposto.

Nesse sentido, não se poderia esperar outra conduta do legislador brasileiro senão a de adotar o modelo internacional, incorporando normas protetivas dos direitos fundamentais do preso ao ordenamento jurídico pátrio. Em decorrência disso, há previsão de obtenção dos benefícios da previdência social pelo preso – quando o encarcerado tiver direito - na Lei de Execução Penal brasileira (art. 23, VI, da Lei nº 7.210/84).²⁰

Há, também, a previsão normativa de serem mantidos os direitos políticos dos presos provisórios, isto é, daqueles encarcerados que ainda aguardam julgamento e, portanto, não foram condenados judicialmente (art. 63 da Resolução nº 14 de novembro de 1994 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) – Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil).²¹

Essa última inovação, além de ser uma forma de inclusão do preso na sociedade, também representa um viés coletivo do direito à cidadania, ao proporcionar a representatividade do grupo de pessoas que se encontram encarceradas, homenageando, assim, o princípio democrático. A partir disso, a população carcerária adquire maior visibilidade em face do Poder Público, podendo exigir que seus direitos sejam garantidos, em cumprimento aos dizeres constitucionais.

¹⁹PINHEIRO, M R. **A Eficácia e a Efetividade dos Direitos Sociais de Caráter Prestacional:** em busca da superação de obstáculos. 2008, p. 22.

²⁰Art. 23 da Lei nº 7.210/84: Incumbe ao serviço de assistência social: I - conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames; II - relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido; III - acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias; IV - promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação; V - promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade; VI - providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho; VII - orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima.

²¹Art. 63 das Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil: São assegurados os direitos políticos ao preso que não está sujeito aos efeitos da condenação criminal transitada em julgado.

1.2 A manutenção do auxílio-reclusão e o princípio da vedação ao retrocesso social

Diante da previsão normativa de âmbito internacional no sentido de garantir as prestações positivas do Estado ao indivíduo recolhido à prisão, reforçada pela legislação nacional – seja constitucional²² ou infraconstitucional –,²³ é evidente a ideia de progressividade a ser resguardada pela comunidade jurídica como um todo.²⁴

Desse modo, pode-se afirmar que as alterações normativas que restrinjam esse ideal garantista, suprimindo ou reduzindo prestações positivas do Estado traduzidas na forma do benefício previdenciário do auxílio-reclusão desrespeitam o princípio constitucional implícito da proibição ao retrocesso social, o que também é denominado de tese de “irreversibilidade” dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados.

A vedação ao retrocesso social tem por finalidade impedir a adoção de medidas que restrinjam, extingam ou violem direitos fundamentais. De acordo com Felipe Derbli, a proibição de limitar ou extinguir uma norma fundamental social consideravelmente concretizada é direcionada ao legislador, podendo este ter a sua conduta retrocedente sanada pelo Judiciário.²⁵

Em uma acepção de tal princípio totalmente voltada para os direitos fundamentais sociais, Cristina Queiroz ressalta, em sua obra sobre direitos fundamentais sociais:

Os direitos fundamentais sociais, quando com base neles se criam pretensões determinadas, quer através do legislador, quer de uma prática administrativa continuada, defendem constitucionalmente essas pretensões e protegem o cidadão contra a sua eliminação (embora não contra uma modificação ou uma redução ainda compatível com a incumbência da sua constituição social).²⁶

²²Cf. arts. 6º e 201 da Constituição Federal de 1988.

²³Cf. art. 80 da Lei nº 8.213/91.

²⁴ Ingo Wolfgang Sarlet defende a existência de um dever de progressividade na promoção dos direitos sociais, que resulta na elevação da proibição de retrocesso a princípio implícito do sistema constitucional e internacional de proteção de direitos humanos. SARLET, I W. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais, 2010. p. 78.

²⁵DERBLI, F. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**, 2007. p. 243.

²⁶Apud QUEIROZ, C. M. M. **Direitos Fundamentais Sociais**, 2006. p. 81.

É sabido que há uma diferenciação entre direito a prestações sociais e direitos sociais, propriamente ditos, não se podendo afirmar a existência de um direito ao auxílio-reclusão ou a qualquer outro benefício previdenciário, visto que estes não são considerados direitos sociais, mas sim meras prestações. O que existe, na verdade, é um direito à previdência social,²⁷ o qual pode ser afirmado como um típico direito social, estando, inclusive, expresso no texto constitucional.²⁸

No entanto, o que é defendido neste trabalho é que a extinção de uma prestação de cunho previdenciário atribuída de jusfundamentalidade atingiria diretamente o direito social à previdência, de modo a não extinguir tal direito por completo, mas sim reduzir o seu núcleo essencial, o que resultaria sim em um retrocesso.

O benefício de auxílio-reclusão é considerado uma prestação de natureza jusfundamental por ser uma das poucas formas de ser mantido o sustento da família do segurado encarcerado durante o período em que ele estiver ausente. Ou seja, é uma garantia própria do sistema do seguro social de que, enquanto o contribuinte não puder prover os seus dependentes, o Estado o fará no exercício da sua função de segurador.

Deixar desamparada a família do segurado recluso seria frustrar o binômio “contribuição-retribuição”, tão característico dos seguros sociais, rompendo com a lógica do sistema de previdência adotado pelo Brasil,²⁹ o qual visa amparar seus segurados

²⁷IBRAHIM, F Z. *A Previdência Social como Direito Fundamental*, 2010. p. 1062.

²⁸Cf. art. 6º da Constituição Federal de 1988.

²⁹Por tal modelo, caberia ao contribuinte verter contribuições ao Estado, com o fim de obter prestações previdenciárias na forma de benefícios ou serviços (reabilitação profissional, por exemplo), à semelhança de um seguro comum, acrescido de algumas peculiaridades próprias, vislumbrando o caráter de seguro social sui generis. IBRAHIM, F Z. **Curso de Direito Previdenciário**. 2014. p. 53-54).

contra as possíveis necessidades sociais³⁰ (previsíveis ou não).

Deste modo, o entendimento de Fábio Zambitte Ibrahim é no sentido de que “a alteração do rol de prestações é possível, com redução ou mesmo exclusão de algumas, desde que o conjunto ainda atenda às necessidades sociais existentes, capaz de assegurar a vida digna”.³¹ Acredita-se, porém, que sendo extinto o benefício previdenciário de auxílio-reclusão, não se está assegurando o mínimo de dignidade ao indivíduo encarcerado.

Ao contrário, ao ser suprimida tal prestação social, que simboliza a expressão máxima do direito social à previdência social para o recluso, este estaria sendo privado de garantir à sua família a manutenção necessária para a sobrevivência, de modo que ele não poderia usufruir da contraprestação ao seu período contributivo. Nessa hipótese, inegavelmente, o núcleo essencial do direito à previdência social estaria sendo afetado, ao mesmo tempo em que o Estado estaria burlando qualquer sentido de solidariedade do sistema previdenciário.

Vale dizer que o reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais é resultado da ascensão da dignidade da pessoa humana ao centro do ordenamento jurídico brasileiro.³² Por assim dizer, seria inadmissível, em uma ordem social, retirar daquele que se encontra na desfavorável posição de recluso a oportunidade de continuar provendo sua família por meio da previdência social, o que o afasta do ideal de dignidade.

³⁰Há certa discussão em torno da utilização da expressão “necessidades sociais” em vez de “riscos sociais” para fazer menção aos fatos geradores da prestação previdenciária, ou seja, as situações de fato que ensejarão a contraprestação do Estado. A primeira, defendida por Armando de Oliveira Assis, seria mais abrangente do que a segunda. De acordo com Fábio Zambitte Ibrahim, “em um conceito restrito, os riscos sociais cobertos pelos regimes protetivos são as adversidades da vida a que qualquer pessoa está submetida, como o risco de doença ou acidente, tanto quanto eventos previsíveis, como a idade avançada – geradores de impedimento para o segurado providenciar sua manutenção”. No entanto, o mesmo autor ressalta a necessidade de observar tal conceito de forma mais abrangente, incluindo situações alheias à ideia de desventura, como a maternidade. O autor é adepto de uma interpretação do risco social como “todo evento coberto pelo sistema protetivo, com o intuito de fornecer ao segurado algum rendimento substituidor de sua remuneração [...]”. IBRAHIM, F. Z. **Curso de Direito Previdenciário**. 2014. p. 28. Da mesma forma, sugere Paul Durant, em uma acepção mais moderna, que “[...] a proteção contra os riscos sociais tende a ser concedida a todas as pessoas no trabalho e mesmo para aqueles que são incapazes de realizar trabalho, como resultado de circunstâncias além de seu controle” *apud* COSTA, M.R.M. **O Risco Social e a Aposentadoria por Tempo de Contribuição do RGPS**. 2011, p. 19.

³¹IBRAHIM, F. Z. *A Previdência Social como Direito Fundamental*, 2010. p. 1062.

³²IBRAHIM, Fábio Z. *A Previdência Social como Direito Fundamental*, 2010. p. 1063.

Não se defende aqui o caráter absoluto do princípio da vedação a retrocesso, mas sim o seu viés garantidor da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial, da segurança jurídica³³ - e demais princípios a ela relacionados, como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada -, da maximização da eficácia dos direitos fundamentais,³⁴ do Estado de Direito e do Estado Social.³⁵

Por essa ótica, para que a restrição a um direito fundamental social ocorresse sem gerar um retrocesso social, ela somente poderia se dar diante de alguma justificativa plausível³⁶ e desde que tal supressão fosse proporcional e razoável,³⁷ como por exemplo a comprovada escassez de recursos financeiros no Estado.

Todavia, deve-se ressaltar que a limitação ao direito à previdência social por meio da extinção do benefício de auxílio-reclusão desencadearia danos irreversíveis aos dependentes do preso que não possuem condições de se manterem por si só, o que resultaria em uma consequência totalmente desproporcional ao motivo que ensejou a alteração legislativa.

Não poderia o segurado, sujeito do direito social à previdência, ser prejudicado pela extinção do benefício, sem que houvesse qualquer compensação por parte do Estado capaz de assegurar o provimento familiar dos dependentes daquele, sob pena da medida ser considerada extremamente desumana. Seja na seara administrativa, seja na legislativa, o Estado tem sua atuação vinculada ao dever de garantir os direitos mais básicos dos indivíduos, não podendo reduzir ou restringi-los arbitrariamente.³⁸

Assim, a alegação de ausência de recursos públicos suficientes para a manutenção do benefício de auxílio-reclusão não basta para justificar a sua supressão do ordenamento jurídico, haja vista a indispensabilidade de tal prestação aos parentes desafortunados dos segurados

³³SARLET, I W. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais, 2010. p. 79.

³⁴Cf. art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988.

³⁵DERBLI, F. A Aplicabilidade do princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro, 2010. p. 354.

³⁶DERBLI, F. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 243.

³⁷Derbli sintetiza a finalidade do princípio da vedação ao retrocesso social, afirmando que é dever do Legislador, no exercício da sua função legiferante, ter como meta a não supressão desproporcional ou irrazoável do grau de densidade normativa que os direitos fundamentais sociais já tiverem alcançado (DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro, 2010. p. 361-362).

³⁸QUEIROZ, C. M. M. **Direitos Fundamentais Sociais**, 2006. p. 81.

submetidos ao regime prisional, em razão de ser essa a maneira quase que exclusiva de suporte familiar.

Por outro lado, há quem argumente contra a existência do benefício previdenciário mencionado, com base em críticas ferrenhas relacionadas à condição de presidiário do instituidor do benefício.³⁹ Um dos autores que enfrenta a questão dessa forma é Sérgio Pinto Martins, o qual argumenta pela extinção do benefício, com base na premissa de que o desamparo da família do preso deve ser arcado por ele mesmo, como se fosse uma outra espécie de pena a ser cumprida, já que a prisão é decorrência do comportamento do próprio aprisionado.⁴⁰

Corroborando com tal entendimento, o Deputado Federal Fernando Francischini, do PSDB/PR (Partido da Social Democracia Brasileira/Paraná), apresentou a Proposta de Emenda à Constituição Federal (PEC) nº30/11,⁴¹ a qual estabelece, entre outras disposições, que os condenados à prisão pelo cometimento de crimes hediondos não terão direito ao recebimento do auxílio-reclusão.

No mesmo sentido, a Deputada Federal Antônia Lúcia, do PSC/AC (Partido Social Cri-

³⁹Além de doutrinadores e juristas, os defensores da extinção do auxílio-reclusão também contam com o apoio de boa parte da população, que, desinformada acerca das reais condições de concessão do benefício, acaba por instigar um senso comum confrontante com o ideário de um Estado Social. Em 2012, Luiz Antônio Bogo Chies e Rodrigo Azevedo Passos realizaram uma pesquisa virtual que resultou na colheita de dados sobre a opinião pública acerca do benefício. Desse levantamento, concluiu-se que a maioria dos internautas proferem comentários negativos em relação ao auxílio-reclusão, sendo 38,7% das mensagens analisadas contrárias à sua existência, sob o principal argumento baseado na “imediate oposição entre o bem e o mal, o bom e o mau – o trabalho/trabalhador e o ócio-crime/delinquente, cidadão versus não cidadão”. (CHIES, Luiz Antônio B. e PASSOS, Rodrigo A.. *Auxílio-reclusão: a bizarra transmutação de um direito social e sua colonização perversa por um populismo punitivo*2012, p. 282.).

⁴⁰MARTINS, Sergio P. **Direito da seguridade social**. 1999, p. 285.

⁴¹PEC 30/11: Art. 1º O art. 201 do texto constitucional passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 201 ... § 14. O auxílio-reclusão não será devido a segurados presos condenados pela prática de tortura, racismo, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, pedofilia e crimes definidos como hediondos. § 15. O Estado realizará parcerias público privadas para criar oportunidades de trabalho para os presos e condenados, beneficiados ou não pelo auxílio-reclusão, que desejarem trabalhar. §16. Um terço da remuneração recebida pelo trabalho será destinada ao ressarcimento das despesas realizadas pelo Estado com a manutenção dos presos e condenados. § 17. Os presos e condenados a que se referem o § 14 não poderão realizar trabalho externo. § 18. O exercício do trabalho remunerado não exclui o direito ao benefício do auxílio-reclusão àqueles presos segurados aptos a recebê-lo”. Art. 2º Esta emenda constitucional entra em vigor na data de sua promulgação.

são/Acre), apresentou a PEC nº 304/13,⁴² visando a extinção do benefício para qualquer preso e a consequente reversão da renda dispendida com o seu pagamento para as vítimas dos respectivos crimes que ensejaram as condenações.

Entretanto, em razão da jusfundamentalidade dos direitos sociais, mais especificadamente, do direito à previdência social, é importante lembrar a própria proteção constitucional dada ao núcleo essencial de tal direito, sendo-lhe concedido o manto de cláusula pétrea em face do Poder Constituinte Reformador.⁴³ Por conseguinte, não seria constitucional modificar o texto da Lei Maior de modo a suprimir ou extinguir prestações sociais que representam expressão significativa de um direito fundamental social, alterando o seu núcleo essencial.

Chies e Passos, amparados pela pesquisa por eles realizada em 2012, concluíram que a tendência de ser o auxílio-reclusão alvo de tantas críticas é resultado de um populismo punitivo construído socialmente e sustentado pelas principais instituições sociais, aliado à falta de informação das pessoas quanto aos pormenores do benefício.⁴⁴

⁴²PEC 304/13: Art. 1º O inciso IV do art. 201 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 201. ... IV – salário-família para os dependentes dos segurados de baixa renda”; (NR) Art. 2º Acrescente-se o seguinte inciso VI e parágrafo único ao art. 203 da Constituição Federal: “Art. 203. ... VI – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa vítima de crime, pelo período que for afastada da atividade que garanta seu sustento e, em caso de morte da vítima, conversão do benefício em pensão ao cônjuge ou companheiro e dependentes da vítima, na forma da lei. Parágrafo Único. O benefício de que trata o inciso VI deste artigo não pode ser acumulado com benefícios dos regimes de previdência previstos no art. 40, art. 137, inciso X e art. 201” Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

⁴³Ingo Wolfgang Sarlet, em uma interpretação extensiva do art. 60, §4º, da Constituição, inclui os direitos sociais, os direitos políticos e os direitos da nacionalidade no conceito de direitos e garantias individuais. Ou seja, para o autor, os direitos sociais são equiparados aos direitos de liberdade quanto à proteção constitucional. Dessa forma, conclui o autor: “cumpre lembrar que a função precípua das assim denominadas ‘cláusulas pétreas’ é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, neste sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte. Isto se manifesta com particular agudeza no caso dos direitos fundamentais, já que sua supressão, ainda que tendencial, implicaria, em boa parte dos casos, simultaneamente uma agressão (em maior ou menor grau) ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Assim, uma interpretação restritiva da abrangência do art. 60, §4º, IV, da CF não nos parece ser a melhor solução, ainda mais quando os direitos fundamentais inequivocamente integram o cerne da nossa ordem constitucional. SARLET, I.W. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro, 2009.

⁴⁴CHIES, L. A. B.; PASSOS, R. A. Auxílio-reclusão: a bizarra transmutação de um direito social e sua colonização perversa por um populismo punitivo, 2012, p. 285.

Isso implica dizer que a tradicional visão discriminatória sobre o preso é disseminada nos meios de discussão, instigando uma rejeição à garantia de direitos daqueles que estão cumprindo pena em privação de liberdade, e contando, para tanto, com o baixo nível de educação previdenciária da maioria da população, o que acaba se refletindo negativamente no auxílio-reclusão.

Isso porque se acredita que a ideia de sobrevivência da família do preso deve ser dissociada da prática do crime que o levou a sua prisão. As punições aplicadas ao segurado não devem ser estendidas aos seus familiares, aos quais não fora imputado o cometimento de nenhum delito.

Esse é o cerne do princípio da personalidade da pena, previsto no art. 5º, XVI, da Constituição Federal de 1988⁴⁵ e no Item 3 do art. 5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH),⁴⁶ que aduz que somente o condenado deve ser responsabilizado pelo crime e obrigado a cumprir pena por isso, resguardando a integridade dos familiares desse.

Ainda assim, é sabido que os dependentes do indivíduo recluso sofrem com muitas adversidades em função do encarceramento do seu parente, seja em um aspecto psicológico, social ou financeiro – ao qual este trabalho dá maior ênfase. Quanto a este último, é certo que, com o recolhimento do segurado à prisão, também ocorre a perda do suporte econômico da sua respectiva família, a qual acaba sendo punida pela ausência do provedor familiar. É dizer, enquanto o segurado se encontra sob a tutela e responsabilidade do Estado, os seus dependentes são obrigados a enfrentar uma situação de total desamparo.⁴⁷

A comparação do auxílio-reclusão com o benefício de pensão por morte se dá em razão do falecimento e do encarceramento serem considerados riscos sociais a serem amparados pela previdência social – em uma acepção mais abrangente do que seria “risco social”.⁴⁸ Não há por que excluir os dependentes dos segurados reclusos da relação solidária em que se baseia o seguro social, uma vez que eles se encontram em situação semelhante à dos dependentes dos segurados falecidos, merecendo, portanto, a mesma proteção.

⁴⁵Art. 5º, XLV, da Constituição Federal de 1988: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

⁴⁶Art. 5º da CIDH: [...] 3. A pena não pode passar da pessoa do delincente. [...].

⁴⁷CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B. **Manual de Direito Previdenciário**, 2014. p. 823.

⁴⁸ Cf. DURAND, Paul, **La política contemporânea de Seguridad Social**, 1991.

A visão que diferencia as duas espécies de dependentes é subjetiva, parcial e essencialmente preconceituosa, baseada em um maniqueísmo socialmente construído e na segregação das searas trabalhista – e, conseqüentemente, previdenciária – e penitenciária, como se fossem inconciliáveis. No entanto, tal espectro vai de encontro aos princípios norteadores da previdência social, como a universalidade e a solidariedade.

Para combater tal posição, é válido citar Fábio Zambitte Ibrahim, que, ao relacionar a dignidade da pessoa humana com o seguro social, afirma: “a dignidade existe não somente frente aos que atendem os requisitos de sociabilidade impostos pela maioria, mas é direito de todo aquele que possa ser qualificado como ser humano”.⁴⁹ Dessa forma, há certa incompatibilidade entre a natureza social do direito à previdência manifestada por meio do benefício de auxílio-reclusão e as críticas e medidas adotadas com o fim de extingui-lo com base em critérios discriminatórios.

Depreende-se, então, que os direitos sociais – dentre eles o direito à previdência social – devem ser garantidos com o caráter de fundamentalidade de que são dotados, ou seja, sem distinções ou discriminações. O fato de o indivíduo estar cumprindo pena em estabelecimento prisional não o exclui da proteção social, visto que o direito social à previdência não é um direito restrito pelo encarceramento, como o é a liberdade.

CONCLUSÕES

O direito à previdência social, por ser um direito social fundamental, merece proteção especial pela Constituição, não podendo ser extinto ou suprimido. Tal direito recebeu esse *status* devido ao que ele representa para o trabalhador: uma garantia contra os possíveis riscos sociais dos quais pode ser acometido, como doenças, morte, gravidez, idade avançada e prisão.

Dessa maneira, o Estado se compromete a amparar não só os trabalhadores, mas também os familiares destes, que são diretamente afetados pelas dificuldades que podem advir com os referidos riscos. Isso se mostra claro e necessário a partir do benefício auxílio-reclusão, o qual possui como beneficiários os dependentes do segurado instituidor. Devido ao caráter

⁴⁹ IBRAHIM, F. Z. A Previdência Social como Direito Fundamental. 2010. p. 1063.

único que o benefício representa para esses familiares, é preciso enxergá-lo como prestação previdenciária decorrente do direito social à previdência e, portanto, também dotada de jusfundamentalidade.

Em razão disso, possíveis restrições normativas à concessão do auxílio-reclusão, ou até mesmo o fim do benefício, configurariam afrontas tanto à ordem jurídica social instaurada pela Constituição cidadã, como aos vários diplomas internacionais de garantia de direitos – inclusive sociais – dos presos e dos familiares destes. Além disso, as medidas que visam extinguir o benefício representam, no âmbito do direito previdenciário, grande contradição à lógica securitária de contribuição e retribuição.

Ao permitir o desamparo dos familiares do segurado detido ou recluso, a abolição do auxílio-reclusão vai de encontro a diversos dispositivos constitucionais que prezam pela garantia de uma vida digna, assim como conflita com aqueles que asseguram uma proteção à instituição familiar, contrariando o ideal de justiça social tão preservado pela ordem constitucional atual.

Portanto, o auxílio-reclusão consiste em prestação indispensável à concretização do direito fundamental à previdência, servindo de instrumento à garantia dos direitos sociais dos cidadãos que se encontram tutelados em cárcere pelo Estado, assim como dos direitos fundamentais mais basilares aos familiares dos indivíduos presos, de modo que a sua eliminação implicaria em grande prejuízo para a toda a sociedade, desconsiderando as conquistas sociais havidas ao longo do tempo.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. G. O direito constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). *In*: CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; CORREIA, E. P. B. (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2012.

CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B. **Manual de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CHIES, L. A. B.; PASSOS, R. A.. Auxílio-reclusão: a bizarra transmutação de um direito social e sua colonização perversa por um populismo punitivo. **Textos & contextos**, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 273-291, nov. 2012. Semestral. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/te/ojs/index.php/fass/article/view/12386>>. Acesso em: 2 mar. 2015.

DERBLI, F. A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro. In: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DURAND, P. **La política contemporânea de Seguridad Social**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Secretaría General para la Seguridad Social, 1991.

IBRAHIM, F. Z. A previdência social como direito fundamental. In: SOUZA NETO, C. P. de e SARMENTO, D. (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Curso de direito previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

PINHEIRO, M. R.. **A Eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional: em busca da superação de obstáculos**. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5143/1/2008_MarceloRebelloPinheiro.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2015.

QUEIROZ, C. M. M. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra, 2006.

SARLET, I. W. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, G. S.; SARLET, I. W. (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem**

a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

COBERTURA PREVIDENCIÁRIA
ESTIMADA (COPES): GESTÃO
PÚBLICA VERSUS LEGALIDADE

Michelle Cristina Kuzler

*ESTIMATED COVERAGE PROGRAM (COPES):
PUBLIC MANAGEMENT VERSUS LEGALITY*

COBERTURA PREVIDENCIÁRIA ESTIMADA (COPES): GESTÃO PÚBLICA *VERSUS* LEGALIDADE

ESTIMATED COVERAGE PROGRAM (COPES): PUBLIC MANAGEMENT VERSUS LEGALITY

MICHELLE CRISTINA KUNZLER

PÓS-GRADUANDA EM DIREITO APLICADO PELA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ

RESUMO

O tema central deste artigo é o programa Cobertura Previdenciária Estimada (COPES), popularmente conhecido como alta programada. Este prevê a cessação do auxílio-doença de forma automática, de acordo com o prazo de recuperação da incapacidade laboral estabelecido pela perícia no momento da concessão do benefício. O objetivo é analisá-lo sob dois enfoques: como programa de gestão pública da Previdência Social e quanto a sua legalidade. Apesar de trazer grandes benefícios para a Administração Pública, a alta programada é ilegal e ofende princípios constitucionais. Como solução, propõe-se uma adaptação ao programa, que deve prever na perícia inicial não o término do benefício, mas sim a data da próxima perícia médica. Desse modo, não trará altos gastos para a Previdência Social e cessará o benefício respeitando a lei e a Constituição.

Palavras-chave: Auxílio-Doença. Cobertura Previdenciária Estimada. Gestão Pública. Legalidade.

ABSTRACT

The central theme of this article is the program Estimated Coverage Program (COPES), which is currently known as the programmed discharged. This forecasts the automatic termination of these benefit, in accordance with the date of recuperation of the disability work stipulated by the skill in the moment of the concession of the benefit. The objective here is to analyze it under two approaches: like program of public management of the Social Welfare and as for his legality. In spite of bringing great benefits to the Public Administration, the programmed discharge is illegal and it offends constitutional principles. As a solution, an adaptation is proposed to the program, which must predict in the initial skill the date of next skill not the end of the benefit. This way, it will not bring high costs for the Social Welfare and it ends the benefit respecting the law and the Constitution.

Keywords: Sickness Benefit. Estimated Coverage Program. Public Management. Legality.

Data de submissão: 20/03/2016

Data de aceitação: 19/04/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 DA COBERTURA PREVIDENCIÁRIA ESTIMADA. 1.1 Da alta programada como solução para um problema de gestão pública. 1.2 Da ilegalidade da alta programada. 1.2.1 Dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 1.2.2 Da afronta a lei nº 8.213/1991. 1.2.3 Do decreto nº 5.844/2006 e a extrapolação do poder regulamentar. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a proteção social ao indivíduo se dá por meio da Seguridade Social, subdividida nas áreas da saúde, assistência e previdência social. O amparo ao trabalhador temporariamente incapaz de exercer o seu ofício em razão de doença ou acidente é feito mediante o pagamento do benefício previdenciário de auxílio-doença.

Este, de acordo com o art. 59 da Lei nº 8.213/1991 (conhecida como Lei de Benefícios), é concedido ao segurado empregado que ficar incapacitado para o seu trabalho por mais de 15 dias consecutivos, ou a partir da data da incapacidade para as demais espécies de segurado. Ressalta-se que a inaptidão laboral deve ter início após a filiação do segurado ao Regime Geral da Previdência Social. Caso seja anterior, não fará jus ao auxílio-doença, salvo se ocorrer agravamento ou progressão da doença ou lesão.

Exige-se, ainda, como requisito para o recebimento do benefício, o cumprimento da carência de doze contribuições mensais anteriores a data inicial da incapacidade, consoante o art. 25, inciso I da Lei nº 8.213/1991. Entretanto, quando tratar-se de acidente de qualquer natureza ou for alguma das enfermidades elencadas na Portaria Interministerial nº 2.998, a carência é dispensada.

Conforme Fábio Zambitte Ibrahim,¹ o auxílio-doença é um benefício temporário que subsistirá enquanto houver possibilidade de recuperação ou reabilitação do segurado, com o seu retorno ao mercado de trabalho. Assim, dispõe o art. 62, parte final, da Lei nº 8.213/1991, que “não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez”. Ainda, complementa o art. 78 do Decreto nº 3.048/1999, que também cessa o auxílio-doença quando este é transformado em auxílio-acidente, nas situações em que surgem sequelas que reduzam a capacidade de exercer a atividade habitual do beneficiário.

Desse modo, pode-se concluir que há quatro formas de cessar o auxílio-doença: recuperada a incapacidade laboral, quando o segurado for habilitado/reabilitado profissionalmente, convertendo o benefício em aposentadoria por invalidez, ou transformando-o em auxílio-acidente.

Além destes, a Previdência Social vem utilizando a chamada Cobertura Previdência Estimada (COPES) para cessar o auxílio-doença. Programa este que será analisado ao longo deste trabalho.

¹ IBRAHIM, F. Z. **Curso de Direito Previdenciário**. 2011, p. 267.

1. DA COBERTURA PREVIDENCIÁRIA ESTIMADA

O programa Cobertura Previdenciária Estimada (COPEs) foi instituído pela Previdência Social por meio da Orientação Interna INSS/DirBen nº 130/2005 (OI Nº 130/2005) e consiste em fixar já na perícia médica inicial a data em que cessará automaticamente o benefício de auxílio-doença, ou seja, sem a realização de nova perícia. Por tal motivo, também é chamada de alta programada, data certa ou data de cessação do benefício.

Essa Orientação Interna estabelecia a concessão do auxílio-doença pelo prazo máximo de 180 dias, levando em consideração as características clínicas de cada doença. Entretanto, a Orientação Interna INSS/DirBen nº 180/2006 (OI Nº 180/2006) revogou a OI Nº 130/2005, pondo fim a esse prazo.

Apesar de não ter mais limite de tempo para a concessão do benefício, estabelece a Orientação Interna nº 180/2006 que quando o auxílio-doença for concedido por tempo superior a um ano, a data de cessação deverá ser homologada pelo Serviço/Seção de Gerenciamento de Benefício por Incapacidade (GBENIN). Com a Orientação Interna INSS/DirBen nº 164/2007, permitiu-se também a homologação pelos peritos médicos com delegação de competência.

A OI Nº 180/2006 aprimorou o sistema da alta programada, instituindo-se o Pedido de Prorrogação (PP), que permite ao segurado requerer a prorrogação do auxílio-doença nos 15 dias que antecedem o seu término, caso ainda se considere incapaz para o trabalho. Será, então, marcada nova perícia a ser feita pelo mesmo médico do primeiro exame ou por outro, que determinará se ainda há incapacidade.

Oscar Valente Cardoso² explica que “não existe limitação ao uso PP: o segurado pode apresentá-lo em todas as prorrogações de seu benefício, desde que observado o prazo de 15 dias anteriores à DCB (data de cessação do benefício)”. Assim, o beneficiário pode protocolar o PP sucessivas vezes, enquanto permanecer a incapacidade para o trabalho.

Em concluindo a nova perícia pelo retorno da capacidade laboral e conseqüente cessação do benefício na data programada, o segurado pode ainda realizar o Pedido de Reconsideração (PR) no prazo de 30 dias contados da ciência da decisão negatória. Novo exame será realizado por profissional diverso daquele que analisou o PP.

² CARDOSO, O. V. **Auxílio-Doença e Alta Programada: Procedimento em Baixa?**. 2011, p. 15.

O PR também é cabível em outras duas situações: quando a perícia médica inicial concluir pela ausência de incapacidade ou, ainda, cessado o benefício sem que o segurado tenha apresentado o PP. O prazo para ambas é de 30 dias, iniciando-se a partir da data da decisão ou no dia seguinte a cessação, respectivamente.

Após as Orientações Internas, o programa COPES foi inserido no Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/1999) por meio da edição do Decreto nº 5.844/2006, que acrescentou os parágrafos primeiro a terceiro ao art. 78³ do Regulamento. Estes tiveram sua redação alterada recentemente pelo Decreto nº 8.691/2016, que também incluiu o parágrafo quarto ao artigo.

Sobre a inserção da COPES no Regulamento da Previdência Social, Flávio Roberto Batista⁴ avalia que “o texto inserido no decreto tinha a única intenção de conceder uma suposta autorização póstuma para a edição das normas administrativas do INSS”. Isso porque as Orientações Internas que criaram e modificaram a alta programada são documentos internos, com publicação somente para a Administração. De tal modo que se fez necessário dar a devida publicidade e transparência ao programa por meio do Decreto nº 5.844/2006.

Por fim, a última alteração ocorrida na sistemática da alta programada veio com a Resolução INSS/PRES nº 97/2010, estabelecendo que ao se apresentar o PP, o pagamento do auxílio-doença deve ser mantido até o seu julgamento. Tal Resolução foi editada em

³ Art. 78. O auxílio-doença cessa pela recuperação da capacidade para o trabalho, pela transformação em aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente de qualquer natureza, neste caso se resultar seqüela que implique redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

§ 1º O INSS poderá estabelecer, mediante avaliação pericial ou com base na documentação médica do segurado, nos termos do art. 75-A, o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado.

§ 2º—Caso o prazo concedido para a recuperação se revele insuficiente, o segurado poderá solicitar a sua prorrogação, na forma estabelecida pelo INSS.

§ 3º A comunicação da concessão do auxílio-doença conterá as informações necessárias para o requerimento de sua prorrogação.

§ 4º A recepção de novo atestado fornecido por médico assistente com declaração de alta médica do segurado, antes do prazo estipulado na concessão ou na prorrogação do auxílio-doença, culminará na cessação do benefício na nova data indicada.

⁴ BATISTA, F. R. **A Cobertura Previdenciária Estimada (COPES) ou “Alta Programada”**: um Relato Histórico. 2010, p. 215.

obediência a sentença que julgou parcialmente procedente Ação Civil Pública proposta pelo Sindicato dos Bancários do Estado da Bahia contra o INSS, que tramitou na 14ª Vara Federal da Bahia sob o nº 2005.33.00.020219-8.

1.1 Da alta programada como solução para um problema de gestão pública

A Cobertura Previdenciária Estimada (COPES) foi instituída em um momento em que a Previdência Social sofria com enormes gastos com o benefício de auxílio-doença. De acordo com o Relatório de Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União,⁵ realizado em 2010, as despesas com esse benefício tiveram um aumento de 412% de 2000 a 2007. O número de concessões do auxílio-doença passou de 909.476, no ano de 2000, para 2.329.669 em 2006, representando uma elevação de 156%, segundo o Relatório.

Além do aumento expressivo de concessões do benefício, outro fator que contribuiu para a evolução dos gastos foi o grande número de perícias intermediárias, necessárias para reavaliar a condição do segurado. Segundo Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari,⁶ essas eram feitas a cada 60 dias, independentemente da natureza da doença. As sucessivas perícias médicas sobrecarregavam a pauta de perícias, dilatando o tempo de espera tanto da perícia inicial quanto da intermediária, afirma Tatiana Sada Jordão.⁷ No Relatório elaborado pelo TCU, a Previdência Social explica como funcionavam as perícias médicas:

antes da implantação da Copes, a maioria das perícias gerava como resultado outro agendamento, o que onerava a força de trabalho pericial e, em alguns casos, quando o número de perícias excedia a capacidade operacional das agências, estendia por meses a espera por um novo exame. O atraso para a realização das perícias acabava contribuindo para a elevação dos gastos com o benefício, na medida em que, muitas vezes, os segurados recuperavam a sua capacidade laboral antes da data do exame. Nesses casos, não seria admissível a

⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Concessão e manutenção dos benefícios do auxílio doença**. 2010, p. 35.

⁶ CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B. **Manual de Direito Previdenciário**. 2015, p. 800-801.

⁷ JORDÃO, T. S. Programa de Cobertura Previdenciária Estimada: Reflexões sobre a alta programada. 2012, p. 201-202.

definição da cessação do benefício em data anterior, pois os segurados não teriam dado causa à demora.⁸

Diante desse quadro, a alta programada, segundo Flávio Roberto Batista,⁹ “foi peça chave para o choque de gestão que há tempos se mostrava necessário”. Isso porque, ao cessar automaticamente o auxílio-doença, não há mais a realização de perícias intermediárias, salvo se houver Pedido de Prorrogação ou Pedido de Reconsideração. Assim, diminui-se o número de perícias e consequentemente, reduz a quantidade de peritos e o tempo de espera para a realização da perícia.

Com a adoção da COPES, explicam Igor Ajouz e Roberto de Souza Chaves¹⁰ que foi possível concentrar todo o trabalho pericial nas mãos dos peritos médicos titulares de cargo público efetivo, não sendo mais necessária a realização de convênios com redes particulares. Dessa forma, conclui o autor que houve uma racionalização do uso da estrutura médico pericial da Previdência e simplificação das rotinas burocráticas, “em perfeita harmonia com o princípio da racionalidade administrativa e com o compromisso institucional de agilidade e comodidade no atendimento aos usuários”.

Marcel Thiago Oliveira¹¹ complementa, afirmando que a alta programada “aprimora o sistema previdenciário ao disciplinar a concessão do benefício temporário em todos os postos de atendimento do INSS, tornando mais rígidos e seguros os processos de concessão do auxílio-doença”.

Os benefícios que a COPES trouxe para a gestão pública também podem ser vistos no Relatório do TCU. Segundo consta nessa auditoria, o tempo médio de espera para atendimento nas agências em março de 2006 era de 92 minutos, caiu para 43 minutos em dezembro de 2007 e 36 minutos em dezembro de 2008. Ainda, o tempo entre a data do requerimento do auxílio-doença e a realização da perícia também reduziu. Em outubro de 2006 era de 21 dias, passou para 13 dias em maio de 2007, subiu para 22 dias em janeiro de 2008 e chegou a nove dias em dezembro de 2008.¹²

⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Concessão e manutenção dos benefícios do auxílio doença**. 2010, p. 47.

⁹ BATISTA, F. R. **A Cobertura Previdenciária Estimada (COPES) ou “Alta Programada”**: um Relato Histórico. 2010., p. 209.

¹⁰ AJOUZ, I.; CHAVES, R. de S. **Notas sobre a Legalidade e a Eficiência do Programa de Cobertura Previdenciária Estimada (Alta Programada)**. 2011, p. 41.

¹¹ OLIVEIRA, M. T. de. **Alta programada: afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana**. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12882>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Concessão e manutenção dos benefícios do auxílio doença**. 2010, p.50.

Corroborando os dados do Tribunal de Contas da União, Igor Ajouz e Roberto de Souza Chaves¹³ trazem algumas informações obtidas no Relatório Oficial de Gestão do INSS referente ao período de 2003 a 2010. Segundo os autores, o tempo médio de espera para o atendimento agendado passou de 95 dias em janeiro de 2006 para 19 dias em novembro de 2010. Já o prazo para realização de perícia chegou, em janeiro de 2011, em 19 dias.

Como se percebe, a COPES foi a solução encontrada pela Previdência Social para tentar resolver o problema de gestão que vinha enfrentando. Em uma primeira análise, o programa obteve êxito, em especial, para o INSS, pois agilizou e reduziu o número de perícias, diminuindo, assim, os gastos com o benefício de auxílio-doença. Entretanto, muitas críticas pairam sobre essa figura com relação a sua legalidade.

1.2 Da legalidade da alta programada

Embora de grande utilidade para a Administração Pública, a Cobertura Previdenciária Estimada (COPES) vem sendo criticada por parte da doutrina com relação a sua forma procedimental e aos prejuízos que possa vir a causar aos beneficiários.

Para Fábio Zambitte Ibrahim,¹⁴ a alta programada é inadequada, uma vez que em muitos casos o beneficiário se acha capacitado novamente para o trabalho por estar sem sintomas da enfermidade ou lesão, porém, na verdade, ainda encontra-se incapaz. O retorno indevido ao trabalho pode trazer sérias consequências ao segurado, pois provavelmente agravará a sua doença, acarretando em mais gastos para o governo.

Marcel Thiago de Oliveira¹⁵ explica que o Estado que arcaria apenas com a concessão do benefício, por meio da Previdência Social, passará a se responsabilizar também pela saúde do contribuinte que possivelmente buscará o Sistema Único de Saúde (SUS) quando sua doença ou lesão piorar. Logo, o problema que antes envolvia apenas o sistema previdenciário acaba comprometendo a saúde pública.

¹³ AJOUZ, I.; CHAVES, R. de S. **Notas sobre a Legalidade e a Eficiência do Programa de Cobertura Previdenciária Estimada (Alta Programada)**. 2011, p. 42.

¹⁴ IBRAHIM, F. Z. **Curso de Direito Previdenciário**. 2011, p. 633.

¹⁵ OLIVEIRA, M. T. de. **Alta programada: afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana**. 2009.

Já Fernando Rubin¹⁶ reclama das perícias médicas realizadas nos Pedidos de Prorrogação e de Reconsideração, que, segundo o autor, “são sumárias, sendo negada a continuidade de benefício sem dados concretos e claros dos resultados dos exames médicos encaminhados pelo segurado a perícia”. Isso acarreta em um maior número de ações judiciais cumuladas com pedido de tutela antecipada, com o fim de restabelecer liminarmente o auxílio-doença, que possui caráter alimentar, sobrecarregando ainda mais o Poder Judiciário.

Ademais, Carlos Alberto de Castro e João Batista Lazzari¹⁷ afirmam que a COPES prejudica aqueles que necessitam do auxílio-acidente, pois “o segurado não tem meios de postular o auxílio-acidente, nem pelo agendamento feito pelo telefone, nem pelos formulários disponíveis na página da internet, nem diretamente nas agências do INSS”. Como não se realiza mais a perícia intermediária, o beneficiário fica impossibilitado de comprovar a ocorrência de sequelas que reduzam sua capacidade laboral, não tendo seu auxílio-doença convertido em auxílio-acidente. Em muitos casos, o indivíduo sequer tem conhecimento desse seu direito e acaba não recebendo o benefício, pois em razão da falta de informação não o busca no Judiciário.

Não só o procedimento da alta programada vem sendo questionado, mas também o desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como sua contradição com a Lei nº 8.213/1991. Esses pontos são trazidos tanto pelos doutrinadores quanto pela jurisprudência pátria.

1.2.1 Dos princípios do contraditório e ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão presentes na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LV, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Como se extrai do artigo constitucional mencionado, o contraditório e a ampla defesa

¹⁶ RUBIN, F. **Benefícios por incapacidade no regime geral da previdência social**: questões centrais de direito material e de direito processual. 2014, p. 29.

¹⁷ CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B. **Manual de Direito Previdenciário**. 2015, p. 801.

devem ser garantidos não só no processo judicial, mas também administrativo. Quanto a este, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁸ comentam que “o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa são assegurados nos processos administrativos, tanto em tema de punições disciplinares como de restrição de direitos em geral”.

Assim, sendo a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença decorrente de um processo administrativo, devem-se respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa, especialmente quando o INSS decide pela cessação do benefício. Isso porque, ao cessar o pagamento do auxílio-doença, está se restringindo o direito do beneficiário em ter o seu benefício mantido.

Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quando ocorre o cancelamento do benefício em situações não previstas em lei, como é o caso da alta programada, é indispensável a instauração de procedimento administrativo que garanta ao segurado a ampla defesa e o contraditório. Veja-se:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM BASE NAS ALÍNEAS A E C DO ART. 105, III DA CF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA EM DECORRÊNCIA DO NÃO COMPARECIMENTO DO SEGURADO À PERÍCIA MÉDICA DESIGNADA. NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

(...)

3. O segurado em gozo de auxílio-doença deverá se submeter periodicamente à inspeção de saúde, que poderá apresentar as seguintes conclusões: (a) continuação das condições geradoras do auxílio-doença, permanecendo o tratamento e o pagamento do benefício; (b) insuscetibilidade de recuperação para qualquer atividade, com a concessão de aposentadoria por invalidez; e (c) habilitação para o desempenho da mesma atividade, ou de outra, sem redução da capacidade laborativa, cessando o pagamento do auxílio-doença.

4. O auxílio-doença somente poderá ser cancelado automaticamente pelo INSS nessas situações legalmente determinadas.

¹⁸ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 2014, p. 563.

5. Não estando a hipótese dos autos (ausência do segurado à perícia médica designada) incluída nesse rol, a decisão de suspensão do benefício deverá ser precedida de regular procedimento administrativo, com os consectários do contraditório e da ampla defesa, a fim de evitar atuação arbitrária da Administração.

6. Recurso Especial do INSS parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

(REsp 1034611/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2008, DJe 26/05/2008)

A alta programada, portanto, ofende os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pois a Autarquia Previdenciária decide unilateralmente pela cessação do benefício de auxílio-doença, baseando-se numa data futura e incerta estabelecida pelo perito médico. O segurado não tem a oportunidade de contestar e recorrer dessa decisão, não lhe sendo garantida a ampla defesa e o contraditório.

Flávio Roberto Batista¹⁹ corrobora com esse entendimento ao defender que a estipulação prévia da data de cessação do benefício não atende aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Isso porque “um ato que causa prejuízos patrimoniais de grande monta ao segurado é praticado sem que lhe seja dada oportunidade para participar do ato em questão, defendendo-se ou apresentando razões contrárias à da Autarquia”.

Ainda, de acordo com Daniela Bonadiman,²⁰ “o cancelamento do benefício sem o devido processo administrativo, sem ao menos realização de nova perícia, não tem validade jurídica, por revestir-se de vício, tendo em vista seu caráter arbitrário e abusivo, além de afrontar princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito”.

Alguns tribunais tem aplicado esse posicionamento em suas decisões, determinando o restabelecimento do auxílio-doença quando cessado por meio da Cobertura Previdenciária Estimada (COPES). Tem-se como exemplo a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO SEM REALI-

¹⁹ BATISTA, F. R. A Cobertura Previdenciária Estimada (COPES) ou “Alta Programada”: um Relato Histórico. 2010 p. 212.

²⁰ BONADIMAN, D. **A inconstitucionalidade e a ilegalidade da alta programada.**

ZAÇÃO DE PERICIA PELA AUTARQUIA. COBERTURA PREVIDENCIÁRIA ESTIMADA (COPES) - ALTA PROGRAMADA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Mandado de segurança interposto contra ato que determinou a cessação de auxílio-doença de titularidade do impetrado em razão de alta programada. 2. **A alta programada contraria os arts. 60 e 62 da Lei 8213/91 e os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.** 3. O INSS deve convocar o segurado para nova perícia antes de suspender o benefício. Não é possível a suspensão sem ficar comprovado, através de perícia médica, que o segurado não está mais incapaz. 4. Apelação e remessa oficial não providas.

(AMS 0013020-16.2007.4.01.3600 / MT, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, Rel.Conv. JUÍZA FEDERAL CLÁUDIA OLIVEIRA DA COSTA TOURINHO SCARPA (CONV.), SEGUNDA TURMA, e-DJF1 p.32 de 06/07/2012) (grifos do autor)

PREVIDENCIÁRIO. ADMINISTRATIVO. PROCESUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA PROGRAMADA. IMPOSSIBILIDADE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INDISPENSÁVEL. PERÍCIA. RESPONSABILIDADE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.

1. (...). 2. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez. **Improcedente a alegação de alta programada, ou mesmo compulsória, vez que dessa forma tenta-se escapar ao contraditório e à ampla defesa.** 3. A perícia médica é encargo da Previdência Social, não podendo o auxílio ser suspenso sem regular processo administrativo. 4. (...)

(PROCESSO: 200881000078032, APELREEX9051/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, Segunda Turma, JULGAMENTO: 23/03/2010, PUBLICAÇÃO: DJE 08/04/2010 - Página 287) (grifos do autor)

Ao se aplicar a alta programada como forma de cessação do auxílio-doença, tira-se, portanto, a oportunidade do beneficiário de apresentar sua defesa contra a decisão denegatória do INSS, ferindo os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

1.2.2 Da afronta a Lei nº 8.213/1991

Um dos principais pontos contrários à alta programada é que esta vai de encontro aos arts. 60, *caput*, e 62 da Lei nº 8.213/1991, os quais estabelecem a manutenção do auxílio-doença enquanto permanecer a incapacidade do segurado.

Ao se estipular uma data certa para a cessação do benefício, sem a realização de perícia médica que confirme a capacidade do beneficiário, como faz a Cobertura Previdenciária Estimada (COPES), está se cancelando o benefício sem que se tenha certeza que o indivíduo está apto para o trabalho. Tal situação fere o direito do beneficiário de ter mantido o seu benefício até que seja considerado capaz novamente para o trabalho, garantido pela Lei de Benefícios.

Segundo Flávio Roberto Batista,²¹ “embora a lei não seja absolutamente clara a respeito, uma interpretação razoável de seus termos permite concluir que existe a obrigatoriedade de constatação da cessação da incapacidade por perícia médica contemporânea à cessação do benefício”.

Prevendo a Lei nº 8.213/1991 que o auxílio-doença deve ser mantido até que seja identificada a capacidade laboral do indivíduo, essa constatação deve ocorrer por meio de realização de perícia médica. Cancelando o benefício automaticamente, torna-se ilegal tal ato.

Igor Ajouz e Roberto de Souza Chaves²² explicam que é “indispensável a execução de perícia médica específica e atualizada que confirme e explicita, sob fundamentos teóricos, o prognóstico de recuperação da capacidade laboral do segurado”.

Ainda, consoante Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior,²³ “em conformidade com a disciplina legal do benefício, só é legítima a cessação da prestação se o perito atestar concretamente a recuperação da capacidade laboral do segurado, com ou sem a realização de reabilitação profissional”.

²¹ BATISTA F. R. A Cobertura Previdenciária Estimada (COPES) ou “Alta Programada”: um Relato Histórico. 2010, p. 209.

²² AJOUZ, I.; CHAVES, R. de S. Notas sobre a Legalidade e a Eficiência do Programa de Cobertura Previdenciária Estimada (Alta Programada), 2011, p. 35.

²³ ROCHA, D. M. da; BALTAZAR JUNIOR, J. P. **Comentários a Lei de Benefícios da Previdência Social**. 2011, p. 257.

Logo, como afirma Flávio Roberto Batista²⁴, qualquer mecanismo que estabeleça o cancelamento automático do benefício de auxílio-doença por meio de uma data de cessação predefinida, sem a realização de perícia médica, contraria o texto legal.

Por estar sendo aplicada em larga escala o programa da alta programada, os segurados têm buscado a manutenção do seu benefício no Poder Judiciário, sob o fundamento de que a COPES é ilegal devido à ausência de perícia médica que confirme o retorno da capacidade laboral do beneficiário. A 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região vem decidindo a favor deles ao entenderem não ser possível a cessação do auxílio-doença sem que haja a realização de perícia médica, como se verifica nas seguintes decisões:

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA PROGRAMADA. CANCELAMENTO DE BENEFÍCIO ANTES DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. Não pode ser suspenso ou cancelado o benefício em manutenção por alta médica programada antes da realização da correspondente perícia, uma vez que não se pode presumir a recuperação de capacidade laborativa, pura e simplesmente em razão do decurso de determinado tempo.

(TRF4 5007191-44.2015.404.7208, Sexta Turma, Relator p/ Acórdão (auxílio Osni) Hermes S da Conceição Jr, juntado aos autos em 26/02/2016)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO-DOENÇA. CESSAÇÃO POR ALTA PROGRAMADA. OFENSA AO ART. 62 DA LEI 8.213/91. IMPRESCINDIBILIDADE DA PERÍCIA. 1. (...). 3. A perícia médica é condição indispensável à cessação do benefício de auxílio-doença, pois, somente ela poderá atestar se o segurado possui condição de retornar às suas atividades ou não. 4. A cessação do pagamento do benefício previdenciário de auxílio-doença através do simples procedimento de “alta programada” viola o art. 62 da Lei 8.213/91. 5. Apelação e remessa oficial não providas.

(AMS 0009082-42.2009.4.01.3600 / MT, Rel. JUIZ FEDERAL WAGNER MOTA ALVES DE SOUZA, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 p.124 de 12/02/2016)

²⁴ BATISTA, F. R. **A Cobertura Previdenciária Estimada (COPES) ou “Alta Programada”: um Relato Histórico**. 2010, p. 212.

Ainda, na intenção de consolidar posicionamento contrário à alta programada, as Turmas Recursais do Rio de Janeiro editaram o Enunciado nº 85, com a seguinte redação: “É incabível a cessação administrativa do auxílio-doença em razão de alta programada, ou seja, sem que seja feita reavaliação médica, uma vez que esse procedimento viola o art. 60 da Lei nº 8.213/91”.

Apesar de a (COPES) ter sido benéfica para a Previdência Social, pois reduziu o número de perícias e os gastos com auxílio-doença, ela prevê uma forma de cessar o benefício sem que se tenha a confirmação do retorno da capacidade laboral do indivíduo. Tal forma de extinção do auxílio-doença não encontra previsão legal, pelo contrário, é exatamente o oposto do que a Lei nº 8.213/1991 prevê. Desse modo, não deve ser mais aplicada pela Autarquia Federal ou em decisões judiciais, pois, como visto, trata-se de procedimento ilegal.

1.2.3 Do decreto nº 5.844/2006 e a extrapolação do poder regulamentar

O Decreto nº 5.844/2006, que dispõe sobre a alta programada, é considerado um decreto regulamentar, pois edita normas para a fiel execução de leis, como traz o art. 8413, IV da Constituição Federal. Assim, explica Diógenes Gasparinni²⁵ que o mencionado decreto é a fórmula, a instrumentalização utilizada para a edição do ato normativo denominado regulamento.

Este se diferencia da lei, visto que esta tem a possibilidade de inovar no ordenamento jurídico, já aquele não, pois apenas “desenvolve, concretiza ou torna específico o que já está disposto na lei”, segundo Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco.²⁶

A capacidade de editar regulamentos é privativa dos chefes do Poder Executivo, que possuem o denominado poder normativo ou regulamentar. Este sofre algumas limitações, como a impossibilidade de, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

²⁵ GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 2008, p. 90.

²⁶ MENDES, G.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 2014, p. 1029.

(...) inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme artigo 5º, II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração²⁷.

Assim, o regulamento tem o objetivo de apenas dispor sobre como determinada lei deve ser aplicada pela Administração Pública, sem adentrar na competência do Poder Legislativo. Caso contrário, se vier a contrariar, restringir, ou criar novas obrigações ou direitos aos administrados, alterando ou inovando algum dispositivo legal, estará ofendendo o princípio da legalidade e o próprio poder regulamentar. Nessa ocasião o Congresso Nacional tem competência para sustar os efeitos desse decreto, em consonância com o estabelecido no art. 49, V da Constituição Federal.

De tal modo, o Decreto nº 5.844/2006, ao versar sobre o auxílio-doença, em virtude do Poder Regulamentar, deve apenas complementar o que já está disposto na Lei nº 8.213/1991, com a finalidade de estabelecer como devem ser cumprido os artigos que tratam desse benefício.

Entretanto, ao estabelecer o programa da Cobertura Previdenciária Estimada (COPES), o referido decreto contraria expressamente o texto do art. 62 da Lei de Benefícios. Ademais, o Decreto inova no ordenamento jurídico, pois não havia previsão de cessação automática do benefício de auxílio-doença, sem a realização de nova perícia médica. Dessa forma, por contrariar a lei a qual regulamenta, bem como por trazer uma inovação jurídica, criando uma nova forma de extinção do auxílio-doença, o Decreto nº 5.844/2006 extrapola veemente o Poder Regulamentar.

Em caso análogo, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que quando um Decreto diz mais do que a lei regulamentada, está diante de ofensa ao poder regulamentar:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FRANQUIAS POSTAIS. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. ENCERRAMENTO DOS CONTRATOS EM CURSO. TERMO FINAL DOS CONTRATOS SEM LICITAÇÃO. DECRETO N. 6.639/2008.

ILEGALIDADE. AFRONTA À LEI N. 11.668/2008.

²⁷ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 2007, p. 79.

1. (...) 3. **O Decreto n. 6.639/08, no parágrafo 2º do art. 9º, exorbita do poder regulamentar, porquanto dá alcance maior que o da norma regulamentada** ao determinar a extinção dos contratos vigentes após o prazo legal. 4. (...)

(REsp 1385568/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 19/02/2015) (grifos do autor)

Ainda, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça no sentido de considerar ilegal norma que fere o poder regulamentar, ao restringir direito ou inovar dispondo sobre condição não prevista em Lei. Confira trecho do voto do ministro relator Castro Meira no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1240144/RS:

A Portaria Interministerial n.º 326/77 e a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 267/02 estabeleceram limitações quanto à condição de gozo do incentivo fiscal relativo ao PAT, quando fixaram custos máximos para as refeições individuais oferecidas pelo programa. Essas limitações são ilegais, já que inovaram ao prever condições não previstas na Lei 6.321/76 ou no Decreto n.º 78.676/76. Ato infralegal não pode restringir, ampliar ou alterar direitos decorrentes de lei. A lei é que estabelece as diretrizes para a atuação administrativa-normativa regulamentar.

(AgRg no REsp 1240144/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 24/05/2012)

O Decreto nº 5.844/2006, ao contrariar a Lei de Benefícios, restringindo o direito do beneficiário de permanecer em gozo de auxílio-doença até que seja comprovado o retorno da sua capacidade laboral, e inovar no ordenamento jurídico ao criar a cessação automática do benefício em data predefinida, extrapola o Poder Regulamentar atribuído aos decretos. Consequentemente, aplicando-se analogicamente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, deve ser reconhecida a sua ilegalidade.

CONCLUSÃO

A intenção da Previdência Social com a criação do programa Cobertura Previdenciária Estimada (COPES) era de reduzir seus gastos com o benefício de auxílio-doença, que vinham sofrendo um grande aumento. Esse objetivo foi alcançado, pois com a COPES não há mais a realização da perícia intermediária. No exame inicial já se estabelece o dia provável que o segurado estará apto novamente para o trabalho e chegada essa data cancela-se o benefício automaticamente.

Com isso, reduziu-se o número de médicos necessários para tal atendimento, passando a necessitar apenas dos peritos servidores públicos, dispensando-se a realização de convênios com redes particulares. Ademais, o tempo de espera tanto para o atendimento nas agências do INSS quanto para a realização da perícia diminuiu consideravelmente.

De forma geral, a alta programada foi de fundamental importância para a gestão pública, permitindo um ajuste nas suas contas. Entretanto, para os beneficiários, trouxe sérios problemas como a dificuldade de converter o auxílio-doença em auxílio-acidente e a impossibilidade de contestar ou recorrer da decisão administrativa que cessa o benefício, ferindo os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Além disso, corre-se o risco de o segurado voltar ao trabalho ainda incapaz, pois nem sempre na data programada para cessar o benefício ele estará totalmente recuperado. Principalmente nas situações em que a doença progride de forma assintomática.

Há, também, questões formais que tornam o Decreto nº 5.844/2006 ilegal. Ao cessar automaticamente o benefício não se tem a confirmação do retorno da capacidade laboral, requisito legal necessário para que haja a cessação do auxílio-doença. Dessa forma, o Decreto contraria a Lei nº 8.213/1991, a qual regulamenta, extrapolando veemente seu poder regulamentar.

Analisando-se os dois pontos, gestão pública e legalidade, entende-se que embora a Cobertura Previdenciária Estimada seja uma boa solução para a Previdência Social, isto não pode se sobrepor a legalidade. Não é possível utilizar-se de um programa ilegal e que viola princípios constitucionais apenas pelo fato de reduzir os gastos da Administração Pública.

Como uma solução para que o auxílio-doença seja cessado de forma correta, com a devida identificação do retorno da capacidade laboral e respeitando o contraditório e a ampla

defesa, e, ao mesmo tempo, não tenha o INSS enormes gastos como outrora, cabe a este apenas alterar o intervalo de tempo entre a perícia inicial e a intermediária.

Antes da criação da Cobertura Previdência Estimada, as perícias eram realizadas, em média, a cada 60 dias, sem levar em conta o grau de incapacidade. Utilizando-se do conceito central da alta programada, qual seja, estabelecer uma data estimada em que o beneficiário estaria apto novamente, deve o INSS fixar a data de realização da nova perícia, ao invés do cancelamento automático do benefício.

Assim, nas situações em que a incapacidade é identificada na perícia inicial como de longa duração, por exemplo, de seis meses ou um ano, a perícia intermediária só é realizada depois de decorridos seis meses ou um ano da concessão do benefício, na data em que a perícia inicial estipular o provável retorno da capacidade laborativa do indivíduo.

Desse modo, está obedecendo ao disposto na Lei nº 8.213/1991, visto que só ocorre a cessação do auxílio-doença se a nova perícia constatar o retorno da capacidade laboral. Também se permite contestar a perícia que confirmou o retorno da capacidade, recorrer da decisão que cessa o benefício, e converter o auxílio-doença em auxílio-acidente. Ao mesmo tempo, não traz enormes gastos a Previdência, pois a perícia só será feita na data estabelecida pelo perito e não a cada 60 dias, como era anteriormente. Com essa adaptação ao sistema da alta programada, os problemas quanto a sua ilegalidade serão solucionados sem trazer grandes prejuízos para Previdência Social.

REFERÊNCIAS

AJOUZ, I.; CHAVES, R. de S. Notas sobre a Legalidade e a Eficiência do Programa de Cobertura Previdenciária Estimada (Alta Programada). **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, v.22, nº 263, p. 29-48, maio 2011.

BATISTA, F. R. A Cobertura Previdenciária Estimada (COPES) ou “Alta Programada”: um Relato Histórico. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, v. 21, nº 256, p.207-212, out. 2010.

BONADIMAN, D. A inconstitucionalidade e a ilegalidade da alta programada. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 16, n. 118, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico>>.

com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13746>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Concessão e manutenção dos benefícios do auxílio-doença.** / Relator Ministro Augusto Nardes. – Brasília: TCU, 2010.

CARDOSO, O. V. Auxílio-doença e Alta Programada: Procedimento em Baixa? **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, v. 22, nº 263, p.07-28, maio 2011.

CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B.. **Manual de Direito Previdenciário.** 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo.** 20 ed. 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo.** 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

IBRAHIM, F. Z. **Curso de Direito Previdenciário.** 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JORDÃO, T. S. Programa de Cobertura Previdenciária Estimada: Reflexões sobre a alta programada. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária.** v. 24, nº 281, p.200-205, nov. 2012.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional.** 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014

OLIVEIRA, M. T. de. Alta programada: afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, nº 2151, 22 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12882>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

ROCHA, D. M. da; BALTAZAR JUNIOR, J. P. **Comentários a Lei de Benefícios da Previdência Social.** 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Editora: Esmafe, 2011.

RUBIN, F. **Benefícios por incapacidade no regime geral da previdência social:** questões centrais de direito material e de direito processual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. (versão digital).

COMPREENSÃO CONSTITUCIONALMENTE
ADEQUADA DO BEM JURÍDICO NO CRIME
DE MOEDA FALSA: POSSIBILIDADE DE
CONTROLE DE SUA TIPICIDADE MATERIAL

Francisco Nogueira Machado

*CONSTITUTIONALLY ADEQUATE
COMPREHENSION OF THE JURIDICAL
ASSET IN THE COUNTERFEIT CURRENCY
CRIME: POSSIBILITY OF CONTROLLING
ITS MATERIAL LEGALITY*

COMPREENSÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO BEM JURÍDICO NO CRIME DE MOEDA FALSA: POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE SUA TIPICIDADE MATERIAL

CONSTITUTIONALLY ADEQUATE COMPREHENSION OF THE JURIDICAL ASSET IN THE COUNTERFEIT CURRENCY CRIME: POSSIBILITY OF CONTROLLING ITS MATERIAL LEGALITY

Francisco Nogueira Machado

*Mestrando em garantias processuais penais na Universidade Federal de Minas Gerais
Membro do Conselho Penitenciário de Minas Gerais
Defensor Público Federal*

RESUMO

O direito penal reclama uma leitura compreensiva no marco do neoconstitucionalismo democrático. A noção de bem jurídico é abalizada pelas teorias personalista e constitucionalista. A fé pública é um bem previsto na Constituição de 1988, mas que demanda, para obter dignidade penal, uma interpretação personalista, à luz do princípio da ofensividade. No Estado Democrático de Direito não há espaço para imunização de bens jurídicos, estando sujeitos à crítica redutora dos princípios penais, incluindo-se o delito de moeda falsa. O tipo penal do artigo 289 do Código Penal se enfraquece democraticamente quando aplicado arbitrariamente como método de seleção criminalizante pela vulnerabilidade do agente, ferindo-se o princípio da igualdade sob uma gestão penal da pobreza.

Palavras-chave: Direito Penal. Bem jurídico. Neoconstitucionalismo. Crime de moeda falsa.

ABSTRACT

Criminal law demands a comprehensive reading on the democratic constitutionalism mark. The legal interest is limited by personal and constitutional theories. Public faith is a value provided in the Constitution of 1988, but demands, to obtain criminal dignity, a personal interpretation under the light of the offensive principle. In the Democratic Estate of Law there is no space to immunize juridical values, once there are all subjected to the reductive criminal principles criticism, including counterfeit currency offense. Criminal offense under article 289 of Criminal Code weakens democratically when applied arbitrarily as criminalizing selection method by the agents' vulnerability, hurting the equal principle under a poverty criminal management.

Keywords: Criminal Law. Legal interest. New constitutionalism. Counterfeit currency offense.

Data de submissão: 25/09/2014

Data de aceitação: 14/03/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO. SUPERAÇÃO DA CRISE DA BAIXA CONSTITUCIONALIDADE. 2 SISTEMA GARANTISTA E DIREITO PENAL: IMBRICAÇÃO NECESSÁRIA. 3 TEORIAS PERSONALISTA E CONSTITUCIONALISTA DO BEM JURIDICO E SUA ADOÇÃO COMO BALIZAMENTO DA ATIVIDADE LEGISLATIVA E INTERPRETATIVA NO DIREITO PENAL. 4 BEM JURÍDICO NO CRIME DE MOEDA FALSA E SUA COMPREENSÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA. 5 O DESVIRTUAMENTO DO PODER PUNITIVO: A GESTÃO PENAL DA POBREZA. ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O DELITO DE MOEDA FALSA. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

Analisar o bem jurídico de uma determinada classe de delitos é tarefa árdua e espinhosa. A começar por sua definição. O conceito de bem jurídico é vago, móvel, fluido e controvertido. Delimitá-lo, contudo, é uma meta a guiar o estudioso do direito, embora nunca seja efetivamente alcançada. E assim o é por que a interpretação do tipo penal à revelia de qualquer preocupação teórica a respeito do bem jurídico deixará espaço à abstração e arbitrariedade das conveniências judiciais e legislativas, colocando em risco o projeto constitucionalmente programado pelo legislador constituinte originário. Projeto, diga-se, de incessante efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Cláudio Brandão vê no bem jurídico o critério hermenêutico que motiva o afastamento da tipicidade formal, quando não houver sua violação ou exposição a perigo. Deve-se presar por uma relação de proporcionalidade entre a pena e a ação, sendo que “a falta de proporcionalidade, à luz do critério material do tipo, revelará a alienação política do técnico, que para além da alienação técnica possível, faz com que não seja vislumbrada a identificação entre a violência e o direito penal.”¹

Ademais, certa indefinição conceitual não coloca em risco a garantia político-criminal do reconhecimento de bem jurídico.²

Várias linhas de pensamento já objetivaram traçar os contornos do que seja o bem juridicamente tutelável pelo direito penal, mas, para os presentes fins, adotar-se-ão as teorias que melhor se afinam à proposta democrática formulada pelo constituinte de 1988, a saber, as teorias constitucionalista e personalista, na onda do movimento pós-positivista que tomou vulto após os horrores vivenciados na segunda grande guerra. Contudo, serão brevemente analisadas suas precursoras, cuja importância histórica não se nega neste escrito.

De saída, tema de suma importância é colocado em discussão. A relação entre Direito Penal e Constituição e a crise da baixa constitucionalidade são analisados em ordem a elucidar os limites normativos da atividade do legislador ao lançar mão do braço penal do Estado, bem como da compreensão hermenêutica a ser empreendida pelas partes e juiz no processo no que tange à constatação, no caso concreto, da efetiva ocorrência de violação ao bem jurídico tutelado.

¹ BRANDÃO, C. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2012, pp. 238-239.

² BUSATO, P. C. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 2013, p. 56.

Questiona-se, assim, se a eleição de um bem a ser protegido pelo Direito Penal é tarefa livremente atribuída ao legislador, cuja correspondente atividade de desvelar é relegada à livre consciência do julgador ou, ao contrário, no marco do Estado Democrático de Direito, a intervenção do Direito Penal já está demarcada pela Constituição, de modo que a criminalização de condutas que atinjam bens não protegidos constitucionalmente se revela extrapolação indevida da atividade legiferante.

Em seguida, o garantismo penal é cotejado com o dever de proteção que a constituição impõe aos órgãos estatais para a efetiva proteção dos direitos fundamentais. Coloca-se a pergunta acerca da necessidade do Direito Penal e se é possível ou desejável sua extinção.

Esta e outras questões devem ser enfrentadas para situar o exame do **bem jurídico no crime de moeda falsa**. A demarcação da legitimidade do Direito Penal é imprescindível para que seja aferida a constitucionalidade da tutela da “fé pública”, inclusive para se investigar se este bem se encontra no rol daqueles para os quais a Constituição Federal determina ou aceita a drástica incidência daquele ramo do ordenamento jurídico.

Igualmente, submeter-se-á à crítica³ a teoria vigente na jurisprudência do STF e STJ de que o bem jurídico no crime de moeda falsa é imune à aplicação do princípio da insignificância.

Por último, será objeto de reflexão a problemática da gestão penal da pobreza e da vulnerabilidade das pessoas pertencentes às classes mais desfavorecidas economicamente na sociedade contemporânea sob o enfoque do crime de moeda falsa, delito este que compõe extenso acervo das causas patrocinadas pela Defensoria Pública da União perante a Justiça Federal.

1. DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO. SUPERAÇÃO DA CRISE DA BAIXA CONSTITUCIONALIDADE

A segunda guerra mundial é um marco na ruptura da confiança dos homens na razão iluminista cultuada na Revolução Francesa. Auschwitz representou tudo o que hoje se pretende dizer quando se usa a palavra mal: “atos absolutamente daninhos que não dei-

³ Utiliza-se o termo **crítica** em sentido popperiano, como o apontamento das aporias no discurso de conhecimento.

xam espaço para justificativa ou explicação.”⁴ O pós-guerra trouxe, para o Direito, a compreensão de que as constituições estatais e os tratados internacionais devem incorporar princípios cuja força é norteadada pela prevalência da dignidade da pessoa humana. É a era do pós-positivismo ou do neoconstitucionalismo.

Ana Paula de Barcelos⁵ delinea os contornos do fenômeno amplamente difundido e denominado de neoconstitucionalismo. Segundo ela, sob um ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo contemporâneo agrega três premissas, a saber: a) normatividade da constituição; b) superioridade da constituição sobre o restante da ordem jurídica; c) centralidade da Carta no sistema jurídico, de modo que todos os ramos do direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do texto maior. Do ponto de vista material, por sua vez, o neoconstitucionalismo incorpora valores e opções políticas no texto da norma, visando à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

Luciano Feldens esclarece que o paradigma constitucionalista pode ser compreendido como positivismo crítico. É uma filosofia jurídica que afeta questões conceituais e metodológicas sobre a função e a aplicação do Direito. Consoante este autor, os alicerces da nova fase do constitucionalismo são formados pela sensível ampliação do âmbito constitucional, pela elevação do grau de normatividade da Constituição, pela substancialização da justiça constitucional e, por último, pela aceitação de uma relação, contingente e limitada, entre direito e moral.⁶

A força normativa da constituição⁷ implica na imperiosa observância, por parte do legislador, administrador e julgador, das opções políticas feitas pelo constituinte originário. Não é outro o caminho a ser trilhado no Direito Penal. A teia de direitos fundamentais plasmada na Constituição forma a moldura e os limites para a criação de tipos penais e da interpretação dos já existentes.

A constituição passa a ser tida como norma máxima orientadora do projeto democrático de uma sociedade e parâmetro de legitimidade de todos os atos estatais. Todos os ramos do direito a ela rendem indiscutível fidelidade.

Neste sentido é que Hassemer⁸ nega ao processo penal a característica única de realizar o

⁴ NEIMAN, S. **O mal no pensamento moderno**: uma história alternativa da filosofia. 2003, p. 15.

⁵ BARCELOS, A. P. de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. 2007.

⁶ FELDENS, L. **Direitos fundamentais e direito penal**: a constituição penal. 2012, pp. 33-34.

⁷ HESSE, K. **A força normativa da constituição**. 1991, p.19.

⁸ HASSEMER, W. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2003, p.72.

direito material, alçando-o a verdadeiro direito constitucional aplicado e indicador da respectiva cultura jurídica e política. Ora, o Direito Penal se torna palpável unicamente pela via do processo e este, obviamente, é impregnado de garantias constitucionalmente imantadas.

Em que pese a força desta constatação, não se pode olvidar que há, dentro da dogmática penalista brasileira, uma grave crise de baixa constitucionalidade, assim entendida como a recusa de obediência irrestrita à adequação da legislação infraconstitucional às normas cunhadas no ambiente encartado na Lei Maior.

Lênio Streck identifica esta crise com a mudança de paradigma efetuada pela nova Constituição. O velho modelo de direito não teria morrido e o novo modelo – Estado Democrático de Direito – não conseguiu vir à luz até o momento. Assim, “deixar vir o novo à presença: esse é o desafio.”⁹

A dificuldade de se deixar levar pelos novos ares democráticos, no campo penal, é facilmente visualizada, por exemplo, com a instituição de tipos penais para tutelarem bens jurídicos não emanados diretamente da constituição ou quando sua criação se afasta dos postulados da subsidiariedade e da *ultima ratio*.

Também se constata a mencionada crise quando juízes e Tribunais negam a filtragem da tipicidade material, pela via da insignificância do fato, quando estão diante de bens jurídicos supostamente imunes à função redutora do tipo penal. É o se averigua no crime de moeda falsa, que é tido como ofensivo ao bem jurídico “fé pública” independentemente da situação concreta submetida ao crivo judicial.

2. SISTEMA GARANTISTA E DIREITO PENAL: IMBRICAÇÃO NECESSÁRIA

Claus Roxin indaga se o direito penal tem futuro e se ele pode ser abolido¹⁰. Ao enfrentar estas indagações, esclarece, primeiramente, que as correntes abolicionistas partem da premissa de que medidas conciliatórias, indenizações reparatórias, dentre outros similares, teriam o condão de combater as causas sociais da delinquência, de modo a tornar desnecessária a existência do Direito Penal.

⁹ STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 2013, p. 29.

¹⁰ ROXIN, C. **Estudos de direito penal**. 2008, p. 3.

Assinalando que a visão abolicionista é utópica, Roxin assume ser mais realista a hipótese de que a criminalidade, espécie do que os sociólogos designam de **comportamento desviante**, sempre existirá na sociedade. Demonstrou-se que, na Alemanha, desde o pós-guerra, houve um incremento no nível de bem-estar social, mas, na contramão disto, a criminalidade aumentou consideravelmente.

O Direito Penal não pode ser abolido, nem é desejável que assim o seja. O poder punitivo é uma força bruta inerente à sociedade que, diante das violações a bens que lhe são caros, reage irracionalmente contra o indivíduo em busca de vingança. O direito penal se revela como um filtro racional à ação desmensurada do poder punitivo. Dá-lhe racionalidade e separa as ações que agridem significativamente um bem jurídico¹¹ constitucionalmente valioso e indispensável à preservação dos direitos fundamentais.

É assim que se coloca o garantismo penal, aqui trabalhado no enfoque de Luigi Ferrajoli. Antes de tudo, é importante que se afaste qualquer tonalidade pejorativa à expressão **garantismo penal**. Este aporte teórico não se confunde com nenhum corrente cuja bandeira corresponda à impunidade. Não se busca incansavelmente elaborar empecilhos à satisfação da pretensão punitiva. Também não se preconiza a adoção de interpretações sempre benéficas ao réu.

Trata-se, isto sim, de um conjunto teoricamente elaborado de filtros¹² penais e processuais penais destinados a assegurar a imposição de pena endoprocessualmente com observância irrestrita às garantias do acusado. Alexandre Moraes da Rosa afirma que a “Constituição da República de 1988 consagra rigorosamente a tutela dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, conforme o modelo garantista do Estado de Direito”¹³.

O garantismo não faz apologia à extinção do direito penal. Ao revés, traz parâmetros para deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva. Ferrajoli é enfático ao asseverar

¹¹ Luís Greco identifica a finalidade do direito penal com a proteção de bens jurídicos. Afirma que “proibir ações não perigosas é proibir por proibir, é limitar a liberdade sem o correlato ganho social”. GRECO, L. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 2013, p. 33.

¹² Esses filtros são os assim chamados axiomas do garantismo, a saber: a) não há pena sem crime; b) não há crime sem lei; c) não há lei sem necessidade; d) não há necessidade sem injúria; e) não há injúria sem ação; f) não há ação sem culpa; g) não há culpa sem juízo; h) não há juízo sem acusação; i) não há acusação sem provas; j) não há provas sem defesa. Ferrajoli explica que os axiomas garantistas não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas que enunciam cada qual uma condição para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena.

¹³ ROSA, A. M. da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. 2008, p. 56.

que “aqui não se trata de uma condição suficiente na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir.”¹⁴

Morais da Rosa assinala que o garantismo delinea uma esfera do indecidível, onde se encontram os direitos fundamentais, funcionando como verdadeiro marco divisório, impeditivo do avanço do legislativo. Assevera, ainda, que:

Esta limitação do Poder Estatal não se restringe ao Poder Executivo, como se pode transparecer num primeiro momento, mas vincula as demais funções estatais, principalmente o Poder Legislativo, que não possui (mais) um cheque em branco; o Poder Legislativo, na concepção garantista, também está limitado/balizado em seu conteúdo por fronteiras materiais, não podendo se afastar do contido materialmente na Constituição.¹⁵

O sistema garantista, nesta ordem de ideias, cerca a atividade legislativa com uma muralha de restrições calcadas nos direitos fundamentais diante da qual não haverá transposição sem que haja o inevitável vício de inconstitucionalidade.

O Direito Penal, assim, intervirá na tutela de bens jurídicos positivados na constituição unicamente frente a comportamentos que detenham disposição agressiva tal que justifique a imposição de reprimenda pela via da tipificação penal.

¹⁴ FERRAJOLI, L. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 2006, p.90.

¹⁵ ROSA, A. M. da. **Decisão Penal**: A bricolagem de significantes. 2006, p. 86.

3. TEORIAS PERSONALISTA E CONSTITUCIONALISTA DO BEM JURIDICO E SUA ADOÇÃO COMO BALIZAMENTO DA ATIVIDADE LEGISLATIVA E INTERPRETATIVA NO DIREITO PENAL

Hodiernamente, admite-se, sem resistências teóricas, que a concepção de bem jurídico é central no Direito Penal, consistindo base da estrutura e interpretação dos tipos penais.¹⁶

A criação de tipos penais, a cominação de penas e a aplicação destas pelo julgador são fases de um procedimento orientado pelo escopo político-criminal de proteger os bens jurídicos indispensáveis à estabilidade social e à realização do ser humano.

A compreensão de bem jurídico está indissociavelmente ligada à de lesão ou perigo de lesão. O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é, na atualidade, quase um verdadeiro axioma, não encontrando oposição.¹⁷ Uma vez eleito o alvo de tutela pelo Direito Penal, há de se perquirir quais condutas (comissivas ou omissivas) são aptas a lesioná-lo gravemente, a ponto de justificar a intervenção drástica do ordenamento repressivo.

A aflição corporal, com a supressão da liberdade, somente se legitima quando proporcionalmente relacionada a uma conduta que viole bem jurídico de igual ou maior relevância. E a escala valorativa não é dada pelo legislador, magistrado ou membro do Ministério Público. Ela é extraída do catálogo de direitos fundamentais arrolados pelo parâmetro normativo da constituição federal.

Não se pode perder de vista que a via repressivo-penal não se resume à aplicação da pena. A tipificação de determinada conduta como crime acarreta, em escala de maior agressão à esfera da liberdade individual, a abertura do processo penal com todos os insidiosos instrumentos mitigadores de direitos fundamentais. Hassemer¹⁸ elucida que o procedimento penal, por servir à proteção de bens jurídicos em âmbitos centrais da convivência humana, é provido de meios intensos e coativos tais como a prisão preventiva, interceptação telefônica e sequestro.

Assim, é possível dizer com Busato¹⁹ que o bem jurídico estabelece parâmetros de proteção jurídica para identificar com precisão as hipóteses de perigo ou de lesão, o modo e a

¹⁶ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal:** parte geral. 2004, p.248.

¹⁷ PRADO, L. R. **Bem Jurídico-Penal e Constituição.** 2003, p.31.

¹⁸ HASSEMER, W. **Crítica al derecho penal de hoy.** 2003, p.72.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 61.

intensidade da ofensa a ele dirigida.

Pois bem, a conceituação de bem jurídico foi objeto de diversas elucubrações teóricas.²⁰ Cumpre advertir, na linha de Busato,²¹ que as tendências atuais se orientam a fundamentar o bem jurídico desde a política criminal, vinculando-se aos fins do ordenamento jurídico-penal e com os fins do Estado.

Em um primeiro momento, Feuerbach buscou demonstrar que todo preceito penal carrega em si um direito subjetivo como objeto de tutela. Binding concebeu o bem jurídico como estado valorado pelo legislador. Von Liszt, aprimorando o trabalho de Binding, transportou a ótica para o interesse juridicamente protegido, vendo no conceito de bem jurídico a estrutura do delito.

Luiz Regis Prado²² elucida que, enquanto Binding pensava que a norma criaria o bem jurídico, Von Liszt o visualizava como uma realidade válida em si mesma, não dependendo do juízo do legislador. A lei penal encontrava o bem a ser tutelado.

A despeito da relevância histórica de cada teoria, entende-se, neste artigo, que a construção que melhor compatibiliza a questão do bem jurídico com o marco do constitucionalismo contemporâneo é a mixagem da teoria constitucionalista²³ com a teoria personalista.

Deve-se registrar, todavia, que há forte resistência na doutrina quanto à concepção constitucionalista.²⁴ Apesar da força dos argumentos, adere-se, aqui, à linha contrária, por se compreender que os bens selecionados pela Constituição conferem segurança na orientação política criminal do Estado.

Não há que se falar, contudo, que a adoção deste marco teórico passa ao largo da discussão protagonizada por Zaffaroni acerca do uso legitimante e do uso limitativo do bem jurídico.

O viés legitimante resulta da confusão entre o caráter fragmentário da legislação penal

²⁰ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 250.

²¹ *Op. cit.*, p. 51.

²² *Op. cit.*, p. 35.

²³ Luiz Regis Prado dá notícia da diferenciação entre teoria constitucionalista geral e teoria constitucionalista estrita, sendo divergência entre elas apenas quanto à maneira de vinculação à norma constitucional. (*Op. cit.*, p. 63)

²⁴ Paulo Busato, por exemplo, defende que a Constituição só serve como um limite negativo de valoração. A proteção de bens jurídico-penais não necessariamente se identifica com os bens jurídicos que são reconhecidos constitucionalmente. Não cabe falar, portanto, do conceito de bem jurídico penal como aquele que deriva da constituição. BUSATO, P. C. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 2013, p. 168.

e seu caráter sancionador. Zaffaroni²⁵ alerta, então, que a legislação penal não cria bens jurídicos, pois estes têm berço em outros setores do ordenamento. Dar à lei penal o caráter constitutivo do bem jurídico corresponde a negar sua fragmentariedade.

O conceito limitativo, de outro lado, exige, como pressuposto do exercício do poder punitivo, a afetação de um bem tutelado pelo direito e se empresta como instrumento de contenção ao juiz, permitindo que se pergunte acerca da lesividade no caso concreto.

Feito este breve parêntese, é de se ter o bem jurídico à luz das teorias constitucionalista e personalista.

Segundo a teoria constitucionalista, os bens jurídicos devem ser extraídos da constituição, norma a balizar as diretivas político-criminais.²⁶

A concepção personalista, por sua vez, labora no campo dos bens jurídicos supra-individuais, entendendo que eles não possuem autonomia e legitimidade próprias. Sua natureza é derivada ou indireta, só podendo ser criminalizado de forma legítima caso sirva diretamente a interesses individuais relevantes.

Neste sentido, Hassemer leciona que:

Só uma teoria personalista do bem jurídico pode invocar com legitimidade uma concepção liberal de Estado, é dizer, uma concepção que legitime a ação do Estado desde o ponto de vista da pessoa. Para esta teoria, os bens jurídicos da comunidade só se podem reconhecer na medida em que – mediatamente – sejam também interesses da pessoa.²⁷

Ainda com Hassemer é possível identificar três critérios para a definição do bem jurídico penal. Primeiro, deve ser adequado à realidade social. Em segundo momento, o bem deve ser seletivo e nítido, exigindo-se precisão de significado na diferenciação dos diversos objetos de tutela penal. Por último, deve ser universalmente compreensível, abrindo-se ao controle

²⁵ ZAFFARONI, E. R. **Direito penal brasileiro**, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2010, p. 216.

²⁶ PRADO, L. R. *op. cit.*, p.62.

²⁷ HASSEMER, W. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. 1999, p.109.

democrático sobre as atividades de criminalização primária desempenhadas pelo legislador.²⁸

Cláudio Brandão é enfático ao asseverar que:

O objeto do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. Toda lei penal tutela um bem, que ela própria aponta. Os crimes no nosso ordenamento jurídico estão reunidos e sistematizados sob epígrafes, as quais constituem os títulos e os capítulos tanto do Código Penal, quanto das leis especiais. (...) Pois bem, quando o legislador (leia-se, o político) elege um bem jurídico ele efetua uma atividade de natureza política, mas essa referida atividade política precisa ter também um lado técnico: a coerência finalística e sistemática com o texto constitucional. (...) os bens jurídicos protegidos através da definição legal de crime também precisarão ter um substrato constitucional. Caso contrário, a lei penal violará os ditames da Carta Política, mormente o princípio da proporcionalidade.²⁹

A seleção de bens jurídicos pelo legislador deve ser norteada pela constituição e, especialmente, pelos princípios fundamentais do Direito Penal. Dentre eles, que formam o núcleo gravitacional e o ser constitutivo do Direito Penal, assumem importância os princípios da dignidade humana, da personalidade e individualização da pena, da humanidade, da insignificância, da culpabilidade, da intervenção penal legalizada, da intervenção mínima e da fragmentariedade.³⁰

A intervenção mínima e a fragmentariedade atuam, respectivamente, no momento de seleção do bem jurídico, limitando o legislador na elaboração de tipos penais, e na separação das condutas que assumem dimensão de agressividade suficiente a ponto de serem socialmente intoleráveis. O Direito penal se ocupa da proteção de bens jurídicos e limita sua intervenção a casos onde há um dano ou risco de dano a esse bem jurídico.³¹

Deste modo, “a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do tipo penal”.³²

²⁸ HASSEMER, W. **Bienes jurídicos em el Derecho Penal**. In: Estudios sobre justicia penal. 2005, p. 63.

²⁹ BRANDÃO, C. **Significado político-constitucional de direito penal**. 2007, p.129.

³⁰ PRADO, L. R. *Op. cit.*, p.66.

³¹ BUSATO, P. C. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 2013, p. 169.

³² PRADO, L. R. *Op. cit.*, p. 90.

É digna de destaque a observação formulada por Cláudio Brandão:

É o conceito de bem jurídico que fundamentará a aplicação supra legal do direito penal, porque ele traduz a ideia de valor tutelado pela norma e possibilita o afastamento desta dita norma em face do não reconhecimento da valoração negativa capaz de ser reconhecida proporcional à pena que em tese lhe será aplicável³³.

Juarez Cirino dos Santos³⁴ verifica que, na atualidade, estudiosos visam a reservar o conceito de bem jurídico para os direitos e garantias individuais do ser humano (concepção constitucionalista e personalista, diga-se de passagem), excluindo a criminalização (a) da vontade do poder, (b) de papéis sistêmicos, (c) do risco abstrato, (d) ou dos interesses difusos característicos de complexos funcionais como a economia, a ecologia, o sistema tributário.

No constitucionalismo contemporâneo, informador do Estado Democrático de Direito, não há espaço para criação de dogmas imperscrutáveis. Significa dizer que a todos é dado o livre debate acerca da exegese dos textos legais e do âmbito de sua aplicação, pois se vive um Estado que é “democrático, porque gestado e atuado por um direito que não se entrega ao paradigma, em sua operacionalização, da alíbia ciência dogmática do direito, logo é concebido como Estado não Dogmático” .³⁵

Nesta conjuntura, é constitucionalmente inadequada toda tentativa de se blindar um bem jurídico contra a função redutora do Direito Penal. Todos são passíveis de sofrerem agressões diminutas a ponto de afastar a intervenção criminalizante. Dogmas ao estilo de “este ou aquele bem jurídico não pode ser objeto de incidência do princípio da insignificância” devem ser combatidos.

Não é demais ter em conta a advertência de Alexandre Morais da Rosa a respeito da função retórica do bem jurídico - que aqui se busca evitar - no ordenamento jurídico:

³³ BRANDÃO, C. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2012, p. 216.

³⁴ SANTOS, J. C. **Direito Penal** – Parte Geral. 2010, p. 18.

³⁵ LEAL, R. P. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. 2013, p.3.

Com efeito, no fundo, a noção de ‘bem jurídico’ exerce uma função retórica no ordenamento jurídico, podendo ser bem explorada pelos atores, desfazendo, portanto, a prometida ‘segurança jurídica’ hipotecada pelo ‘Princípio da Legalidade’. No raciocínio empreendido, a modificação do *significante* ‘bem jurídico’ tutelado altera o resultado, movimentando-se astutamente no meio da dogmática jurídica.³⁶

O bem jurídico orienta, portanto, tanto o legislador, ditando-lhe os limites para a elaboração de leis penais, quanto o julgador, que deverá, a partir da construção dialética da decisão no procedimento em contraditório³⁷, decidir sobre a constitucionalidade ou não do tipo penal à luz dos direitos fundamentais relacionados na constituição federal.

4. BEM JURÍDICO NO CRIME DE MOEDA FALSA E SUA COMPREENSÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Sob a epígrafe **dos crimes contra a fé pública**, o título X do Código Penal declina, entre os artigos 289 e 311-A, diversos tipos penais, subdivididos em cinco capítulos, na seguinte ordem: **da moeda falsa, da falsidade de títulos e outros papéis públicos, da falsidade documental, de outras falsidades e das fraudes em certames de interesse público.**

Historicamente, é possível remontar esta categoria de delitos aos códigos do século XIX, tais como, segundo lembra Bitencourt³⁸, o código bávaro de 1813, código penal alemão de 1870 e, na Itália, os códigos Zanardelli (1889) e Rocco (1930). No Brasil, o Código Criminal do Império (1830) seguiu o modelo francês, de acordo com o qual não se empregou uma classificação sistemática dos delitos. O Código Penal Republicano (1890) previu os crimes contra a fé pública, no bojo dos quais se inseriram o falso testemunho e a denúncia caluniosa.

Em todas as modalidades delitivas, a fé pública é colocada no centro de proteção da nor-

³⁶ ROSA, A. M. da. **Decisão Penal: A bricolagem de significantes**. 2006, p. 305.

³⁷ Para Fazzalari, “o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar suas atividades”. FAZZALARI, E. **Instituições de direito processual**. 2006, p. 118.

³⁸ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte especial**. 2011, p.387.

ma penal. De acordo com o tipo penal focalizado, há especialização do bem jurídico, ora se direcionando à confiança que deve existir na moeda circulante no País (moeda falsa), ora recaindo na crença que se deve depositar na autenticidade de documentos públicos e particulares, certidões e atestados, selos ou peça filatélica.

O conteúdo da **fé pública** é extremante abstrato e destituído de concretude, havendo quem negue a ela a qualidade de bem juridicamente passível de proteção jurídico-penal.

Luiz Regis Prado recorda que:

A concepção de **fé pública** não é pacífica, havendo notícia na doutrina de forte oposição ao seu próprio reconhecimento como um bem jurídico individualizado, dada sua vacuidade e abstração. Por isso, criticaram sua adoção, dentre outros, Binding, Gerland e Litz, na Alemanha, e Gabba, Carmignani, De Marsico e Lombardi, na Itália; entretanto, doutrinadores há que louvam a classificação de certas infrações penais sob a rubrica **crimes contra a fé pública**, iniciativa que se atribui a Filangieri, durante a primeira metade do século XIX.³⁹

A despeito de sua imprecisão semântica, a dogmática penal brasileira se esforça em traçar os contornos da compreensão jurídica de fé pública. Em geral, associa-se a tutela da fé pública como objeto precípua do tipo penal, não se excluindo a proteção secundária de outros interesses. Passa-se, em breve revista, a algumas conceituações de penalistas tupiniquins. Damásio de Jesus ensina:

O homem, por exigência prática e jurídica, diante da multiplicidade das relações sociais, elevou à categoria de imperativo de convivência a necessidade da crença na legitimidade e autenticidade dos documentos. Haveria obstáculo ao progresso se, a todo momento, em face de uma transação ou demonstração de um fato, surgisse a obrigação de provar-se a veracidade de um documento. Daí a aceitação geral de que os documentos, até prova em contrário, são autênticos. A isso, sob o aspecto objetivo e o subjetivo, dá-se o nome de fé pública. Objetivamente, indica a autenticidade documental; subjetivamente, aponta a confiança *a priori* que os cidadãos depositam na legitimidade dos sinais, documentos, objetos etc., aos quais o Estado, por intermédio da legislação pública ou privada, atribui valor probatório.⁴⁰

³⁹ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 3: parte especial. 2013, p. 277.

⁴⁰ JESUS, D. de. **Direito Penal, 4º volume**: parte especial: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. 2012.

Magalhães Noronha ressalta que:

A fé pública é uma realidade e é um interesse que a lei deve proteger. Sem ela seria impossível a vida em sociedade. Fruto da civilização e do progresso – pois seria incompreensível ou inútil nas sociedades primitivas – hoje constitui um bem do qual a vida comunitária não pode absolutamente prescindir. Com efeito, o homem tem necessidade de acreditar na veracidade ou genuinidade de certos atos, documentos, sinais, símbolos, etc., empregados na multiplicidade das relações diárias, em que intervém. A atividade civil, o **mundo dos negócios** etc., carecem deles e daí a natural crença ou confiança de **todos** em que eles atestam ou provam a veracidade das relações jurídicas e sociais. Não se trata de bem particular ou privado. Ainda que, no caso, haja ofensa real ou perigo de lesão ao interesse de uma pessoa, é ofendida a fé pública, isto é, a crença ou convicção geral na genuinidade e valor dos documentos, atos etc., prescritos ou usuais para aquelas relações.⁴¹

Por fim, Paulo José da Costa Jr. esclarece que:

No âmago dos crimes contra a fé pública acha-se a falsidade. A dificuldade principia pelo conceito de *falsum*, que só pode ser negativo: falso é aquilo que não é verdadeiro. Em algumas hipóteses, o falso configura a antítese do genuíno. Assim, a moeda é falsa quando cunhada por uma entidade não autorizada, que procurará fabricá-la como se fosse verdadeira (*imitativo veritatis*). Ou então quando tenha ela sofrido alterações não permitidas (*immutatio veri*). Sustenta-se ser a fé pública a confiança que a sociedade deposita nos objetos, sinais e formas exteriores (moedas, emblemas, documentos), aos quais o Estado atribui um valor probatório qualquer.⁴²

Gunther Jakobs noticia que os casos de falsificação de moeda e de testamento foram as únicas hipóteses de *falsum* tratadas na *lex cornelia de falsis*. Acerca do bem tutelado por essa classe delitiva, lembra que a doutrina mais remota considerava a modificação da verdade como o resultado do delito, dispensando-se um novo dano. De outro lado, a nova doutrina

⁴¹ NORONHA, E. M. **Direito Penal**. 2003, p. 100

⁴² COSTA JR., P. J. da. **Curso de direito penal**. 2008, pp. 730-731.

diferencia e divide, em geral, entre uma lesão à fé pública que, per si, era suficiente como resultado do delito e uma lesão fraudulenta de determinados direitos posteriores.⁴³

Jakobs questiona se bastaria ofensa à fé pública (*publica fides*) ou se haveria a necessidade de violação de direitos de uma pessoa individual, problemática que está diretamente relacionada à teoria personalista do bem jurídico. Diante desta questão, ele se posiciona no sentido de que “estamos ante uma lesão de direitos do Estado por quanto todo delito se dirige contra a validade das normas estatais.”⁴⁴ Ainda, afirma que estes crimes são danosos principalmente não por que afetam apenas um bem individual, senão por que atentam a confiança geral nas normas.

Esta visão funcionalista sistêmica não é a que melhor se coaduna aos escopos neoconstitucionalistas abraçados no projeto democrático de 1988.

Encampada a teoria constitucionalista do bem jurídico, importa, neste passo, analisar se a fé pública foi eleita pelo constituinte como bem jurídico digno de envergadura constitucional.

A crença incondicional na moeda, documentos, atestados, selos e certidões públicos é condição para que haja segurança nas relações jurídicas entabuladas pelos cidadãos. A segurança jurídica que é trazida por estes instrumentos é decorrência do direito fundamental consagrado na cabeça do art. 5º da Constituição Republicana, que garante aos brasileiros e estrangeiros o direito, dentre outros, à segurança.

Não bastasse isso, o constituinte foi enfático ao direcionar aos entes federativos a proibição expressa de recusar fé aos documentos públicos (art. 19). União, Estados, Municípios e Distrito Federal estão normativamente vinculados a prestar fé aos documentos oriundos de cada esfera administrativa.

Assentada na constituição, a fé pública reclama uma interpretação constitucionalmente adequada, uma vez que não escapa ao crivo da tipicidade material e à sua função redutora. Para isto, é premente uma abordagem personalista deste bem jurídico, negando-se a intervenção penal quando não atingir direitos concernentes à pessoa humana.

Isto é imperioso especialmente quando se tem à mão vasto catálogo de precedentes judiciais a indicar que, quando se está diante da **fé pública**, estar-se-ia defronte a um campo de força contrário à incidência do princípio da insignificância.

⁴³ JAKOBS, G. **Falsedad documental**. Revision de un delito de engano. 2011, p. 32.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 38.

Com efeito, verifica-se na jurisprudência pátria uma verdadeira procissão de fé no tocante à observância acrítica do entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal acerca da inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra a fé pública, especialmente no **delito de moeda falsa**.

O argumento prevalente aduz que o bem jurídico tutelado pelo Título X da Parte Especial do Código Penal é supra-individual, não sendo passível de quantificação valorativa. Neste sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. PACIENTES QUE INTRODUZIRAM EM CIRCULAÇÃO DUAS NOTAS FALSAS DE CINQUENTA REAIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE EM FUNÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA, QUE, NO CASO, É A FÉ PÚBLICA, DE CARÁTER SUPRAINDIVIDUAL. REPRIMENDA QUE NÃO DESBORDOU OS LINDES DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I - Mostra-se incabível, na espécie, a aplicação do princípio da insignificância, pois a fé pública a que o Título X da Parte Especial do CP se refere foi vulnerada. Precedentes. II – Em relação à credibilidade da moeda e do sistema financeiro, o tipo exige apenas que estes bens sejam colocados em risco para a imposição da reprimenda. III – Os limites da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da pena foram observados pelo TRF da 1ª Região, que, além de fixar a reprimenda em seu patamar mínimo, substituiu a privação da liberdade pela restrição de direitos. IV – Habeas corpus denegado.⁴⁵

Fazendo coro à jurisprudência predominante do Pretório Excelso, o Superior Tribunal de Justiça também afasta o princípio da insignificância. Veja-se, nesta linha, o Recurso Especial 1251681:

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. MOEDA FALSA. PRINCÍPIO DA

INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância ao delito de moeda falsa, uma vez

⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 112708/MA.

que se trata de crime contra a fé pública. Precedentes.

II. Independentemente do fato de o paciente ter sido apreendido com apenas uma nota supostamente falsa - e sendo falsa, o valor impresso tem importância reduzida - o delito é relevante devido à natureza do bem jurídico tutelado.

III. Irresignação que deve ser acolhida para determinar o recebimento da denúncia oferecida contra o recorrido, bem como o prosseguimento da ação penal.

IV. Recurso provido, nos termos do voto do relator.⁴⁶

Os precedentes citados lançam o argumento de que o princípio da insignificância não incide no crime de moeda falsa por ter, como bem jurídico tutelado, a fé pública. Com isso há uma imunização da fé pública à incidência da função redutora da tipicidade material, dogmatizando o pensamento jurídico-penal.

Há verdadeira ideologização do saber penal. O afastamento do crime de moeda falsa do controle de constitucionalidade material, através do cotejo com os postulados do sistema garantista e com o princípio da ofensividade, gera a irracionalização do poder punitivo no processo, impedindo-se a imprescindível filtragem da tipicidade material.

A **fé pública**, uma vez blindada à crítica redutora da tipicidade material, acaba servindo de recurso retórico para se proteger o próprio prestígio do Estado, caindo, assim, na nefasta legislação simbólica, a respeito da qual Zaffaroni observa que:

A legislação penal simbólica cumpre ou pretende cumprir uma função diferente daquela referida ao objeto que menciona: constatada sua função meramente simbólica, o bem jurídico manifesto torna-se um personagem secundário, enquanto o bem jurídico latente ou real **é o prestígio do Estado como provedor de soluções para conflitos** ou ainda, mais especificamente, a **capacidade do poder punitivo de prevenir e solucionar conflitos**. Ineficaz para preservar ou restaurar o bem jurídico manifesto, a lei penal simbólica tem por único objetivo **salvar a imagem pública da capacidade resolutive do Estado**.⁴⁷

⁴⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1251681/MG.

⁴⁷ ZAFFARONI, E. R. **Direito penal brasileiro, segundo volume**: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2010, pp. 222-223.

Não há tipicidade sem ofensa, mediante dano ou perigo concreto, ao bem jurídico, expressão direta do princípio da lesividade. A imunização empreendida pela jurisprudência perde de vista que a **fé pública** é bem jurídico intermediário, cujo conteúdo lesivo depende da exposição a perigo de outros bens jurídicos.⁴⁸

A expansão do direito penal para abranger bens jurídicos supra individuais, como se dá nos delitos contra a fé pública, depende de que sejam efetivamente lesionados ou colocados sob perigo real pela conduta do sujeito em concreto, salvaguardando-se todos os critérios clássicos de imputação e princípios de garantia, consoante preleciona Jesús-María Silva Sánchez.⁴⁹

Em diversas hipóteses, tais como a mera guarda da moeda falsa, sem a exposição de um bem jurídico individualizável, exigência da teoria personalista, a criminalização do perigo abstrato acarreta inadmissível tipicidade sem lesividade.

A criação de tipos de perigo abstrato não se coaduna à constituição por não disporem de ofensividade. Assim é que, consoante afirma Zaffaroni:

A análise dos tipos penais no ordenamento vigente, por imperativo constitucional, deve partir da premissa de que existem apenas **crimes de dano (ou de lesão) e de perigo, e nesses últimos sempre deve ter ocorrido uma situação de risco de lesão no mundo real.**⁵⁰

E, quando há lesão a bem jurídico para além da fé pública, a exemplo do patrimônio de terceiro, usualmente o delito meio (*falsum*) é consumido pelo crime fim (estelionato), na esteira o entendimento consolidado na Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça, a demonstrar que o bem intermediário, no mais das vezes, perde-se na ambiência da tipicidade do bem que efetivamente lesiona uma pessoa.

⁴⁸ *Idem*, p. 225.

⁴⁹ SÁNCHEZ, J.M.S. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. 2002, p. 147.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 224.

5. O DESVIRTUAMENTO DO PODER PUNITIVO: A GESTÃO PENAL DA POBREZA E A SELETIVIDADE DO DELITO DE MOEDA FALSA

É lugar comum a compreensão de que a prisão, cuja falência já foi amplamente cogitada⁵¹, é reservada aos estratos economicamente desprivilegiados da sociedade. Não se demanda esforço para se alcançar esta constatação. A população carcerária, extrapolada e inflada, é amplamente composta por negros e pobres, que é facilmente captada pela cifra negra seletiva do aparato policial.

Ferrajoli já assinalou, a este respeito, que o cárcere é uma instituição antiliberal, desigual, atípica, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflictiva. Além da aflição corporal, a prisão impõe uma aflição psicológica (solidão, isolamento, sujeição disciplinária, perda da sociabilidade e afetividade). Assim é que “tanto os sofrimentos físicos quanto os psíquicos subtraem à pena de prisão seus caracteres de igualdade, de legalidade e de jurisdicionalidade.”⁵²

Wacquant⁵³ contribui para o debate com sua crítica à utilização do direito penal como forma de gestão estatal da pobreza. Aponta-se que a promessa do *Welfare state*, de um Estado que garanta direitos sociais e o bem estar de sua população, é diuturnamente abandonada por uma fria política neoliberal que, no lugar do braço assistencial, vale-se do Direito Penal para gerenciar os excluídos economicamente. Trata-se do fenômeno da penalização:

A penalização serve aqui como uma **técnica para a invisibilização dos ‘problemas’ sociais** que o Estado, enquanto alavanca burocrática da vontade coletiva, não pode ou não se preocupa mais em tratar de forma profunda, e a prisão serve de lata de lixo judiciária em que são lançados os dejetos humanos da sociedade de mercado.⁵⁴

No crime de moda falsa, a clientela do sistema é, em sua maioria, pessoas com pouca disponibilidade financeira. Devido à alta pena mínima estatuída ao tipo (três anos), abre-se à estrutura policial incriminadora a possibilidade de efetuar inúmeras prisões em flagrante que, muitas das vezes, constata-se ao final do processo ter se tratado de flagrante forjado.

⁵¹ BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão**. 2001.

⁵² FERRAJOLI, L. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 2006, p.379.

⁵³ WACQUANT, L. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]. 2003.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 21.

São recorrentes, no âmbito da Justiça Federal, casos de delitos de moeda falsa cometidos por pessoas em situação econômica desvantajosa, que acabam por aportar na Defensoria Pública da União para prestar a assistência jurídica integral e gratuita.

O delito de moeda falsa é o que, dentre os crimes contra a fé pública, mais aparta os seguimentos sociais, pois, enquanto um patrimonializado, ao ser flagrado repassando uma nota contrafeita, facilmente poderia alegar o desconhecimento da falsidade, situação que o excluiria da captura policial, um marginalizado, já acostumado a cair na malha repressiva estatal, igual sorte não o aguardaria, migrando contra ele todo tipo de presunção de dolo *contra legem*.

Ocorre, aqui, a função seletiva do poder punitivo estatal. Zaffaroni escreve que “as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível.”⁵⁵ Estas “obras toscas” de que fala Zaffaroni são diuturnamente estampadas nas denúncias oferecidas pelo Ministério Público Federal que, apegados à reprodução acrítica da jurisprudência dominante, submetem à persecução criminal quem “comprou um refrigerante com uma nota falsa de R\$10,00”, situações que, se não fossem trágicas, por afetarem diretamente a dignidade e a liberdade do ser humano, seriam hilárias.

O crime de moeda falsa abre campo para que a criminalização secundária de que fala Zaffaroni⁵⁶ possa selecionar as pessoas que estejam em estado de vulnerabilidade frente ao poder punitivo, conforme se encaixem no estereótipo de criminoso, sendo que estará mais vulnerável quem mais se aproximar do modelo de delinquente.

Neste sentido, pode-se aderir à ideia de que:

Em geral, já que a seleção dominante corresponde a estereótipo, a pessoa que se enquadra em algum deles não precisa fazer um esforço muito grande para colocar-se em posição de risco criminalizante (e, ao contrário, deve esforçar-se muito para evita-lo), porquanto se encontra em um estado de vulnerabilidade sempre significativo. Quem, ao contrário, não se enquadrar em um estereótipo, deverá fazer um esforço considerável para posicionar-se em situação de risco criminalizante, de vez que provém de um estado de vulnerabilidade relativamente baixo.⁵⁷

⁵⁵ ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2003, p. 47.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 49.

⁵⁷ *Op. cit.*, pp. 49-50.

CONCLUSÃO

Com o objetivo de amarrar as ideias apresentadas em modelos argumentativos suscetíveis à crítica, pode-se delinear que o crime de moeda falsa, em uma interpretação constitucionalmente adequada à luz das teorias constitucionalista e personalista do bem jurídico, depende dos seguintes requisitos ou pressupostos para que tenha sua tipicidade material reconhecida.

Primeiramente, a fé pública, por si só, não justifica a intervenção do direito penal. Adotada a teoria personalista, impõe-se a afetação de um bem jurídico pertencente a uma pessoa individualizada ou coletivamente agrupada, mas identificável em sua unidade, devendo a conduta causar dano ou perigo concreto de dano a outrem.

Ainda, a conduta deve dispor de lesividade suficiente para justificar a intervenção penal. Ações pouco agressivas fogem ao campo gravitacional do Direito Penal. Assim, nos delitos de moeda falsa, a apreensão de poucas moedas, correspondentes a valores pequenos, ou, ainda, que não tenham atingido bens jurídicos individuais, para além da fé pública, deve-se ter por materialmente atípica.

O delito de moeda falsa também reclama ampla submissão ao crivo da tipicidade material. Portanto, ele não é imune à função redutora dos princípios da ofensividade e da insignificância, dentre outros.

Não pode esgotar sua potencialidade lesiva no crime fim, quando praticado como meio necessário à consumação daquele.

Por último, o tipo do artigo 289 do Código Penal não pode ser arbitrariamente manejado pelos órgãos executivos policiais como método de seleção criminalizante pela vulnerabilidade do agente. Impõe-se ao Ministério Público, à Defensoria Pública da União, aos advogados privados e ao próprio Judiciário atuar criticamente nos casos que envolvam o crime em comento, de modo a expurgar do ambiente jurídico as condutas de pequena relevância e baixa ofensividade.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, A. P. de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Revista Diálogo Jurídico. N 15. Salvador: março de 2007.

BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva 2ª ed., 2001.

_____. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Tratado de direito penal**: parte especial. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, C. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Edições Almeida, 2012.

_____. **Significado político-constitucional de direito penal**. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1251681/MG. Relator: Ministro Gilson Dipp. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 14.10.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 112708/MA. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.asp. Acesso em 14.10.2015.

BUSATO, P. C. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

COSTA JR., P. J. da. **Curso de direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: bookseller, 2006.

FELDENS, L. **Direitos fundamentais e direito penal**: a constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERRAJOLI, L. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, L. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

HASSEMER, W. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

_____. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

HASSEMER, W. **Bienes jurídicos en el Derecho Penal**. *In*: Estudios sobre justicia penal. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

HESSE, K. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JAKOBS, G. **Falsedad documental**. Revision de un delito de engano. Madrid: Marcial Pons, 2011.

JESUS, D. de. **Direito Penal, 4º volume**: parte especial: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEAL, R. P. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

NEIMAN, S. **O mal no pensamento moderno**: uma história alternativa da filosofia. Rio de Janeiro: Difel, 2003.

NORONHA, E. M. **Direito Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.4.

PRADO, L. R. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 3: parte especial. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROSA, A. M. da. **Decisão Penal**: A bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de

controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROXIN, C. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, J. C. dos. **Direito Penal** – Parte Geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SÁNCHEZ, J-M. S. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, E. R. **Direito penal brasileiro, segundo volume**: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010, 2ª edição.

ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª edição.

WACQUANT, L. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3ª edição, revista e ampliada, agosto de 2007.

SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL E A
VIOLAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS
DO PRESO: UMA REFLEXÃO CRÍTICA
SOBRE OS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DOS
INIMIGOS DO ESTADO BRASILEIRO

Gabriel Cesar dos Santos

*THE FEDERAL PENITENCIARY SYSTEM
AND THE VIOLATION OF PRISONER'S
RIGHTS: A CRITICAL REFLECTION
OF THE SELECTION CRITERIA OF
BRAZILIAN ENEMIES OF THE STATE*

SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS DO PRESO: UMA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE OS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DOS INIMIGOS DO ESTADO BRASILEIRO

THE FEDERAL PENITENTIARY SYSTEM AND THE VIOLATION OF PRISONER'S RIGHTS: A CRITICAL REFLECTION OF THE SELECTION CRITERIA OF BRAZILIAN ENEMIES OF THE STATES

Gabriel Cesar dos Santos

Pós Graduado em Direito do Estado pelo JusPodivm. Defensor Público Federal.

RESUMO

O presente artigo aborda a violação dos direitos individuais do preso incluído no Sistema Penitenciário Federal. Embora os critérios de inclusão e transferência de presos para as penitenciárias federais estejam previstos conjuntamente na Lei nº 11.671/2008 e no art. 3º do Decreto nº 6.877/2009, não há definição precisa que delimite objetivamente os casos de submissão ao novo regime. Nesse sentido, a inobservância da legalidade estrita na fixação normativa das referidas hipóteses, aliada às próprias características dos estabelecimentos penais federais, torna constante a violação aos direitos individuais dos presos. Trata-se, portanto, de mais uma forma de expressão do direito do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Execução penal. Sistema Penitenciário Federal. Direito do Inimigo. Penitenciária de segurança supermáxima. Isolamento.

ABSTRACT

This paper intends to examine the violation of individual rights of prisoners included in the Federal Prison Department. Although the parameters of inclusion and transfer of

inmates to federal penitentiaries are provided for by the Law nº 11.671/2008 and the art. 3º of Decree 6.877/2009, there is no clear definition that objectively delimits the cases of submission to the new regime. In this sense the failure of strict legality on the normative fixation of such cases, combined with the characteristics of federal prisons themselves, generates constant violation of prisoners' individual rights. It is, therefore, another form of expressing the Enemy Criminal Law in the Brazilian legal system.

Keywords: Law of Criminal Enforcement. Federal Prison Department. Enemy Criminal Law. Supermax security prison. Solitary confinement.

Data de submissão: 20/03/2016

Data de aceitação: 14/04/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 O SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL. 1.1 Contexto Histórico. 1.2 Estrutura e características do Sistema Penitenciário Federal. 1.3 Procedimento de inclusão e transferência de presos ao Sistema Penitenciário Federal. 1.4 Hipóteses de inclusão e transferência de presos (art. 3º do Decreto 6.877/2009). 2 AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS INDIVIDUAIS DOS PRESOS FEDERAIS: A MÁXIMA EXPRESSÃO DO DIREITO DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2.1 O Direito Penal do Inimigo. 2.2 As violações aos direitos individuais dos presos federais. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca investigar a violação dos direitos individuais do preso incluído no Sistema Penitenciário Federal e a ausência de definições precisas que delimitem objetivamente as hipóteses dessa inclusão. Nesse sentido, são constantes as violações aos direitos

individuais dos presos federais, em face das próprias características dos estabelecimentos penais federais e da inobservância da legalidade estrita na fixação normativa das hipóteses de inclusão, aliada à impossibilidade de um controle efetivo sobre tais decisões.

No primeiro capítulo, portanto, serão analisadas as características referidas, através de uma breve incursão sobre o Sistema Penitenciário Federal. Em síntese, trata-se de um novo sistema penitenciário, gerido pela União, de segurança supermáxima, baseado no rigor, na restrição de direitos e no isolamento dos presos. Inspirado nas *supermaxes* americanas, esse modelo foi concebido para desarticular organizações criminosas que atuavam dentro dos presídios estaduais brasileiros.

Em seguida, o presente artigo investigará os critérios de inclusão e transferência supramencionados a partir do modelo de direito penal do inimigo, preconizado por Günter Jakobs. Embora os critérios de seleção estejam previstos conjuntamente na Lei nº 11.671/2008 e no art. 3º do Decreto nº 6.877/2009, a utilização de conceitos vagos e imprecisos vulnera os direitos individuais dos presos, na medida em que permite que decisões arbitrárias sejam proferidas, sem que haja um controle racional do ato decisório que determina a inclusão ou transferência ao sistema federal, inaugurando, portanto, um modelo de direito de penal do autor.

A proposta de desenvolvimento desse tema resulta da necessidade de uma reflexão crítica sobre a política criminal desenvolvida pelo Estado brasileiro com a efetivação de um Sistema Penitenciário Federal. Apesar da gravidade das restrições aos direitos individuais dos presos federais, acredita-se, com base na teoria do inimigo, na imprescindibilidade da medida como forma de garantir a segurança nacional, anulando os inimigos do Estado, ainda que sejam graves as consequências dessa política criminal.

Apesar disso, pouco ou quase nada se fala sobre o tema, seja pela crença no sucesso ou na necessidade da medida, seja pelo desprezo aos direitos individuais daqueles tidos como os piores inimigos da nação. São incipientes os estudos sobre o Sistema Penitenciário Federal, por tratar-se de um campo recente de investigação. Se, por um lado, isso dificulta a pesquisa; por outro, ela se mostra ainda mais relevante no sentido de provocar uma reflexão acadêmica sobre o assunto e revelar a condição dos presos invisibilizados nos estabelecimentos federais.

O trabalho utilizará o método dedutivo e o procedimento metodológico analítico-descritivo. Por meio da análise dos dispositivos da Lei nº 11.671/2008, da jurisprudência e dos enunciados do Fórum Permanente do Sistema Federal, tentará compreender o processo de

seleção dos presos inseridos no Sistema Penitenciário Federal e as violações de direitos dele decorrente. Além disso, a experiência do autor como Defensor Público Federal com atuação na Penitenciária Federal de Porto Velho, no ano de 2013, será utilizada para complementar essa investigação, trazendo elementos da rotina diária de um dos presídios federais.

1. O SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL

1.1 Contexto Histórico

É difícil resumir em tão poucas linhas o que Vera Malaguti Batista conseguiu descrever com maestria em dois capítulos de sua obra.¹ Na dicotomia entre a criminologia crítica, que revolucionou os estudos criminológicos do século passado, e “lei e ordem”, estratégia criminal de intolerância que se sustenta entre as ideologias da defesa social, da segurança nacional e do direito penal do inimigo, certo é que esta última, inflada pelo discurso do populismo criminológico,² influenciou a política criminal brasileira e o seu movimento de expansionismo penal, sobretudo nas últimas décadas, com supressão de garantias, criação de novos tipos penais e aumento das penas dos delitos já previstos. Nos últimos anos, o Poder Judiciário se alinhou a esse movimento punitivista e vem recrudescendo, também, a jurisprudência penal e processual penal.³

¹BATISTA, V. M. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**, 2011, p. 89-11.

² “A grande mídia tem sido um obstáculo a uma discussão aprofundada sobre a questão criminal. É ela que produz um senso comum que nós chamamos de **populismo criminológico**”. (Ibidem, p. 100).

³ Nesse sentido, cite-se como exemplo a decisão da 1ª Turma do STF, em agosto de 2012, no HC 108715, que proibiu a utilização de HC como substitutivo de recurso; a recentíssima decisão do pleno do STF, em fevereiro de 2016, no sentido de permitir a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (HC 126292); e a AP 470, julgada em 18 de setembro de 2013, na qual o STF aplicou a teoria do domínio do fato como fundamento de decisão condenatória de forma a superar a suposta fragilidade do acervo probatório. Sobre o último julgamento, vale transcrever a crítica de Marcelo Semer feita na palestra “Ação Penal 470 e os reflexos no julgar”, proferida no III Seminário Nacional do IBADPP, que aconteceu no dia 19 de Setembro de 2014, em Salvador: “Se o próprio juiz incentiva a jurisdição penal popular, se dá aval à lógica do estado penal de exceção, e se se consagra a figura do juiz salvacionista, o resultado é a prevalência do senso comum sobre o direito, o desprezo à teoria e aos limites que ela representa, o reconhecimento que fins podem justificar meios e a ideia de que o juiz se insere confortavelmente na segurança pública, abrindo mão da sua função de garantia para assumir a função de sensor, um fiscal que protege a sociedade às custas dos direitos individuais. Não é à toa que o recrudescimento do estado policial tem se dado, hoje, mais com as canetas do que com os cassetes”.

O resultado disso está registrado no último Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil,⁴ no qual o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contabilizou 711.473 pessoas presas no Brasil, sendo esta a terceira maior população prisional do mundo, atrás apenas de Estados Unidos e China. Apesar da construção recente de alguns presídios pelo Brasil, o país ainda apresenta um déficit de 354.244 vagas.

O crescimento da população carcerária, aliado à falta de investimentos na construção e reforma dos estabelecimentos prisionais, levou o sistema carcerário brasileiro à falência. Boa parte das penitenciárias estaduais não possui o mínimo de dignidade para abrigar pessoas em cumprimento de pena. Essa realidade do sistema penitenciário estadual se tornou um campo fértil para o surgimento de organizações criminosas e a ocorrência de diversos crimes dentro dos presídios cometidos contra os presos (tortura, abuso sexual) e pelos presos (tráfico de drogas, lesões, homicídios).

Na primeira década do século XXI, uma série de atentados violentos aconteceu no Brasil, supostamente comandados de dentro de penitenciárias brasileiras. O Primeiro Comando da Capital (PCC) assumiu a autoria de alguns desses atentados. Tal organização, inclusive, teria sido criada com o objetivo de reivindicar melhores condições para o sistema penitenciário.

Some-se ao surgimento das organizações criminosas uma grave crise na administração do sistema penitenciário estadual, a pressão da mídia e sociedade por uma resposta urgente ao problema, e têm-se o contexto em que foram criadas as penitenciárias federais brasileiras. A ideia principal desse novo sistema é neutralizar os supostos líderes de tais organizações criminosas, transferindo-os das penitenciárias estaduais para uma das penitenciárias federais, nas quais permanecem fisicamente distantes dos seus pares, reduzindo a possibilidade de comunicação entre si.

Para tanto, as penitenciárias federais foram dotadas de regras de extremo rigor e equipamentos de alta tecnologia. Consequentemente, suprimiram-se diversos direitos dos internos, conferindo ao Sistema Penitenciário Federal um aparente caráter sancionatório (natureza jurídica de sobre-condenação criminal). O sistema federal se fundamenta na falência do sistema estadual, sendo uma válvula de escape deste nos momentos de crise.

⁴ Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em: 10 de março de 2016.

O Sistema Penitenciário Federal surge, então, como tentativa de inoquização dos inimigos do Estado através de um modelo de cumprimento de pena fundado na rigidez, no isolamento dos presos e na restrição de direitos. Trata-se de mais uma forma de expressão do direito do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, e talvez a pior delas, pois o cumprimento de pena em penitenciária federal pode ser considerado como o mais duro dos castigos previstos em nossa legislação, em “tempos de paz.”⁵

Como dito, as penitenciárias federais brasileiras foram inspiradas nas prisões americanas de segurança supermáxima, também conhecidas como *supermaxes*. Em Outubro de 1983, após o brutal esfaqueamento de dois agentes penitenciários por detentos do presídio federal de segurança máxima em Marion, Illinois, todos os condenados foram submetidos a um isolamento de vinte e três horas por dia. A referida penitenciária foi gradualmente alterando as suas políticas e práticas, sendo adaptada para se tornar o que é hoje considerada uma *supermax*. Em 1994, o governo federal americano inaugurou a sua primeira prisão *supermax*, especialmente concebida com esta finalidade, em Florença, Colorado.⁶

Em 23 de Junho de 2006 foi criada a primeira Penitenciária Federal brasileira, em Catanduvas. No entanto, em face da inexistência de lei que versasse sobre o funcionamento do Sistema Penitenciário Federal, a matéria foi regulamentada provisoriamente por resolução(!) do Conselho da Justiça Federal.⁷ Somente em 2008 foi promulgada a Lei nº 11.671, que estabeleceu as regras para o seu funcionamento. A Lei nº 11.671/2008 foi, posteriormente, regulamentada pelo Decreto nº 6.877/2009. Há, ainda, o Fórum Permanente do Sistema Penitenciário Federal, que busca, através dos seus enunciados, orientar a interpretação dessas regras.

⁵ A Constituição Federal, art. 5º, inciso XLVII, prescreve que “não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada”.

⁶ ROSS, J I R. **The Globalization of Supermax Prisons.**, 2013, e-book.

⁷ Apesar disso, conforme o Informativo nº 415 do STJ, a Quinta Turma “reiterou o entendimento de que a Resolução n. 502/2006 do Conselho da Justiça Federal é constitucional, ao permitir o cumprimento de pena imposta por decisão da Justiça estadual em estabelecimento federal sob competência do juízo de Execução Criminal da Justiça Federal. A alegação de que o cumprimento da pena deve dar-se próximo à origem do condenado, de seus familiares e afins, para que seja facilitado o processo de ressocialização e de modo a contribuir para a saúde do preso, não deve sobrepor-se ao interesse coletivo de segurança e ordem pública, além da própria ordem no estabelecimento de cumprimento da pena” (HC 116.301-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 10/11/2009).

1.2 Estrutura e características do Sistema Penitenciário Federal

Atualmente, há quatro penitenciárias federais em funcionamento, sediadas nos estados do Paraná (Catanduvás), Mato Grosso do Sul (Campo Grande), Rondônia (Porto Velho) e Rio Grande do Norte (Mossoró). A quinta, localizada no Distrito Federal, está em fase de construção, com custo estimado de R\$ 34,8 milhões. Os presídios federais relatados compõem o Sistema Penitenciário Federal, administrados pelo Departamento Penitenciário Federal (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça.

A arquitetura dos presídios é padrão, sendo os mesmos totalmente edificados à base de concreto, em locais afastados dos centros urbanos. Cada uma das penitenciárias federais conta com 208 (duzentos oito) vagas, sendo 13 (treze) delas destinadas ao cumprimento de pena em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). As celas são individuais, com área total de 7 m² (sete metros quadrados), distribuídas em quatro pavilhões, chamados de vivências. As celas para cumprimento de pena em RDD possuem solário individualizado contíguo para gozo das duas horas diárias de banho de sol, uma vez que no RDD, os presos não têm qualquer contato com outros presos.⁸

A assistência à saúde, em tese, deveria ser prestada na própria unidade, que é dotada de enfermaria e gabinete odontológico. Ocorre que os cargos de médico muitas vezes não são preenchidos, com conseqüente falta de atendimento, dentre outros problemas na prestação de serviços de saúde dos presos.⁹

É vedado aos presidiários federais o acesso a qualquer espécie de sistema de telefonia, televisão, internet, rádio ou congêneres. Conforme enunciados nº 28 e 29 do *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal as cartas enviadas e recebidas pelos presos podem ser lidas pela direção do presídio, sem necessidade de prévia autorização judicial. Da mesma forma, os agentes penitenciários possuem liberdade para analisar o conteúdo de livros e

⁸ ARRUDA, H. *Prisões Federais*, 2010, p. 50.

⁹ Em ação civil pública proposta pela Defensoria Pública da União, o juiz de primeiro grau determinou o deslocamento de um clínico geral e um psiquiatra para prestar assistência aos presos da penitenciária de segurança máxima de Campo Grande/MS. Recentemente, o TRF 3, julgando pedido de suspensão de liminar, manteve a decisão de primeira instância. (TRF 3, Agravo Regimental nº 0009181-49.2013.4.03.0000/MS, Julgamento 16 de fevereiro de 2016).

revistas enviados aos presos.¹⁰

Semanalmente, são permitidas visitas comuns, cuja duração é de até três horas. Visitas íntimas ocorrem quinzenalmente, por até uma hora.¹¹ Ocorre que, via de regra, os presos são oriundos de outros estados, pois há orientação do DEPEN para que o interno não cumpra pena no estado onde reside, a fim de afastá-lo da organização criminosa a qual supostamente faz parte, ainda que tenha sido transferido por outro motivo ao sistema federal.

Além disso, ressalte-se que as penitenciárias federais ficam sempre distantes dos centros urbanos, o que dificulta ainda mais a visita dos familiares, sobretudo em relação àqueles mais pobres. Segundo dados do próprio DEPEN, pelo menos 50% dos presos das Penitenciárias Federais não recebiam visitas sociais. Essa distância, em alguns casos, proporciona um terreno fértil para a aproximação de organizações criminosas que oferecem auxílio-material para os familiares (passagens e hospedagem na sede do presídio, por exemplo) em troca de apoio à organização.

Entendendo essa dificuldade, a Defensoria Pública da União (DPU), em parceria com o DEPEN, criou o Projeto Visita Virtual, através do qual os presos se comunicam com familiares através de videoconferência.¹² A comunicação telepresencial é feita entre o preso, dentro da própria penitenciária, e a família, em uma das unidades da Defensoria Pública da União (DPU). O projeto ainda necessita de ajustes,¹³ tendo em vista que o DEPEN disponibiliza apenas um dia da semana para a visita virtual. Por esse motivo, os internos que conseguem as visitas virtuais chegam a ter que aguardar de três a quatro meses de intervalo entre as visitas. Outros sequer conseguem realizar a visita virtual, pois muitos possuem familiares em cidades em que não há sede da DPU.

¹⁰ ENUNCIADO Nº 28 - Não é necessária autorização judicial para leitura de cartas enviadas e recebidas pelos presos custodiados no Sistema Penitenciário Federal. (Editado no II *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal).

ENUNCIADO Nº 29 – Não é necessária autorização judicial para retenção de jornais, revistas e livros enviados aos presos. (Editado no II *Workshop* com alteração de texto no III *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal).

¹¹ ENUNCIADO nº 14 - A visita social pode ter o som monitorado em relação a todos os presos, mediante autorização judicial, à vista dos elementos de convicção trazidos pela administração penitenciária. (Editado no I *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal).

¹² ENUNCIADO Nº 26 - O preso, cuja família não tem condições de realizar a visita social, tem direito à visita virtual. (Editado no II *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal).

¹³ RECOMENDAÇÃO Nº 23 - Na medida do possível, o Projeto Visita Virtual deve ser expandido para que o preso possa, no mínimo, ter uma hora semanal de visita virtual com seus familiares. (Editado no IV *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal).

As entrevistas com advogados são executadas em parlatório, com gravação das imagens e, eventualmente, há autorização judicial para gravação, também, do áudio da conversa.¹⁴ Não havendo advogado constituído, a assistência jurídica é prestada pela Defensoria Pública da União.

A rotina no interior dos presídios federais é baseada em normas de extremo rigor. Quando não estão envolvidos em nenhuma atividade externa (aulas, trabalho ou visita), situação extremamente comum para vários internos, os presos permanecem por vinte duas horas dentro da cela, somente saindo para as duas horas de banho de sol. Até mesmo as refeições são feitas dentro da cela.

A despeito do teor da súmula vinculante nº 11 do STF,¹⁵ toda movimentação interna ou externa dos presos ocorre com o emprego de algemas, que somente não são utilizadas durante algumas atividades como visita, aula e banho de sol. Os internos precisam ser algemados para sair da cela, e qualquer movimentação exige a escolta de pelo menos dois agentes penitenciários, devendo o recluso manter a cabeça abaixada durante a movimentação, sendo proibido que olhe para os agentes que os conduzem.

1.3 Procedimento de inclusão e transferência de presos ao Sistema Penitenciário Federal

Pela leitura do art. 1º da Lei nº 11.671/2008, constata-se de pronto que além da transferência de presos de outros estabelecimentos penais, admite-se a inclusão direta do preso no Sistema Penitenciário Federal, sem necessitar que antes ele passe pelo sistema estadual. O caso mais famoso é o de Juan Carlos Abadia, colombiano, preso em 2007 e incluído

¹⁴ RECOMENDAÇÃO Nº 9 – A pedido do Ministério Público ou da autoridade penitenciária, por ordem fundamentada do Juízo Corregedor do Presídio Federal de Segurança Máxima, pode haver monitoramento de sons e imagens das conversas entre advogado e o preso, no parlatório, desde que a medida vise garantir a segurança pública e a regular execução da pena no estabelecimento penal, mantido o absoluto sigilo em relação ao material produzido (Editado no I Workshop do Sistema Penitenciário Federal).

¹⁵ STF, Súmula Vinculante nº 11: Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

diretamente na Penitenciária Federal de Campo Grande.¹⁶

O art. 2º da Lei nº 11.671 define como sendo da Justiça Federal a competência para acompanhar a execução penal nas penitenciárias federais. Nesse ponto, vale ressaltar, ao contrário do que se imagina, que no sistema federal além de presos condenados por crimes de competência da Justiça Federal, há também presos condenados por crimes de competência da Justiça Estadual que, inclusive, são maioria. Ou seja, não existe relação entre crimes federais e penitenciárias federais.

Quanto a isso, cabe observar que a lei ordinária transfere competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal, o que denota uma inequívoca inconstitucionalidade, já que a competência da última é taxativamente delineada pelo art. 109 da Constituição Federal. De acordo com o estudo de Filipe Augusto dos Santos Nascimento, a simples leitura do art. 109 da CF/88 é suficiente para demonstrar que entre as competências jurisdicionais da Justiça Federal não se encontra a atuação em execução penal.¹⁷

Do ponto de vista prático, além de afastar os internos de seus familiares, a transferência da execução penal prejudica também a defesa dos internos desprovidos de recursos. Ao contrário do que se pode imaginar quando se fala em integrantes de organizações criminosas, a população carcerária federal é composta, em sua esmagadora maioria, por pessoas negras e pobres. Cabe ao Sistema Penitenciário Federal, portanto, uma crítica que se faz ao direito penal como um todo: trata-se de instrumento de gestão penal da pobreza, onde a seletividade é visivelmente econômica.¹⁸ Nesse sentido, constata-se que a seletividade “atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo”, pois se encaixam nos estereótipos criminais criados.¹⁹

Segundo mapa prisional elaborado pela Penitenciária Federal de Porto Velho, até fevereiro de 2014, 129 presos cumpriam pena no referido estabelecimento. Destes, apenas 35 possuíam advogados particulares, enquanto que os demais, 94 presos, eram assistidos pela Defensoria Pública da União, o que representa mais de 69% dos internos. Nas demais

¹⁶ NASCIMENTO, F. A. dos S.. **Aspectos (In)constitucionais do Regime Penitenciário Federal**. Artigo apresentado na disciplina Aspectos Constitucionais do Processo Penal, ministrada pelo Professor Doutor Walter Nunes junto ao Mestrado da UFRN em 2013.

¹⁷ Idem.

¹⁸ MACHADO, F. A. *Gestão Penal da Pobreza no Curso da História: das origens da penitenciária às Crises Contemporâneas*, 2015, p. 192.

¹⁹ ZAFFARONI, E. R. BATISTA, N. ALAGIA, A. SLOKAR, A. **Direito Penal Brasileiro**, 2003, p. 47.

penitenciárias, a realidade é semelhante.

A transferência desses presos representa uma grande dificuldade do ponto de vista prático da assistência jurídica, pois a maioria deles foi ou é réu em processos da Justiça Estadual, mas são assistidos, na execução penal, por Defensores Públicos Federais que, além de não terem competência para atuar nos processos de conhecimento, estão muito distantes deles. O processo na Justiça Estadual, portanto, será de atribuição da Defensoria do estado onde ocorreu o crime, o que dificulta o contato do Defensor Público estadual com o assistido.

O art. 5º da Lei nº 11.671 diz que são legitimados para requerer o processo de transferência do preso para estabelecimento penal federal de segurança máxima, a autoridade administrativa, o Ministério Público e o próprio preso. A autoridade administrativa, nesse caso, pode ser diretores de presídios, secretários do governo, delegados, dentre outros. A autoridade judiciária não está elencada no taxativo rol do artigo, logo, por motivos óbvios, não poderia solicitar, de ofício, a inclusão ou transferência de presos. A despeito disso, é possível encontrar pedidos de transferência/inclusão feitos pelo juiz de origem.

Notoriamente, porém, a maioria dos casos de transferência para o sistema federal são iniciados através de requerimentos de autoridades administrativas. São raros os que acontecem por iniciativa do próprio preso. Apesar de haver um número significativo de presos que, em tese, se encaixaria em uma das hipóteses de inclusão no sistema federal (art. 3º do Decreto nº 6.877/2009), apenas alguns deles serão selecionados para entrar no sistema, de acordo com a discricionariedade e conveniência das autoridades administrativas, com o aval do Poder Judiciário. A seletividade do sistema federal é, portanto, ainda mais evidente.

Os casos de requerimento pelo próprio preso ocorrem quando há necessidade de salvaguardar a sua integridade física, conforme previsão do art. 3º, II e V, do Decreto nº 6.877/2009, cujo conteúdo será analisado no capítulo seguinte.

O requerimento de inclusão/transferência é endereçado ao juiz responsável pela execução da pena, em caso de preso definitivo, ou ao juiz que determinou a prisão, no caso de preso provisório. São estes os chamados juízos de origem. Após parecer do Ministério Público e manifestação da defesa técnica obrigatória, o juiz da origem decide se é caso de transferência para o sistema federal ou não. Caso decida pela inclusão no sistema federal, o processo é remetido ao Juiz Federal Corregedor competente. O juiz federal, após ouvir

o Ministério Público Federal e a defesa técnica, profere uma nova decisão, aceitando ou não a inclusão do preso no sistema federal. Nessa decisão, o juiz ederal deve avaliar se o preso possui o “perfil federal” e não somente verificar as condições objetivas ou se há vagas disponíveis.²⁰ Em suma, para inclusão do preso em uma penitenciária federal, se exigem duas decisões, de distintos juízos. Trata-se de um duplo juízo de admissibilidade.

Todavia, em caso de decisão denegatória da inclusão ou transferência pelo juízo federal, o art. 9º da Lei nº 11.671 possibilita ao juízo de origem a esdrúxula hipótese de suscitar conflito de competência perante o tribunal competente. Apesar da nomenclatura, tecnicamente não se trata de um conflito de competência, já que a própria lei confere aos dois juízos a competência para decidir sobre a inclusão no sistema federal.²¹ O conflito de competência da Lei nº 11.671 permite, na verdade, um novo julgamento sobre o mérito da inclusão, em face da irrisignação do juízo de origem com a decisão denegatória do juiz federal corregedor.²²

“(…) a figura prevista no diploma legal não caracteriza propriamente um conflito de competência. Conflito há quando dois juízes reputam-se competentes para decidir o mesmo caso ou quando ambos reputam-se incompetentes. No caso presente, porém, não há conflito, mas sim mera contradição entre a decisão do juízo de origem que entende necessária a transferência ou a sua renovação e a decisão do juiz federal competente, que considera qualquer das duas medidas desnecessárias. Entretanto, cada um atua na sua esfera de competência, um deferindo a solicitação de transferência ou de permanência dos legitimados na origem e outro decidindo sobre a admissão ou permanência, a partir da solicitação, do preso no estabelecimento prisional federal”.²³

²⁰ ENUNCIADO Nº 34 - Nos termos dos arts. 4º e 5º, § 4º, da Lei n. 11.671/2008 e do art. 7º do Decreto n. 6.877/2009, compete ao juiz federal corregedor do presídio decidir sobre a necessidade, adequação e cabimento da inclusão, valorando o mérito do pedido, não se limitando sua jurisdição à análise de requisitos referentes às condições da unidade prisional. (Editado no III Workshop do Sistema Penitenciário Federal).

²¹ “A divergência entre os juízes não constitui tecnicamente conflito de competência como conceitua a lei, pois na verdade há apenas discussão administrativa entre as autoridades judiciais com competência material própria” (STJ, Terceira Seção, CC 2011/0210498-1/RJ, Relator Ministro Gilson Dipp, Julgamento 23/11/2011, DJe 01/12/2011).

²² Segundo Fredie Didier Junior, o conflito positivo de competência ocorre quando dois ou mais juízes se dão por competentes para o julgamento da mesma causa, devendo ser dirimido para que apenas um deles seja declarado competente e possa julgar a causa (DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, 2007, pg. 167).

²³ II *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal

Apesar de ser remédio apto a ensejar a reforma da decisão de inclusão/transferência, o conflito de competência, tecnicamente, também não é um recurso, pois além de não atender ao princípio da taxatividade,²⁴ falta ao juiz de origem legitimidade e interesse em recorrer. Segundo o art. 996 do NCPC, “o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica”. O juiz de origem não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses. Por esse motivo, recomendou-se, no II Workshop sobre o Sistema Penitenciário Federal, uma alteração legislativa ao art. 9º da Lei nº 11.671, na qual se extinguiria o malfadado conflito de competência, substituindo-o pela possibilidade de interposição de agravo de instrumento, do CPC, que seria mais célere do que o agravo em execução. A legitimidade para interposição do agravo seria daqueles previstos no art. 5º da Lei nº 11.671.²⁵

Como não se trata de recurso, não há intimação do preso para apresentação de contrarrazões, já que não é parte do conflito e, portanto, não exerce seu direito de defesa, a não ser que se habilite nos autos como terceiro interessado. Nesse ponto, mais uma dificuldade prática surge aos presos federais que, na maioria dos casos, não exercem qualquer participação nos conflitos de competência.

A permanência no Sistema Penitenciário Federal, em tese, será sempre excepcional e por prazo determinado. É o que prescreve o art. 10 da Lei nº 11.671/2008. O período de permanência não poderá exceder 360 dias, podendo ser renovado, entretanto, sucessivas vezes. No caso de renovação, é necessário que o juízo da origem se manifeste expressamente

²⁴ “Recurso é somente aquele previsto em lei” (DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, 2008, pg. 48).

²⁵ “Alteração do art. 9º da Lei nº 11.671/08: Art. 9º. Rejeitada a transferência, os legitimados para requerer a transferência ao juiz de origem poderão agravar da decisão do juiz federal responsável pelo estabelecimento penal federal ao Tribunal Regional Federal competente, que o apreciará em caráter prioritário”. Fundamento: “Deve competir exclusivamente às autoridades federais, especialmente ao juiz federal responsável pelo estabelecimento prisional, a decisão quanto à admissão ou à renovação da permanência, sendo de se observar que são as autoridades federais que têm melhores condições de avaliar a viabilidade da admissão e da renovação da permanência do preso, já que para isso devem ser consideradas as vagas disponíveis e a necessidade de atender outras solicitações e prioridades. A permanecer o atual sistema, corre-se o risco de perder-se o controle sobre os presídios federais, ficando eles sujeitos às decisões de juízes distantes dos presídios. De todo modo, para que a questão não fique sujeita à resolução de uma só instância, prevê a proposta a possibilidade dos órgãos legitimados na origem para solicitar a transferência ou permanência recorrerem ao Tribunal Regional Federal competente contra eventual rejeição da transferência ou da permanência pelo juiz federal responsável pelo estabelecimento prisional. Por sua maior celeridade e praticidade, propõe-se que o recurso siga o procedimento do agravo de instrumento da lei processual civil, pois o recurso equivalente na lei processual penal, o recurso em sentido estrito, tem tramitação lenta e demorada. (Editado no II Workshop sobre o Sistema Penitenciário Federal)

pela mesma e que o Juiz Federal Corregedor a aceite. Rejeitada a renovação, pode o juízo de origem suscitar o conflito de competência, conforme previsão do art. 10, § 5º, da Lei nº 11.671/2008. Durante a tramitação do conflito de competência, o preso permanece custodiado no presídio federal (art. 10, § 6º, da Lei nº 11.671/2008).

Não se olvida, nesse ponto, que o Superior Tribunal de Justiça, a despeito do teor do Enunciado nº 34 do *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal²⁶ têm reiteradamente decidido, nos conflitos de competência (tanto para inclusão/transferência, quanto para renovação da permanência), que a decisão do juiz da origem deve prevalecer sobre a decisão do juiz corregedor²⁷. Essa é a maior preocupação atual entre os profissionais que atuam nas penitenciárias federais, conforme registrado no VI *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal, em setembro de 2015. Esse entendimento “transformou o duplo juízo de admissibilidade em somente um: o do juiz de origem”.²⁸

“Essa jurisprudência estimulou alguns juízes a prodigalizar o conflito de competência, a ponto de manejá-lo, mesmo sem previsão legal, para todas as hipóteses em que o juiz corregedor do presídio federal, independentemente do motivo, divergindo do juiz de origem, determina a devolução do preso. Isso tem ocorrido mesmo nos casos em que a devolução decorre de benefício concedido (progressão de regime ou livramento condicional, por exemplo) no processo de execução penal”²⁹

Nessa mesma linha, e contrariando o entendimento do Enunciado nº 24 do Fórum Per-

²⁶ ENUNCIADO Nº 34 - Nos termos dos arts. 4º e 5º, § 4º, da Lei n. 11.671/2008 e do art. 7º do Decreto n. 6.877/2009, compete ao juiz federal corregedor do presídio decidir sobre a necessidade, adequação e cabimento da inclusão, valorando o mérito do pedido, não se limitando sua jurisdição à análise de requisitos referentes às condições da unidade prisional. (Editado no III *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal).

²⁷ “Não cabe ao Juízo Federal discutir as razões do Juízo Estadual, quando solicita a transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima, assim quando pede a renovação do prazo de permanência, porquanto este é o único habilitado a declarar a excepcionalidade da medida” (CC n. 120.929/RJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze Terceira Seção, DJe 16/8/2012). No mesmo sentido: CC 127917/RJ; CC 138260/RJ; CC 124362/RJ; CC 130808/RJ; CC 132365/RJ; CC 130713/RJ, CC 125871 / RJ. Em sentido contrário, registre-se o CC 122503/ES e CC 140473/CE.

²⁸ VI *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal.

²⁹ Idem.

manente,³⁰ o STJ tem decidido pela permanência no Sistema Federal, ainda que o juízo federal tenha concedido benefício de progressão de regime ou livramento condicional.³¹

“Esse panorama jurídico traçado tem trazido três efeitos por demais nefastos e que precisam ser equacionados: (1) Alguns estados da federação, com a clara demonstração de que adotam a política de que preso bom é preso longe, depois que conseguem incluí-lo em presídio federal, não permitem a volta, suscitando conflito de competência; em outras palavras, a estada em presídio federal, que deveria ser excepcional e temporária, torna-se definitiva. (2) O preso fica cumprindo a pena integralmente no regime fechado, sem direito a progressão, nada obstante o juiz corregedor entenda que ele faz jus a esse benefício e o Supremo Tribunal Federal tenha sufragado posição de que essa circunstância malfero o princípio constitucional que impõe a individualização da pena. (3) Não raro há excessiva demora na solução do conflito de competência, que extrapola o prazo de 360 dias, de modo que o detento termina ficando recolhido no presídio federal mais uma temporada, gerando uma espécie de prorrogação branca ou por decurso de prazo. No final, o preso recebe como resposta ao conflito a decisão de que o incidente resultou prejudicado, pela perda do objeto. E assim, de perda de objeto em perda de objeto, o preso continua no presídio federal e perde a esperança de sair de lá, o que alimenta a insatisfação e torna o clima entre os presos e os agentes penitenciários em geral, assim como com os juízes corregedores, cada vez mais tenso e preocupante”.³²

³⁰ ENUNCIADO Nº 24 - O preso será devolvido ao juízo de origem nos casos de concessão de progressão de regime ou de livramento condicional, assim como nos casos de incidente de insanidade mental ou de doença incurável que dependa de tratamento prolongado ou específico, inviável de ser prestado no âmbito das penitenciárias federais. (Editado no II Workshop com alteração de texto no III *Workshop*).

³¹ “Nos termos da jurisprudência desta corte, a concessão do benefício da progressão de regime ao apenado em presídio federal de segurança máxima fica condicionada à ausência dos motivos que justificaram a transferência originária para esse sistema ou, ainda, à superação de eventual conflito de competência suscitado.” (CC n. 125.871/RJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, DJe 7/6/2013) (AgRg no CC 131.887/RJ, Terceira Seção, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 3.4.2014)

³² VI *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal.

1.4 Hipóteses de inclusão e transferência de presos (art. 3º do Decreto nº 6.877/2009)

O art. 3º da Lei nº 11.671/2008 prescreve que “serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso”. A utilização de um conceito jurídico indeterminado (interesse da segurança pública) revela a inconstitucionalidade do artigo, que macula frontalmente o princípio da legalidade, tendo em vista que uma de suas funções é a proibição de incriminações vagas e imprecisas. A utilização de uma cláusula aberta, nesse caso, revela-se perniciosa, pois transfere o seu preenchimento integralmente ao Poder Judiciário, de acordo com a discricionariedade do mesmo. No afã de preencher o vácuo normativo deixado pelo artigo, o Decreto nº 6.877/2009, em seu art. 3º, traz seis hipóteses de inclusão no Sistema Federal, traçando o “perfil federal” e, aparentemente, extrapolando a sua função regulamentadora.

“Art. 3º Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características:

I - ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;

II - ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem;

III - estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD;

IV - ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça;

V - ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou

VI - estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem”.

Para minimizar as imprecisões, o referido artigo deve sempre ser interpretado à luz do art. 3º da Lei nº 11.671/2008. Assim, não basta que o preso possua uma das características arroladas no artigo 3º do decreto, mas a internação também deve ser medida imprescindível ao interesse da segurança pública ou do próprio preso. Vale sempre lembrar que o cumprimento de pena em penitenciária federal é medida excepcional e, por esse motivo, deve ser sempre a última opção.

A primeira hipótese para federalização da execução penal é quando o preso desempenhou função de liderança ou teve participação relevante em organização criminosa. Conforme afirmado alhures, foi justamente para desarticular as organizações criminosas que o Sistema Penitenciário Federal foi criado, sendo sintomático que o artigo seja inaugurado com essa hipótese. Há, neste inciso, inequívoca violação ao princípio penal do *non bis in idem*, uma vez que a participação em organização criminosa, por si só, já é motivo para condenação criminal, havendo, ao menos, dois tipos penais previstos em nossa legislação para esta conduta.³³

A despeito disso, importante ressaltar, que não basta mencionar no requerimento de inclusão/transfêrencia que o preso é líder ou tem participação relevante em organização criminosa. O juiz de origem que fizer essa alegação deverá encaminhar, juntamente com o pedido, elementos que corroborem essa afirmação.³⁴

Em segundo lugar, não basta a participação relevante em qualquer organização criminosa para ocorrer a transferência. Deve a organização criminosa também ser relevante, o que significa, por exemplo, estar ativa, possuir membros fora do sistema penitenciário e/ou ter grande poder aquisitivo. Do contrário, tal medida não atenderá aos interesses da segurança pública.

No inciso II, a transferência ocorre quando o preso comete crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem. Nesse caso, o risco não pode ser fundamentado apenas pela função anteriormente exercida pelo preso. Assim, se o preso é policial militar, por exemplo, não se pode fundamentar a transferência com base no risco que correria em função do cargo que exercia. Os militares devem ser recolhidos em presídios militares, enquanto que o ex-militar que foi excluído da corporação, deve ser encaminhado para alas específicas nos estabelecimentos penais comuns. Na prática, verifica-se que a pretexto de resguardar a integridade física, estão incluindo presos em sistema muito mais rígido e restritivo.

O inciso III traz a hipótese de federalização da execução para cumprimento de pena em regime disciplinar diferenciado. Tal inciso, todavia, somente se justifica em face da inope-

³³ Código Penal, Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. **Lei nº 12.850/2013**, Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

³⁴ ENUNCIADO Nº 39 - O juízo de origem que alegar ser o preso membro de facção criminosa deverá encaminhar, com o pedido, elementos que corroborem a afirmação. (Editado no III Workshop do Sistema Penitenciário Federal).

rância de alguns estados que ainda não possuem presídios adequados para cumprimento de pena em RDD. Do contrário, não há sentido em transferir a execução apenas com esse objetivo. Vale dizer que a constitucionalidade do RDD está sendo questionada no STF, na ADI/4162, proposta pelo Conselho Federal da OAB, ainda pendente de julgamento. José Afonso da Silva, em parecer anexado à petição inicial da referida ADI, faz dura crítica ao RDD, mas que também serve ao sistema federal:

“O RDD é, na verdade, uma alternativa encontrada pelo Estado para, tentar enfrentar o crônico problema da permeabilidade dos estabelecimentos carcerários ao mundo exterior e à incapacidade da Administração de controlar o ambiente prisional, assim como a ineficiência do sistema no que diz respeito à separação dos presos conforme seus antecedentes, sua periculosidade e características pessoais, prevenindo a formação das ditas facções criminosas”.

No que tange ao inciso IV, trata-se da hipótese de transferência no caso de ser o preso membro de quadrilha ou bando envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça. Enquanto que o inciso V traz a hipótese do colaborador ou delator premiado, quando essa condição represente risco à integridade do preso. Trata-se da segunda hipótese de inclusão no sistema federal para proteção da integridade física do próprio preso.

Por fim, no último inciso, o decreto prevê a hipótese de inclusão no sistema federal no caso do preso se envolver em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem. Trata-se, também, de outro relevante inciso, uma vez que o sistema federal se tornou uma válvula de escape dos sistemas estaduais. Sempre que ocorre uma rebelião, diversos presos são enviados às penitenciárias federais, muitos deles sem o chamado “perfil federal”. São punidos para servir de exemplo aos demais presos, confiando-se no poder dissuasório da medida. Constatando esse fato e tentando coibi-lo, foi criado o enunciado nº 19 do *Workshop* do Sistema Federal no sentido de que “uma rebelião, por si só, não autoriza a transferência de todos os detentos envolvidos que não possuam perfil para o Presídio Federal”.³⁵

Alguns desses presos, relatam que após retornar ao sistema penitenciário estadual, com o status de preso federal, são mais temidos e respeitados do que antes. Isso porque, durante a estadia no sistema federal, terá o preso a chance de se relacionar com o alto escalão de

³⁵ Editado no II *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal.

grandes organizações criminosas, o que lhe dará notoriedade e *status* no ambiente prisional. A passagem pelo sistema penitenciário federal representa, portanto, uma espécie de promoção na carreira criminal do preso, ainda que involuntária. Relatam, ainda, que qualquer acontecimento que ocorra na penitenciária após o seu retorno passa a ser imputado a eles, ocasião em que acabam voltando ao sistema federal. No 3º Encontro Nacional de Defensores Públicos Federais,³⁶ esse fenômeno foi batizado como “superestigmatização” dos presos federais, em palestra proferida pelo Defensor Público Filipe Augusto dos Santos Nascimento que atuou por alguns anos na Penitenciária Federal de Mossoró/RN.

2. AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS INDIVIDUAIS DOS PRESOS FEDERAIS: A MÁXIMA EXPRESSÃO DO DIREITO DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. O Direito Penal do Inimigo

O direito penal do inimigo idealizado por Günther Jakobs encontra fundamento filosófico, de acordo com o autor, nas teorias contratualistas de Rousseau e Hobbes, sob o fundamento de que o inimigo se afasta, permanentemente, do contrato social pactuado com o Estado, rebelando-se contra este e deixando de ser cidadão.³⁷

O inimigo, de acordo com o referido modelo, é tratado mediante a supressão de seus direitos individuais e garantias fundamentais, sendo punido com rigores de guerra em nome da segurança pública. Assevera Günther Jakobs que o Estado pode proceder de dois diferentes modos em relação aos delinquentes: tratando-os como cidadãos que cometeram um delito ou como inimigos “que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico”.³⁸ Conforme assevera José Joaquim Gomes Canotilho, com o direito penal do inimigo a pena passa a objetivar uma “repressão expiatória através da segregação e neutra-

³⁶ III Encontro Nacional de Defensores Públicos Federais, ocorrido em Brasília, entre os dias 03/04/2013 a 06/04/2013.

³⁷ JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas, 2007, p. 25.

³⁸ *Ibidem*, p. 42.

lização do criminoso”.³⁹

De acordo com Jesús Maria Silva Sánchez, trata-se da “terceira velocidade”⁴⁰ do direito penal, no qual o direito penal do cárcere concorre com uma “ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e garantias processuais.”⁴¹ Conforme alertado por Foucault, a pena é “dosada não pela importância da culpa ou do prejuízo, mas por aquilo que é útil à sociedade”.⁴² Para Manoel Cancio Meliá, “o conceito de Direito penal do inimigo só pode ser concebido como instrumento para identificar, precisamente, o não-Direito penal”⁴³, já que se trata de um direito penal do autor, quando “‘estar aí’ de algum modo, ‘fazer parte’ de alguma maneira, ‘ser um deles’, ainda que só seja em espírito, é suficiente.”⁴⁴

Lastreando-se na teoria do direito penal do inimigo, o Sistema Penitenciário Federal inaugura, através de um discriminatório critério de seleção, uma sequência lógica de violações aos direitos individuais dos presos. Não se olvida que restrições aos direitos individuais são admitidas, desde que, conforme Robert Alexy, aos princípios colidentes seja “atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão”.⁴⁵ No entanto, a inexistência de critérios legais taxativos, aliada ao subjetivismo do intérprete e o alto grau de inquisitorialidade⁴⁶ do procedimento, faz do processo de inclusão e

³⁹ CANOTILHO, J. J. G. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**, 2008, p. 237.

⁴⁰ Nesse sentido, o direito penal de “primeira velocidade” corresponderia ao modelo tradicional de aplicação da pena de prisão, aliado ao rígido respeito aos princípios político-criminais clássicos; já o direito penal de “segunda velocidade” seria marcado não pela pena de prisão, mas por penas restritivas de direitos e pecuniárias, aliado, todavia, a uma flexibilização proporcional de princípios e garantias fundamentais (SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales**, 2011, p. 183).

⁴¹ Idem. Ibidem, p. 183.

⁴² FOUCAULT, MI. **A Sociedade Punitiva**: Curso no Collège de France (1972-1973), 2015, p. 31-32.

⁴³ JAKOBS, G; MELIÁ, M C. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas., 2007, p. 66.

⁴⁴ Idem. Ibidem, p. 81.

⁴⁵ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2008, p. 296.

⁴⁶ Segundo Salo de Carvalho, “a regra do poder penal é o *inquisitorialismo*”, sendo mais correto “ao invés de dicotomizar os sistemas processuais penais em acusatório e inquisitório, identificar os graus de inquisitorialismos presentes nos distintos momentos históricos, nos diversos discursos de legitimação e nas diferentes leis processuais penais” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**: 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 169).

transferência um decisionismo disfarçado.⁴⁷

2.2. As violações aos direitos individuais dos presos federais

Como dito, a impossibilidade de controle racional do ato decisório de inclusão no Sistema Penitenciário Federal inaugura uma cadeia sequencial lógica de violação aos direitos individuais do preso. A primeira violação aos direitos fundamentais dos presos federais que se percebe, ocorre em relação ao princípio da legalidade. Segundo André Puccinelli Júnior, o princípio da legalidade “celebra o primado da lei sobre o arbítrio estatal, representando o mais avançado marco do Estado de Direito”.⁴⁸ A Lei nº 11.671/2008, por sua vez, não define com precisão as hipóteses de inclusão nas penitenciárias federais, o que se tentou fazer através do Decreto nº 6.877/2009 que, além de extrapolar sua função regulamentadora, igualmente não obteve sucesso, ante à sua imprecisão, já que trouxe uma série de situações autorizadoras.

Desse modo, além da violação por si só ao princípio da legalidade, a ausência de critérios objetivos definidos em lei viola também outros direitos individuais do preso na medida em que transfere ao arbítrio estatal o preenchimento de uma norma aberta.⁴⁹ Tal discricionariedade na seleção dos presos, portanto, representa grave lesão à isonomia, uma vez que permite tratar de maneira diferente pessoas em semelhantes situações.

Valendo-se dos estudos de Manoel Jorge e Silva Neto, esclarece-se que quando “a discriminação é consumada em razão de uma situação de fato que a determina, está-se diante da discriminação legítima”, enquanto que a discriminação ilegítima ocorre quando “não há correspondência entre o fator de desequiparação utilizado e uma circunstância de

⁴⁷ Para Virgílio Afonso da Silva, a crítica mais frequente à metodologia da teoria dos princípios de Alexy “é aquela relacionada à racionalidade do processo de solução de colisões entre princípios, o *sopesamento*”. Segundo esse pensamento crítico, portanto, “todo sopesamento nada mais é que um decisionismo disfarçado”, tendo em vista a inexistência de critérios racionais (SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia, 2011, p. 146).

⁴⁸ JÚNIOR, A. P. **Curso de Direito Constitucional**, 2012, p. 218.

⁴⁹ Para Flávia Piovesan “os direitos humanos surgem como reação e resposta aos excessos do regime absolutista, na tentativa de impor controle e limites à abusiva atuação do Estado”. (PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**, 1998, p. 127-128).

fato”,⁵⁰ o que é verificado durante o processo de inserção dos presos no sistema federal.

O processo de seleção dos inimigos e a execução de suas penas também resulta em inegável dano à honra e à imagem dos presos federais. Segundo José Afonso da Silva, “a moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial”.⁵¹ Inegável, portanto, que, ao receber a rotulação de criminoso federal, uma grave ofensa à honra do preso será perpetuada, já que as próprias hipóteses de federalização da execução penal, em tese, indicam se tratar de pessoas muito perigosas.

Neste sentido, mencionamos acima o fenômeno da “superestigmatização” dos presos federais. Segundo a teoria do interacionismo social,⁵² o cárcere age na formação de uma identidade desviante, mediante um complexo processo psicológico em que o condenado passa a assumir uma nova imagem de si mesmo. O isolamento agrava este processo, na medida em que dessocializa os presos, mantendo-os distantes da sociedade e da família. O rótulo dado ao preso federal é muito mais pesado do que aquele imposto a um preso “comum” e certamente o acompanhará por toda vida, sendo bem provável que se apresente como um grande empecilho em futuras entrevistas de emprego, por exemplo.

Há que se considerar, ainda, a proibição à tortura e às penas cruéis, desumanas ou degradantes, contida na Constituição da República, na Convenção contra Tortura⁵³ e em outros tratados internacionais.⁵⁴ Juan E. Méndez, Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em relatório apresentado em agosto de 2011, e em parecer jurídico

⁵⁰ NETO, M J e S. **Curso de Direito Constitucional**, 2013, p. 690.

⁵¹ DA SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 1997, p. 197.

⁵² “A reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante tem, frequentemente, a função de um ‘commitment to deviance’, gerando, através de uma mudança da identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu” (BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal**, 2011, p. 89-90).

⁵³ Segundo José Augusto Lindgren Alves, a segunda guerra mundial reestabeleceu com ares de sofisticação da prática da tortura, especialmente contra dissidentes os comunistas e opositores aos regimes militares. Aponta, ainda, que na década de 70, o apartheid agravou o fenômeno das torturas e dos ‘desaparecimentos’ como táticas de guerra suja. Nesse contexto histórico foi elaborada a convenção sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**, 1997, p. 145).

⁵⁴ Constituição Federal de 1988, art. 5º, III; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, art. 7º; Convenção contra Tortura, art. 1º e 16; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 5º.

apresentado na ADI 4162,⁵⁵ como *amicus curiae*, afirma que o “isolamento de pessoas detidas por um longo período pode constituir tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante e, em alguns casos, tortura”.⁵⁶ Esclarece que o isolamento consiste no confinamento dos presos em suas celas por 22 a 24 horas ao dia e que, em sua visão, o regime de isolamento por longo período de tempo é aquele que exceder quinze dias.

“Este regime é também conhecido pelos nomes de ‘segregação’, ‘isolamento’, ‘separação’, ‘celular’, ‘bloqueio’, ‘Supermax’, ‘o buraco’ ou ‘Unidade de Habitação Segura’ (Secure Housing Unit - SHU), embora todos estes termos possam envolver diferentes aspectos. Para os fins deste documento, o Relator Especial define regime de isolamento como o isolamento físico e social de indivíduos confinados a suas celas por 22 a 24 horas ao dia. É particularmente preocupante para o Relator Especial o uso prolongado do regime de isolamento, o que ele define como qualquer período de confinamento solitário por mais de 15 dias. O Relator tem consciência do esforço arbitrário que é definir o momento a partir do qual um regime já prejudicial se torna prolongado e, portanto, capaz de infligir uma dor inaceitável. O Relator conclui que o prazo de 15 dias representa o marco que separa o “regime de isolamento” ao “regime de isolamento prolongado”, porque, a partir deste momento, de acordo com a literatura pesquisada, alguns dos danos psicológicos causados pelo isolamento se tornam irreversíveis.

(...) O uso do regime de isolamento por tempo indeterminado ou prolongado tem aumentado em várias jurisdições, em especial como parte da ‘guerra contra o terror’ e no contexto de ‘ameaças à segurança nacional’. Indivíduos submetidos a quaisquer destas práticas são, de certa forma, colocados em uma prisão dentro de uma prisão, e portanto estão submetidos a uma forma extrema de angústia e exclusão, o que claramente excede uma pena de prisão normal”.⁵⁷

Juan E. Méndez afirma que o uso do regime de isolamento por mais de quinze dias, sob qualquer circunstância, não deve constituir uma ferramenta legítima

⁵⁵ Conforme exposto alhures, o Conselho Federal da OAB ajuizou ação direta de constitucionalidade (ADI/4162), questionando os dispositivos da Lei que instituiu o RDD. Um dos fundamentos da ação é que o isolamento imposto no RDD constitui violação à dignidade da pessoa humana e à garantia de vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante. A referida ADI ainda não foi julgada.

⁵⁶ Disponível em: http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Juan%20Mendez_Agosto%202011_PORT.pdf. Acesso em 15/03/2016.

⁵⁷ Idem.

ma nas mãos do Estado, recomendando a abolição dessa prática. Isso porque, segundo diversas pesquisas científicas, “depois de quinze dias agravam-se os efeitos nocivos do isolamento para a saúde mental do indivíduo, podendo chegar a níveis irreversíveis”.⁵⁸ Os estudiosos citam como efeitos nocivos desta segregação: a ansiedade, ataques de pânico, depressão, variando do baixo humor à depressão clínica, raiva, perturbações cognitivas ou distorções sensoriais, paranoia, automutilação e até o suicídio.⁵⁹

CONCLUSÃO

Além de estar eivado de imprecisões e lacunas na formulação dos diplomas normativos que disciplinam o seu funcionamento, o Sistema Penitenciário Federal viola diversos direitos individuais, gerando danos irreversíveis à vida dos sujeitos que estão submetidos a ele, na medida em que contribui fortemente para construção de um perfil sócio-psicológico que potencializa e reforça a relação daqueles com a criminalidade, consolidando a identidade criminosa e perpetuando a desviação. Nesse contexto, verifica-se a existência de uma “superestigmatização” do preso federal, já que as próprias hipóteses de federalização da execução indicam, em tese, se tratar dos presos mais perigosos. O processo de formação da identidade desviante é ainda mais pernicioso, pois ao assumir o papel correspondente ao estereótipo de “criminoso federal” que lhe foi atribuído, terá que *fazer jus* à sua periculosidade quando regressar ao convívio social.

O rigor no isolamento causa danos psicológicos irreversíveis, agravando ainda mais os efeitos nocivos desta medida. Quando mantém os presos ainda mais distantes da sociedade e da família, rotulados como grandes inimigos da nação, dificultam-se ainda mais as remotíssimas chances de ressocialização.⁶⁰ Além das relatadas violações aos direitos dos

⁵⁸ Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/SRTorture/ParecerMendez_sp.pdf. Acesso em 14/03/2016.

⁵⁹ SHALEV, Sharon. **Solitary Confinement and Supermax Prisons: A Human Rights and Ethical Analysis**, 2011, p. 156.

⁶⁰ “O tão sonhado êxito na ressocialização soa como mero artifício ardiloso de justificação, ou na melhor das hipóteses, como promessa utópica irrealizável. As histórias de ‘sucesso’ daqueles que emergem do sistema penitenciário são histórias de sobrevivência. Não são demonstrações da capacidade da pena para fazer o bem. A prisão não ressocializa. Ela dessocializa. Ela não integra, mas segrega” (ROSA, Alexandre Morais da. JUNIOR, Salah H. Khaled. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**, 2014, p.100).

presos federais durante o cumprimento da pena, que por si só são suficientes para se contestar o sistema, é importante também perceber as repercussões psicossociais do período de isolamento quando voltarem a viver em sociedade. O sistema federal, com seu “superestigma”, não ajuda nesse retorno.

Nesse sentido, interessante questionar, por exemplo, quem daria emprego a um egresso do sistema federal. Se o mercado de trabalho já é competitivo para “pessoas normais”, se já é difícil para um “ex-presos comum” arrumar algum emprego digno, o que dizer, então, do “perigoso preso federal”? Cinismo, ou no mínimo ingenuidade, acreditar que cursos de música e costura serão suficientes para humanizar a execução da pena em prisão federal e reverter esse processo.

Contestar o funcionamento do Sistema Penitenciário Federal não é “apenas” defender os direitos individuais das pessoas presas, mas, também, questionar a eficácia do sistema sob o ponto de vista da política criminal, na medida em que se acredita que os efeitos nocivos do encarceramento federal podem também aumentar os índices de reincidência.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FDT, 1997,.

ARRUDA, Hécio. **Prisões Federais**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 22, n. 7, jul. 2010.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**: 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**: 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Volume 1: Teoria Geral do Processo e processo de conhecimento**, 7ª Edição, Ed. JusPodivm, 2007.

_____. **Curso de Direito Processual Civil, Volume 3: Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**, 5ª Edição, Ed. JusPodivm, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A Sociedade Punitiva: Curso no Collège de France (1972-1973)**. 1ª Ed. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JÚNIOR, André Puccinelli. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Francisco Nogueira. A Gestão Penal da Pobreza no Curso da História: das origens da penitenciária às Crises Contemporâneas. **Revista da Defensoria Pública da União nº 8**. Brasília: DPU, 2015, p. 185-205.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de e GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. **Aspectos (In)constitucionais do Regime Penitenciário Federal**. Artigo apresentado na disciplina Aspectos Constitucionais do Processo Penal, ministrada pelo Professor Doutor Walter Nunes junto ao Mestrado da UFRN em 2013.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**: 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

ROSA, Alexandre Morais da. JUNIOR, Salah H. Khaled. **In dubio pro hell**: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROSS, Jeffrey Ian Ross. **The Globalization of Supermax Prisons**. Rutgers University Press, 2013, e-book.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011.

SHALEV, Sharon. **Solitary Confinement and Supermax Prisons**: A Human Rights and Ethical Analysis. *Journal of Forensic Psychology Practice*, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/15228932.2011.537582>. Acesso em 10/03/2016.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZAFFARONI, E. Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alessandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA
DA UNIÃO NA EXECUÇÃO PENAL:
PERSPECTIVAS E DESAFIOS

Adriano Resende de Vasconcelos

*THE ROLE OF PUBLIC DEFENDER
OF THE UNION IN CRIMINAL
ENFORCEMENT: PROSPECTS AND
CHALLENGES*

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA EXECUÇÃO PENAL: PERSPECTIVAS E DESAFIOS

*THE ROLE OF PUBLIC DEFENDER OF THE UNION IN CRIMINAL ENFORCEMENT:
PROSPECTS AND CHALLENGES*

*Adriano Resende de Vasconcelos
Pós-graduando pela PUCMINAS. Advogado.*

RESUMO

O artigo trata do papel atribuído à Defensoria Pública da União na execução das penas e medidas de segurança. A metodologia empregada parte da análise dos fundamentos constitucionais e legais de sua atuação. A seguir analisaremos as prerrogativas conferidas ao defensor público, com destaque para o papel de relevo dado à Defensoria Pública da União. Espera-se que este trabalho possa contribuir para orientar os operadores do direito da importância do assunto, bem como contribuir para que a prestação da assistência jurídica seja mais efetiva.

Palavras-chave: Defensoria Pública da União. Execução das penas e medidas de segurança. Fundamentos constitucionais. Defensoria Pública da União.

ABSTRACT

The article deals with the role assigned to the Public Defender of the Union in the enforcement of sentences and security measures. The methodology used part of the analysis of the constitutional and legal foundations of its operations. Below we will analyze the prerogatives conferred on the public defender, highlighting the important role given to the Union Public Defender. It is hoped that this work can contribute to guide law enforcement officers about the importance of the subject, as well as contribute to develop the legal assistance.

Keywords: Public Defender of the Union. Enforcement of sentences and security measures. Constitutional foundations. Union Public Defender.

Data de submissão: 07/01/2016

Data de aceitação: 12/09/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EXECUÇÃO PENAL. 2 A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E A EXECUÇÃO PENAL. 3 CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

Tema de escasso tratamento doutrinário sério diz respeito à maneira de atuação da Defensoria Pública da União em matéria de execução penal. Poucas são as fontes jurídicas doutrinárias que tratam com detalhamento a matéria, justificando a elaboração do presente trabalho. Para que o desiderato seja alcançado, parte-se do estudo da legislação, bem como da jurisprudência correlata. O estudo da doutrina também se mostra indispensável, apesar de infelizmente serem poucos os estudos sobre a questão, razão motivadora da elaboração da presente investigação.

Certamente a compreensão do lugar atribuído à Defensoria Pública da União no amplo quadro dos Poderes e órgãos integrantes do Estado somente será aperfeiçoado mediante a realização de um panorama da execução penal, bem como do papel atribuído à Defensoria Pública de um modo geral. Somente a partir desses marcos bem demarcados, será possível avançarmos no objeto de investigação, atendendo à proposta de uma pesquisa séria, clara nos seus propósitos e pedagógica. Algumas questões a serem abordadas carecem de total investigação doutrinária, como por exemplo, a delimitação das atribuições entre a Defensoria Pública da União e a dos estados na seara da execução penal, instigando uma abordagem nova.

A execução penal, hoje disciplinada pela Lei nº7.210¹ (LEP), de 11 de julho de 1984, na época de sua edição inovou o ordenamento jurídico que disciplinava acerca da aplicação das penas, embora sua positivação tenha se dado sob a égide de um Estado ditatorial.²

O diploma infraconstitucional elencou uma série de direitos assegurados ao preso. Como qualquer pessoa, este é sujeito que goza de dignidade, sendo-lhe assegurada uma série de mecanismos judiciais e extrajudiciais para que arbitrariedades sejam superadas ou evitadas.

Esta mudança de certa forma decorreu da importância conferida aos princípios constitucionais penais, ligados entre si pelo primado da Dignidade da Pessoa Humana. De acordo com Gomes: “A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana.”³

A entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 reforçou a importância de se conferir melhor tratamento ao preso, desde a menção expressa dos fundamentos e objetivos a serem alcançados pelo Estado Brasileiro por meio de políticas públicas consistentes, até a previsão da criação de órgãos encarregados de tutelar as pessoas mais vulneráveis, e excluídas dentro do contexto de uma determinada sociedade.

Apesar da Lei de Execução Penal ter proporcionado inovações no ordenamento jurídico, sua vigência não acarretou a melhora das condições de encarceramento e tratamento do preso. Apenas de uma forma simbólica, a legislação se coloca como importante instrumento redutor do exercício do poder punitivo do Estado.⁴ Visando romper com esta situação, urge necessário desenvolver uma nova interpretação e aplicação da Lei de Execução Penal, que se pautaria necessariamente na relevância de tornar subsistentes apenas aquelas disposições que estejam em sintonia com a Constituição Federal. Além disso, faz-se indispensável também aportar todos os instrumentos redutores do poder punitivo perpetrado pelas agências de vigilância estatais, previstas nas normas do Código Penal, da legislação processual penal, bem como em tratados internacionais, por exemplo.

Ante estas considerações, pode-se afirmar que a aplicação da pena representa um mal capaz de gerar intensa dor e sofrimento, caso não seja controlada e instrumentalizada de

¹ BRASIL. Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

² TAKAYANAGI, F. Y. A realidade controversa e aspectos relevantes da lei de execução penal. 2010, p.1066.

³ GOMES, L. F. *et al.* Direito penal: introdução e princípios fundamentais. 2009, p. 221.

⁴ ROIG, R. D. E. Ensaio sobre uma execução penal mais racional e redutora de danos. 2010.

forma adequada. Sua essência possui forte caráter empírico, servindo como uma forma de exercício de poder sobre determinados indivíduos, especialmente os mais vulneráveis socialmente. Embora várias teorias procurassem legitimar o seu emprego, elas na prática foram incapazes de restringir formalmente a atividade punitiva, bem como muitas vezes foram empregadas para reforçar materialmente a legitimação da resposta ao desvio. Na prática resultaram no fortalecimento do poder punitivo simbolizado pelas suas agências burocráticas executivas, comprometendo a defesa do preso, bem como daqueles submetidos à outras formas de sanções penais, indivíduos vulneráveis por excelência.⁵

A necessidade de se restringir a técnica de intervenção punitiva mostra-se necessária por se mostrar esta como sendo a forma de controle social que mais agrava o exercício da liberdade dos indivíduos, afetando a sua dignidade. Justamente em razão da racionalização do emprego das penas, mostra-se fundamental o papel atribuído às novas legislações para a redefinição do poder punitivo estatal, o que inclui a restrição interpretativa do alcance dos tipos penais, bem como procedimentos que assegurem efetivamente as garantias do preso.⁶

A Defensoria Pública entra nesse contexto como sendo a instituição por excelência capaz de atuar a serviço da proteção dos hipossuficientes e dos desprovidos de recurso para ter voz ativa no modelo de Estado democrático em construção. Sua função marca de maneira clara uma nova postura de Estado que diferencia políticas contingentes de governo das políticas de Estado, que devem ser implementadas independentemente da legenda que exerce o controle da direção do aparato político e ideológico do Estado.

Reforça-se que a democracia enquanto projeto em construção pressupõe a defesa das minorias das ingerências das majorias, especialmente quando estas últimas se valem de argumentos retóricos como a defesa da ordem para restringir os direitos dos grupos mais vulneráveis.⁷ Sua projeção exige do Estado a tomada de uma atitude positiva no esforço de atender as demandas sociais, evitando-se em contrapartida o fortalecimento de um Estado Penal.⁸ É ilusório acreditar em um 'bom poder', capaz de proteger direitos, esquecendo-se dos mecanismos de garantia dos direitos apropriados em instrumentalizar e conter o exercício da violência. Sem estes freios, a violência nas prisões alcançaria níveis absurdos.⁹

⁵ ZAFFARONI, E. R. **Em Busca das Penas Perdidas: A Perda de Legitimidade do Sistema Penal.** 1991, p.202.

⁶ FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 2002, p.372.

⁷ CARVALHO, S. **Pena e Garantias.** 2008, p.153.

⁸ WACQUANT, L. **As prisões da miséria.** 2001, p.80.

⁹ BARATTA, **Direitos Humanos: entre a Violência Estrutural e a Violência Penal.** 1993, p.52.

Dessa feita, afirmando-se como promessa de restrição do poder punitivo, foi editada a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994 que visou em sua razão assegurar a defesa dos direitos dos necessitados, através da definição das prerrogativas dos Defensores Públicos para o exercício adequado de sua função institucional. Apesar de tratar da questão de maneira genérica na original redação da Lei Complementar nº 80 das funções atribuídas à Defensoria Pública na seara da execução penal, pode-se constatar que a alteração legislativa operada pela lei Complementar nº 132, de 2009 tratou melhor a questão, especificando a atuação do órgão na matéria. Como exemplo, podemos citar a participação com direito de voz e voto no Conselho Penitenciário, nos termos do Art. 18. VIII da Lei Complementar nº 80.

Dentre as funções atribuídas à Defensoria Pública que exprimem de maneira inequívoca a postura protetiva do legislador infraconstitucional, previstas na Lei Complementar nº132, de 2009, destacamos as seguintes:

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses.¹⁰

O exercício amplo da função pública de representação judicial e extrajudicial do executado depende do reconhecimento da Defensoria Pública na condição de órgão autônomo. Isso se justifica ante o fato de que não raro nesta seara a Defensoria acaba por confrontar e questionar outros órgãos componentes do Estado que executam as suas políticas em desacordo com a atenção ao preso. Isso acontece, por exemplo, nas demandas contra a União pelo fornecimento de medicamentos ao preso, nas lides que visam garantir a oferta de benefícios previdenciários como o auxílio-reclusão contra o INSS, bem como ações coletivas que visam aparelhar as instituições carcerárias com a infraestrutura mínima necessária para assegurar a dignidade do recluso.

¹⁰ BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de dezembro de 1994.

Como bem aponta Silvânia Cristina Bonifácio:¹¹

Como já tivemos oportunidade de mencionar, a Defensoria Pública é um órgão público criado pela Constituição Federal de 1988, que garante às pessoas carentes o acesso à justiça. Por ser do Estado a obrigação precípua de prestar a assistência jurídica integral e gratuita, forçoso se fez reconhecer uma instituição autônoma e independente que pudesse prestar fielmente esse serviço público. A Defensoria Pública é, então, o órgão garantidor maior da prestação de assistência, como veiculador da igualdade entre os indivíduos.

No tocante a materialização da assistência jurídica ao preso, o desafio de implementar este direito exige a adoção de recursos prioritários por parte do Estado, considerando a existência de destinatários com elevado nível de vulnerabilidade. Verifica-se a existência de um ‘Estado de Coisas Inconstitucional’, motivada pelo descaso em se promover políticas públicas adequadas sobre um segmento social que não raro é simultaneamente alijado pela sociedade da participação na vida comunitária. Essa crise é infelizmente uma realidade verificada em todos os estados da federação e, visível em todos os setores relacionados com o atendimento ao preso.

A esse respeito, destaco as palavras de José Carlos Barbosa Moreira, cuja doutrina se mantém atualizada¹²:

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

¹¹ SOUZA, S. C. B. **Assistência jurídica integral e gratuita**. 2003, p.94.

¹² MOREIRA, J. C. B. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. 1993, pp. 207-218.

A Lei de Execução Penal possui uma seção própria que trata da assistência jurídica ao preso, conforme se pode depreender dos artigos a seguir transcritos da legislação:

Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Redação dada pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).¹³

Podemos constatar pela redação legislativa que o Estado possui o dever de municiar as Defensorias Públicas da União e dos estados para que estas possam exercer a sua atribuição de maneira escorreita, por meio da prestação de auxílio estrutural, pessoal e material, dentro e fora dos estabelecimentos. Ênfase deve ser dada ao fato de que o apoio jurídico deve ser amplo não abrangendo apenas a pessoa do executado, mas também aos seus familiares, que são fundamentais para o esforço de se reduzir os danos provocados pelo encarceramento.

O objetivo do presente trabalho visa enfatizar o papel atribuído à Defensoria Pública da União ao longo da execução penal. Apesar de existir um destaque para a atuação da defensoria pública dos estados no tocante à esta matéria, justificada especialmente pelo fato desta última atuar nos presídios estaduais, aonde encontram-se recolhidos a maior parte dos presos, não se pode negligenciar existirem situações em que a Defensoria Pública da União atuará na defesa dos executados. É o caso, por exemplo, da prestação da assistência jurídica gratuita em presídios federais de segurança máxima, que albergam presos de ‘alta

¹³ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

periculosidade' para o Estado. Outra situação possível diz respeito ao acompanhamento no cumprimento de penas restritivas de direitos aplicadas pela Justiça Federal, sem contar também as atividades de aconselhamento prestadas aos familiares do preso.

Para que o trabalho se desenvolva dentro da proposta supra estabelecida, é fundamental estabelecermos primeiramente os contornos da atuação da defensoria pública de um modo geral, mediante fixação das prerrogativas, dos deveres, bem como das possíveis hipóteses de atuação que os defensores públicos se defrontaram no exercício de seu *múnus* público. Em seguida, passa-se ao estudo da forma de atuação da Defensoria Pública da União na execução penal.

1. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EXECUÇÃO PENAL

A Defensoria Pública, alçada à categoria de órgão da execução nos termos da Lei nº12.313, de 2010, possui papel fundamental no esforço de se garantir o devido processo legal, ainda mais considerando o fato de que a maioria das pessoas que ingressam no sistema prisional e são condenadas, enquadram-se no perfil de hipossuficientes econômicos, com baixa expectativa de melhoria social.¹⁴

A Lei de Execução Penal elencou uma série de atribuições à Defensoria Pública, hoje positivadas na Lei de Execução Penal, tais como o requerimento da declaração da extinção da punibilidade, aplicação da detração das penas, aplicação de lei posterior mais favorável ao réu, conversão de penas e progressão do regime. Merece destaque a faculdade atribuída a ela de representar ao juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo em caso de violação das normas referentes à execução da pena.

Esse dispositivo deve ser interpretado, a partir do art. 5º LXXIV, da Constituição Federal

¹⁴ “Qual o perfil médio do homem ou da mulher que hoje ingressa em nosso sistema carcerário? São pessoas entre 18 e 24 anos de idade, desempregados, sem família constituída, geralmente ligadas às drogas, sem profissão definida e semianalfabetas. Ora, com efeito, não se pode dizer que este prisioneiro foi socializado. Pelo contrário, seu ingresso no crime deu-se muito mais pelas suas péssimas condições sociais, daí por que a pena não pode ressocializar quem nunca foi socializado.” NUNES, A. **Da Execução Penal**. 2012. “A maioria da população carcerária não tem condições de constituir advogado, quer durante a ação penal de conhecimento, quer para defender suas pretensões nos incidentes de execução ou no acompanhamento da fase executória da sentença.” MIRABETE, J.F. *Execução Penal*. 2007, p. 29 *apud* NUNES, A. **Da Execução Penal**. 2012, p.69.

que incumbe ao Estado a prestação de assistência jurídica gratuita e integração aos necessitados. Dessa premissa, podemos firmar o entendimento de se tratar de rol meramente exemplificativo, e que não esgota as possibilidades de intervenção da instituição, que pode se dar sempre que a sua atividade postulatória exigir uma participação ativa no esforço de se tutelar direitos fundamentais do executado.

As hipóteses previstas na lei podem ser resumidas na faculdade atribuída ao defensor de intervir nos incidentes da execução penal, bem como no bojo do processo principal na condição de representante do assistido; na prerrogativa de exercer atividade correccional e fiscalizadora, visando controlar eventuais desvios e excessos na execução; e finalmente obtendo documentos comprobatórios da situação do preso, com o objetivo de definir o período de tempo necessário para que este venha a obter a progressão de regime e outras vantagens durante a marcha do processo de execução.

A dura realidade do cárcere, onde poucos detentos podem contar com a assistência de um advogado, contribui para a ocorrência de uma série de desvios na execução. Podemos elencar a título exemplificativo o caso de pessoas detidas por tempo superior ao da pena, além de direitos que deixam de ser assegurados, tendo o sentenciado já cumprido seus requisitos objetivos e subjetivos, como concessão de saídas temporárias, remição da pena e progressão de regime prisional. Não é por outra razão que a Lei nº 12.313, de 2010, prescreve que em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público.¹⁵

À Defensoria Pública cabe, dentre outras atribuições: requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo, requerer a unificação de penas, a declaração de extinção de punibilidade, remição e detração de penas. Além disso, compete a ela a prerrogativa de interpor recursos das decisões proferidas pela autoridade judiciária ou administrativa durante a execução. É fundamental que o juiz elimine os abusos verificados ao longo da execução, tutelando os interesses jurídicos do condenado, especialmente resguardando o direito de defesa realizado por intermédio da Defensoria Pública.¹⁶

A assistência estatal indispensável para a nobre atuação do Defensor Público na assistência ao

¹⁵ “A assistência jurídica, muitas vezes não observada, é de fundamental importância para os destinos da execução da penal. Aliás, sua ausência no processo de execução acarreta flagrante violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, que também devem ser assegurados em sede de execução.” MARCÃO, R. **Curso de Execução Penal**. 2013, p.54.

¹⁶ PRADO, G. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Penais**. 2001, p. 270.

preso e ao egresso de certa maneira guarda relação de correspondência com a do advogado.¹⁷ Em relação a este último, a Lei nº 8.906, de 1994, em seu Art.7º, prescreve que é direito do advogado: **“III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.”**¹⁸ Uma vez que a prestação da orientação judicial e extrajudicial entre ambas as profissões encontra-se atreladas entre si pela mesma razão jurídica, o mesmo raciocínio se aplica ao Defensor Público.

Vale ressaltar que também cabe ao defensor o dever de “reexaminar o processo como um todo, verificando se ocorreu alguma causa de extinção da punibilidade, se o processo encerra nulidade e, se for o caso, vislumbrar a interposição de revisão criminal, habeas corpus ou mandado de segurança.”¹⁹

Muitas das atribuições conferidas à Defensoria Pública decorrem diretamente das prerrogativas conferidas aos defensores, tendo como parâmetro normativo a legislação específica sobre o tema. A Lei Complementar nº 80, de 1994 prevê o direito de livre acesso ao Defensor Público aos estabelecimentos prisionais, policiais e de internação coletiva, independentemente de prévio agendamento. Além disso, permite o exercício do poder de requisição de documentos, perícias, autos procedimentais e exames, que devem ser fornecidos pela administração carcerária em tempo hábil. Outra prerrogativa conferida envolve a possibilidade de conversar em separado com os assistidos, mesmo que incomunicáveis.

Várias outras atribuições poderiam ser melhor exploradas, por exemplo, a possibilidade de requisitar a abertura de audiências públicas para que a comunidade local possa participar diretamente do tema, instruindo o Defensor Público dos problemas locais e fornecendo alternativas de colaboração em comum. Realça-se a faculdade atribuída ao Defensor Público de propor ações coletivas em defesa do executado.

Relevante também a atribuição conferida à Defensoria Pública nos conselhos de comunidade instalados nas comarcas, sendo um de seus integrantes Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral. Conforme preleciona Jorge Chade Ferreira,

¹⁷ CARDOSO, M. C. V. **A cidadania no contexto da Lei de Execução Penal:** o (des)caminho da inclusão social do apenado no sistema penitenciário do Distrito Federal. 2006.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

¹⁹LIMA, R. G.; PERALLES, U. **Teoria e Prática da execução penal:** doutrina, formulários, jurisprudência, legislação. 1997, pp. 29-30.

em sua brilhante dissertação de mestrado:²⁰

Não há dúvida, apesar destes entraves iniciais, que a vinda da Defensoria Pública para os Conselhos da Comunidade virá no sentido de fortalecimento dos órgãos, chega como um fôlego novo para os Conselhos. Não só, serviriam igualmente para que Conselhos sejam instalados (quando ainda não instalados devidamente), para que atuem efetivamente, além de que tenham mais autoridade (respeitabilidade) dentro dos cárceres.

Infelizmente a Defensoria Pública ainda se encontra pouco implantada na maioria das comarcas do país²¹, fato que na prática gera uma série de problemas, como a falta de fiscalização na observância estrita do programa de execução, e a pouca experiência dos advogados dativos de prestarem uma assistência adequada, uma vez que poucos na prática conhecem bem a disciplina que versa sobre a aplicação em concreto da pena.

Sobre esta questão, destaco as palavras de Andrei Zenkner Schmidt:²²

Outro grande vício verificado nos processos de execução é a ausência de advogados representando os interesses dos apenados. À exceção das comarcas onde a defensoria pública encontra-se com boas condições de trabalho (pouquíssimos casos, diga-se de passagem), a grande maioria do processos de execução tem andamento sem que o juiz dê, ao réu, defensor dativo.

Agora, passemos ao papel conferido à Defensoria Pública da União dentro da execução penal.

²⁰ FERREIRA, J. **Os Conselhos da Comunidade e a Reintegração Social**. 2014. 316 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

²¹ ALVES, C. F.; PIMENTA, M. G. **Acesso à Justiça em Preto e Branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública**. 2004, p. 29.

²² SCHMIDT, A. Z. **Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal**. 2007, p. 230.

2. A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E A EXECUÇÃO PENAL: A IMPORTÂNCIA DA DEMARCAÇÃO DE SUA COMPETÊNCIA

Visando a uma compreensão preliminar do papel da Defensoria Pública da União, parte-se da análise da legislação que organiza este órgão jurídico. A Lei nº 132, de 2009 trata sucintamente sobre a questão, com a seguinte redação:

Art. 18. Aos Defensores Públicos Federais incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, cabendo-lhes, especialmente: (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

X – atuar nos estabelecimentos penais sob a administração da União, visando ao atendimento jurídico permanente dos presos e sentenciados, competindo à administração do sistema penitenciário federal reservar instalações seguras e adequadas aos seus trabalhos, franquear acesso a todas as dependências do estabelecimento independentemente de prévio agendamento, fornecer apoio administrativo, prestar todas as informações solicitadas, assegurar o acesso à documentação dos presos e internos, aos quais não poderá, sob fundamento algum, negar o direito de entrevista com os membros da Defensoria Pública da União. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Uma exegese de natureza literal que busca discernir os limites demarcatórios entre a atuação da Defensoria Pública Federal e a dos estados se restringiria em afirmar que a distribuição das atribuições deve observar apenas qual ente federativo é o responsável pela administração do estabelecimento penal.

Este entendimento inclusive encontra reforço na leitura da Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, que dispõe sobre a transferência e a inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima, prevendo de maneira expressa competir à Defensoria Pública da União a assistência jurídica ao preso que estiver nos estabelecimentos penais federais desta natureza. Neste sentido é a sua redação:²³

²³ BRASIL. Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008.

Art. 5º São legitimados para requerer o processo de transferência, cujo início se dá com a admissibilidade pelo juiz da origem da necessidade da transferência do preso para estabelecimento penal federal de segurança máxima, a autoridade administrativa, o Ministério Público e o próprio preso.

§ 1º Caberá à Defensoria Pública da União a assistência jurídica ao preso que estiver nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima.

Essa interpretação desconsidera a possibilidade de serem instituídas varas especiais de execução penal dirigidas por Juízes Federais para processar a execução das penas e medidas de segurança decorrentes de provimentos judiciais oriundos de Juízes Federais. Isso sem contar que pode a lei de organização judiciária definir que compete aos Juízes Federais dirigir as execuções provenientes de suas sentenças condenatórias, de acordo com o preceituado no Código de Processo Penal em matéria de competência do juiz de execução²⁴.

Nessas situações seria de se indagar se a competência seria da defensoria pública dos estados nos casos em que o executado tenha que cumprir a pena de prisão em estabelecimentos estaduais, embora sua execução seja processada perante juízo federal. Adotar esse entendimento certamente acabaria por restringir o papel da Defensoria Pública da União, que apenas atuaria em situações limitadas como nos casos em que o executado cumpre pena em estabelecimento federal ou então nos casos em que penas alternativas são processadas diretamente perante o Juízo Federal.

Acredita-se que a definição da competência atribuída à Defensoria Pública da União exige a necessidade de se editar uma lei geral capaz de disciplinar com precisão a delimitação do papel entre as defensorias. Somente através de uma lei clara seria possível assegurar a segurança jurídica indispensável para conhecermos de antemão a Defensoria competente para representar o preso adequadamente. A inobservância dessa premissa pode gerar entraves administrativos que na prática acabam por sua vez vulnerando a necessidade do preso ser atendido de prontidão pelo defensor público.

Parte-se da premissa de que a Defensoria Pública da União deve se pautar em critérios

²⁴ Art. 668 do Código de Processo Penal. A execução, onde não houver juiz especial, incumbirá ao juiz da sentença, ou, se a decisão for do Tribunal do Júri, ao seu presidente.

Parágrafo único. Se a decisão for de tribunal superior, nos casos de sua competência originária, caberá ao respectivo presidente prover-lhe a execução BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

lógicos capazes de dirigir acertadamente a competência administrativa nesse tipo de situação. Este raciocínio se pautará em parâmetros objetivos que visam conferir racionalidade à controvérsia. Dessa feita, devem ser considerados:

- 1) A pertinência temática entre as atribuições de acordo com o órgão jurisdicional em que o ato será praticado, se das Justiças organizadas pela União, dentre elas a Justiça Federal (atuação da DPU), se da Justiça do Distrito Federal e Territórios (atuação da DPDFT) ou se da Justiça Estadual (atuação da DPE).

Este critério propicia uma série de vantagens, por exemplo, a melhor prestação da assistência judiciária pelo Defensor Público que possui a mesma competência para atuar no processo criminal. Isso se justifica ante o fato deste já conhecer bem as peculiaridades dos casos em que representou a parte, o que por sua vez pode repercutir na melhoria do trabalho prestado. O critério pode racionalizar a organização das funções desempenhadas, especialmente nos quadros administrativos em que os ofícios da Defensoria Pública acumulam funções afetas à matéria criminal e de execução penal.

Além disso, os defensores em suas respectivas áreas acabam se especializando no conhecimento simultâneo das peculiaridades inerentes ao regramento dos crimes e das penas de suas respectivas searas, de modo que a distribuição congruente ao foro de jurisdição acaba por imprimir em melhor eficácia da representação, atendendo ao princípio administrativo da eficiência.

Atento a estas questões, entende-se que, em regra, a atuação dos Defensores Públicos da União deve ocorrer especialmente no tocante à execução das penas dos crimes que atraem a competência da Justiça Federal, haja vista que os Defensores Públicos da União atuam nesta seara, acumulando maiores conhecimentos técnicos acerca das peculiaridades da sistemática processual e de especificidades atinentes à eventual sanção penal imposta em caso de condenação. Como exemplo de crimes aonde é bastante comum a participação da Defensoria Pública da União temos os crimes de tráfico transnacional de drogas e os crimes previdenciários, em que é possível existirem peculiaridades relacionadas com a aplicação da pena considerando que os delitos são disciplinados por legislação extravagante.

2) O recolhimento de um preso transferido de estabelecimento estadual para presídio de segurança máxima ao servir de razão para a atração da competência da Defensoria Pública da União indica que além de haver um critério material de competência, a competência administrativa é norteada por um critério funcional intrinsecamente ligado à assistência célere e emergencial.

Essa constatação jurídica decorre do fato de que a Defensoria Pública instalada no presídio em que o preso se encontra possui melhores condições operacionais para defendê-lo de prontidão, assegurando desse modo a realização de uma representação rápida e efetiva. Exigir uma divisão ortodoxa entre as defensorias públicas contraria os fins de se assegurar uma melhor proteção ao preso, o que por sua vez pode acentuar a sua vulnerabilidade jurídica.

Vale lembrar também que é possível a realização de convênios entre as defensorias públicas para melhor demarcarmos essas funções, para que assim seja possível suprimos o vazio legislativo sobre o assunto. A possibilidade de se estabelecer delegações recíprocas entre as defensorias é medida válida, atendendo ao preceituado em matéria de delegação administrativa prevista na Lei 9784, que fixa normas gerais atinentes à Administração Pública, tratando em sua inteligência da faculdade de se delegar poderes inclusive para outros órgãos não necessariamente hierarquicamente subordinados desde que inexista óbice legal.

Neste sentido, é a redação da lei supra comentada:²⁵

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Partindo dessa premissa, seria possível afirmar existir certa margem de flexibilização entre as atribuições conferidas à Defensoria Pública da União e a dos estados, a ser completada

²⁵ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

mediante convênios e instrumentos normativos de cooperação. Embora a Defensoria Pública da União geralmente atue nos presídios federais, a prática vêm demonstrado a possibilidade de Defensores Públicos da União atuarem nos presídios estaduais, excepcionalmente.

Um bom exemplo correspondeu à designação de 3 Defensores Públicos da União para atuarem extraordinariamente na Força Nacional da Defensoria Pública em São Luís, capital do Maranhão.²⁶ Dentre às atribuições conferidas a eles, se incluem o atendimento a presos que estão no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, bem como o acompanhamento de processos de execução penal. A colaboração dos Defensores Públicos da União também se mostrou fundamental no tocante à verificação das condições carcerárias.

Outra forma de colaboração entre as defensorias pode ser extraída nos embargos de declaração nos embargos de declaração do recurso especial 1238276/SP.²⁷ Apesar do recurso especial ter sido interposto pela Defensoria Pública de São Paulo, os embargos aclaratórios foram interpostos pela Defensoria Pública da União, que oficia diretamente nas cortes superiores. A causa tratava sobre o reconhecimento da impossibilidade de perda integral dos dias remidos pelo cometimento de falta grave. A defesa alegou existir um critério legal limitador da perda do tempo remido, além disso sustentou em suas razões que caberia ao juiz fundamentar a sua decisão de maneira adequada, considerando os motivos, as circunstâncias e o *modus operandi* do executado. A fundamentação adotada foi determinante para que o recurso fosse conhecido e provido, atribuindo-se a ele efeito infringente, de modo a integrar ao acórdão prolatado.

3. CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

No ano de 2013, ocorreu a primeira inspeção oficial da Defensoria Pública da União (DPU) no Presídio Federal de Campo Grande (MS)²⁸, com o objetivo de apurar possíveis irregularidades existentes e zelar pela proteção dos cidadãos presos inseridos no Sistema

²⁶ _____. Portaria nº 24, de 16 de janeiro de 2014.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração nos embargos de declaração do recurso especial nº 1238276/SP, 2013.

²⁸ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Membros da DPU realizam a primeira inspeção oficial no Presídio Federal de Campo Grande, 2013.

Penitenciário Federal. A inspeção foi conduzida pelos defensores do ofício especializado na matéria de execução penal Leonardo de Castro Trindade e José Nêider Ariovaldo Gonçalves de Oliveira e pelo servidor Gabriel Godoi, o que evidencia a possibilidade de atuação da Defensoria Pública da União na execução penal. A relevância do tema se extrai na própria organização da instituição que chegou a criar ofícios especializados na matéria, visando uma atuação que melhor atenda às necessidades do preso.

Outro ponto importante diz respeito à competência atribuída aos Defensores Públicos Federais dos ofícios criminais de atuarem em causas envolvidas em matéria de execução penal, caso não seja implementado ofício especializado nesta matéria. Neste sentido, disciplina o Art. 7º da resolução do Conselho Superior da Defensoria Pública nº 63, de 3 de julho de 2012.²⁹

A Defensoria Pública da União possui também papel de destaque no acompanhamento da regularidade dos processos de execução das pessoas encarceradas nos presídios federais. Consoante manifestação do defensor público João Nunes Morais Júnior em 2014, “de um total de 130 reclusos, mais da metade são atendidos regularmente pelo núcleo da DPU em Rondônia”, aonde temos localizado uma penitenciária federal.”³⁰

A capacitação de Defensores Públicos Federais é uma prática que deve ser incentivada para que assim eles possam lidar com os problemas relacionados com a execução penal, aperfeiçoando a atuação nos presídios federais e junto com os familiares do preso. Isso pode ser implementado através de palestras, seminários e troca de experiência entre as defensorias, mediante realização de audiências e núcleos de cooperação conjunta. A Defensoria Pública da União possui papel fundamental também no esforço de atender aos familiares do preso, incentivando e criando mecanismos para que seja possível o contato direto. Exemplo dessa função se extrai na implantação de visitas virtuais em núcleos da DPU, por meio das quais a família se comunica com o preso das penitenciárias federais.³¹

²⁹Art. 7º. da resolução CSDPU N°63: Os Núcleos e Ofícios da Defensoria Pública da União poderão ser especializados por matéria, conforme as possibilidades locais, de modo a garantir a maior efetividade e qualidade da prestação da assistência jurídica. § 1º. Caso não haja previsão expressa em portaria, as matérias trabalhista, eleitoral, administrativa, tributária, internacional e previdenciária serão de atribuição dos órgãos de atuação em matéria cível e os processos relativos aos crimes militares e eleitorais e execução penal de atribuição dos órgãos de atuação em matéria criminal comum.

³⁰DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Ministro da Justiça destaca trabalho da Defensoria Pública em presídios. 2014.

³¹INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Presos terão direito a visita virtual em presídios de segurança máxima, 2010.

Um caso prático interessante envolvendo a atuação nos estabelecimentos federais pode ser encontrado no Recurso de Habeas Corpus nº 105.659/PR³², que versava sobre a possibilidade de um preso transferido para penitenciária federal ficar preso por período superior a 360 dias. A Defensoria Pública da União alegou que o procedimento de prorrogação da permanência do executado na penitenciária federal é irregular, pois extrapolou o período permitido por lei, violando o previsto no artigo 10, parágrafo 1º, da Lei nº11.671, de 2008. Outra tese apontada diz respeito à carência de fundamentação da decisão proveniente do STJ que não apresentou fato novo que justificasse a manutenção do preso em estabelecimento federal. Enfim, o órgão de defesa também ressaltou o excesso de prazo da prisão cautelar do assistido, que já ultrapassou 6 meses.

O então ministro relator Joaquim Barbosa indeferiu liminarmente o pedido formulado pela defesa servindo-se de dados fáticos relacionados à causa. Pode-se verificar na fundamentação adotada que o ministro não elidiu os argumentos jurídicos desenvolvidos pela Defensoria Pública da União, desenvolvendo um raciocínio que ao invés de analisar uma conduta específica do paciente que justificasse a manutenção da custódia em presídio federal, teceu ilações acerca de sua suposta personalidade voltada para o crime. Infelizmente, referido posicionamento foi reiterado pela suprema corte posteriormente em julgado da ministra Rosa Weber, publicado em 29 de outubro de 2014.³³

Outro caso envolvendo a participação da Defensoria Pública da União, no bojo do habeas corpus nº 111744/RS³⁴, diz respeito à sentenciado conduzido para estabelecimento penitenciário comum, em face da míngua de casa de albergado no local aonde deveria cumprir a pena. Em defesa do assistido, o órgão alegou a impossibilidade deste fato ante a existência de entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal de que o preso deveria cumprir a pena em regime domiciliar, não podendo ser onerado a cumprir pena em regime mais severo que o seu, sob pena de mácula ao princípio da legalidade. O relator do caso, ministro Luiz Fux, concedeu à ordem de habeas corpus liminarmente, determinando o imediato recolhimento do executado em prisão domiciliar.

Atendendo ao princípio da unidade da Defensoria Pública, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº80, de 2014, e verificada a necessidade hercúlea de se unir forças para a promoção da política de assistência ao preso, a Força Nacional da Defensoria Pública em Execução Penal é digna de aplausos e menções honrosas.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* nº 105.659. 2010.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 112650. 2014.

³⁴ _____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 111.744. 2012.

Constituída por meio de defensores especialistas em execução penal de todo o país, com representantes das defensorias dos entes federados, o núcleo especializado foi instituído visando promover ampla fiscalização das condições carcerárias de qualquer localidade do país.

A Força Nacional sem dúvidas representa a integração entre os vários entes federados em um pacto engajado no combate aos efeitos deletérios do cárcere, enaltecendo a colaboração solidária em busca da promoção do preso. É a exteriorização da máxima efetividade da constituição, calcada na articulação e integração dos órgãos integrantes da Administração Pública para que assim seja superados obstáculos técnicos que geram uma proteção deficiente. Em Santa Catarina, foram designados 10 defensores públicos para atuarem em Santa Catarina, no ano de 2013, por designação de seu Defensor Público Geral, integrando a Força Nacional. Os participantes do mutirão revisaram processos de 8,5 mil apenados e conheceram a realidade de 10 estabelecimentos prisionais em oito cidades catarinenses, número considerado surpreendente, durante o período de atividade.³⁵

Importante ressaltar também a possibilidade da Defensoria Pública da União atuar na condição de *amicus curie*, nas demandas relacionadas com a execução penal. Um exemplo prático dessa questão ocorreu no recurso especial nº 1381315/RJ³⁶, processado sob o rito dos recursos repetitivos. A demanda tratava da possibilidade de conceder a remição ao apenado do período de tempo em que o mesmo laborou fora do estabelecimento penitenciário. O Dr. Felipe Dezorzi Borges sustentou oralmente pela Defensoria Pública da União na oportunidade.

O caso em comento foi julgado favoravelmente à Defensoria Pública, reconhecendo ser direito do preso a remição de parte de sua pena em razão do trabalho prestado *extra muros*. As teses ventiladas foram várias, dentre elas podemos destacar, a ausência de previsão legal, para fins de remição, quanto ao local de desenvolvimento da atividade laborativa. Outro importante argumento dizia respeito ao fato de que se é possível a remição pela frequência ao ensino básico regular, com maior razão deveria ser admitido em relação ao trabalho prestado fora do estabelecimento, entendimento compatível com a finalidade ressocializadora da pena.

³⁵ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Deputada Federal Carmen Zanotto visita unidade da Defensoria Pública da União em Florianópolis. 2015.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1381315/RJ. 2015.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou de maneira analítica contextualizar a atuação da Defensoria Pública da União. Para tanto foi observado uma sequência que permita a compreensão ampla do objeto investigado, partindo da análise da previsão constitucional e legal acerca do tema, até caminharmos em direção à problematização da execução penal em relação à Defensoria Pública da União.

A pesquisa apostou no aporte histórico da evolução do tratamento do preso, fazendo um breve panorama dos problemas relacionados com a execução das penas. Além disso, ela procurou através da pesquisa de literatura assimilar o papel da Defensoria Pública no mister de prestar a assistência judicial e extrajudicial do executado, por meio da articulação entre a sua missão institucional, os valores que carrega o órgão administrativo, bem como as prerrogativas indispensáveis para o alcance de seus objetivos. Buscou-se demarcar as atribuições entre a Defensoria Pública da União e dos estados, tema não trabalhado pela doutrina, apesar da evidente relevância prática.

Espera-se que através dessa pesquisa, iniciativas pioneiras venham a ser adotadas visando assegurar um tratamento racional no procedimento de aplicação das penas e distribuição das funções dentro da própria administração, além de auxiliar a Defensoria Pública da União mediante o fornecimento de referências teóricas aplicáveis na solução de problemas relativos com o tema. O aperfeiçoamento de seu papel institucional na execução das penas é tema de mais salutar importância, sendo fundamental demarcar a sua marca na defesa dos presos através da construção de sua atribuição por meio de suas experiências e pelo próprio desenvolvimento da pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto.

Acredita-se que este trabalho efetivamente contribua no aperfeiçoamento da atuação da Defensoria Pública da União, para que assim de fato seja possível minimizarmos os danos gerados pelo encarceramento e possamos reestruturar o poder punitivo estatal, em benefício dos necessitados jurídicos.

REFERÊNCIAS

ALVES, C. F.; PIMENTA, M. G. **Acesso à Justiça em Preto e Branco**: Retratos Institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARATTA, A. Direitos Humanos: entre a Violência Estrutural e a Violência Penal. *In: Fascículos de Ciências Penais*. vol. 6, nº2. Porto Alegre: Fabris, 1993.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 dez. 2015.

_____. Lei Complementar nº 80, de 12 de dezembro de 1994. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm) >. Acesso em: 30 dez. 2015.

_____. Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11671.htm>. Acesso em: 30 dez. 2015.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 30 dez. 2015.

_____. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm >. Acesso em: 30 dez. 2015

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm >. Acesso em: 30 dez. 2015.

_____. Portaria nº 24, de 16 de janeiro de 2014. Brasília, DF: Poder Executivo. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=19512:portarian24-de-16-de-janeiro-de-2014-designa-os-defensores-publicos-federais-dr-leonardo-de-castro-trindade-dr-sergio-ricardo-bittencourt-goulartedr-caro>

lina-soares-castelliano-lucena-de-castro-para-atuacao-extraordinariaemsaoluisma&catid=48&Itemid=65>. Acesso em: 30 jun. 2016

_____. Resolução CSDPU n°63, de 3 de julho de 2012. Brasília, DF: Poder Executivo. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8851:resolucao-csdpu-n-63-de-03-de-julho-de-2012-regulamenta-os-orgaos-de-atuacao-da-defensoria-publica-da-uniao&catid=49&Itemid=460>. Acesso em: 30 dez. 2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1381315/RJ. Relator: CRUZ, Rogério Schietti, Brasília, DF, 19 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=defensoria+p%FABlica+da+uni%E3o+e+execu%E7%E3o+penal&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração nos embargos de declaração do recurso especial n° 1238276/SP. Relator: MAYNARD, Marilza, Brasília, DF, 30 de agosto de 2013 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=defensoria+p%FABlica+da+uni%E3o+e+execu%E7%E3o+penal&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 111.744. Relator: LUIZ, Fux, Brasília, DF, 01 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28Defensoria+P%FABlica+da+U-ni%E3o+e+execu%E7%E3o+penal%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hlh34to>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* n° 105.659. Relator: BARBOSA, Joaquim, Brasília, DF, 18 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+105659%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/aakqrlp>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 112650. Relatora: WEBER, Rosa, Brasília, DF, 29 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28112650%2ENUME%2E+OU+112650%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m586jb3>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

CARDOSO, M. C. V. **A cidadania no contexto da Lei de Execução Penal**: o (des)caminho da inclusão social do apenado no sistema penitenciário do Distrito Federal. 2006. 172 f. Dissertação (Mestrado em Política Social) —Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

CARVALHO, S. **Pena e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Deputada Federal Carmen Zanotto visita unidade da Defensoria Pública da União em Florianópolis. Defensoria Pública da União, Santa Catarina, 07 jul. 2015. Disponível em: < <https://dpusc.wordpress.com/category/forca-nacional/> >. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. Membros da DPU realizam a primeira inspeção oficial no Presídio Federal de Campo Grande. Defensoria Pública da União Online, Campo Grande, 15 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.dpu.gov.br/noticias-mato-grosso-do-sul-slideshow/15881-membros-da-dpu-realizam-a-primeira-inspecao-oficial-no-presidio-federal-de-campo-grande-ms>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. Ministro da Justiça destaca trabalho da Defensoria Pública em presídios. Defensoria Pública da União online, Porto Velho, 11 fev. 2014 . Disponível em: <<http://www.dpu.gov.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/19880-ministro-da-justica-destaca-trabalho-da-dpu-em-presidios>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, J. **Os Conselhos da Comunidade e a Reintegração Social**. 2014. 316 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GOMES, L. F. et al. Direito penal: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM. Presos terão direito a visita virtual em presídios de segurança máxima. São Paulo, 13, out, 2010. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/13669-Presos-terao-direito-a-visita-virtual-em-presidios-de-seguranca-maxima>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

LIMA, R. G.; PERALLES, U. **Teoria e Prática da execução penal**: doutrina, formulários, jurisprudência, legislação. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARCÃO, R. **Curso de Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA, J. C. B. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. *In*: TEIXEIRA, S. de F. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

NUNES, A. **Da Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2012.

PRADO, G. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Penais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

ROIG, R. D. E. Ensaio sobre uma execução penal mais racional e redutora de danos. UERJ: **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n.18, p 2010.

SCHMIDT, A.Z. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. *In*: CARVALHO, S. de. *et.al.* **Crítica à execução Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SOUZA, S. C. B. **Assistência jurídica integral e gratuita**. São Paulo: Método, 2003.

TAKAYANAGI, F.Y. A realidade controversa e aspectos relevantes da lei de execução penal. USP: **Revista da faculdade de direito da USP**, São Paulo, v.105, p.1065-1119, 2010.

WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. Tradução André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

ZAFFARONI, E. R. **Em Busca das Penas Perdidas: A Perda de Legitimidade do Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

INSTITUCIONALISMO JURÍDICO E
ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA
NO BRASIL

Fabiana Galera Severo

*LEGAL INSTITUTIONALISM AND MODERN
SLAVERY IN BRAZIL*

INSTITUCIONALISMO JURÍDICO E ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA NO BRASIL

LEGAL INSTITUTIONALISM AND MODERN SLAVERY IN BRAZIL

Fabiana Galera Severo.

Mestranda em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Defensora Pública Federal em São Paulo.

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar a necessidade de institucionalização do conceito de escravidão contemporânea à luz da evolução das teorias institucionalistas. Para tanto, será proposta a aplicação de uma teoria institucionalista de combate ao trabalho escravo com base nas escolas de Direito e Desenvolvimento, de Trubek e Tamanaha, e na evolução das teorias do institucionalismo econômico, com origem em Veblen e Commons, passando pela abordagem neoliberal do neoinstitucionalismo de Douglass North e, atualmente, encontrando respaldo na economia política institucionalista de Ha-Joon Chang, Peter Evans e Geoffrey Hodgson. Pretende-se apresentar a teoria do institucionalismo jurídico, analisando o papel do Estado na evolução do sistema jurídico bem como o papel constitutivo do direito na vida econômica e social, resgatando as primeiras teorias do institucionalismo jurídico de Hauriou e Santi Romano e apresentando a nova proposta de institucionalismo jurídico desenvolvida por Hodgson, Deakins e Katharina Pistor, com o objetivo de propor uma possível aplicação da teoria no enfrentamento da escravidão contemporânea.

Palavras-chave: Escravidão contemporânea. Direito e desenvolvimento. Institucionalismo jurídico. Instituições.

ABSTRACT:

This article aims to demonstrate the need for institutionalization of modern slavery concept under the evolution of institutionalist theories. Therefore, it will be proposed the application of an institutionalist theory to combat forced labor based on the school of Law and Development, by Trubek and Tamanaha, and the evolution of the theories of economic institutionalism, beginning with Veblen and Commons, moving to Douglass North's neoliberal approach of the neoinstitutionalism and currently finding support in institutional political economy, found in Ha-Joon Chang, Peter Evans and Geoffrey Hodgson. It is intended to present the theory of legal institutionalism, analyzing the state's role in the evolution of the legal system as well as the constitutive role of law in economic and social life, rescuing as first theories of legal institutionalism of Hauriou and Romano Santi and introducing a new Proposal legal institutionalism developed by Hodgson, Deakins and Katharina Pistor, with the objective of proposing a possible application of the theory in facing modern slavery.

Keywords: Modern slavery. Law and Development. Legal institutionalism. Institutions.

Data de submissão: 20/03/2016

Data de aceitação: 21/06/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 AS INSTITUIÇÕES NA ESCOLA DE DIREITO E DESENVOLVIMENTO. 2 A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS INSTITUCIONALISTAS. 3 O INSTITUCIONALISMO JURÍDICO. 4 A NECESSIDADE DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO CONCEITO DE ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA. CONCLUSÕES

INTRODUÇÃO

A definição legal de escravidão contemporânea no ordenamento jurídico brasileiro está prevista no artigo 149 do Código Penal, abordando práticas de sujeição a condições degradantes de trabalho, jornada exaustiva e outras formas de restrição de liberdade, como trabalho forçado, servidão por dívida, retenção de documentos, vigilância ostensiva e restrição de transporte.

No entanto, não obstante a existência de definição legal das condutas que especificamente caracterizam a exploração de trabalho escravo no Brasil, o conceito de escravidão contemporânea ainda não está arraigado na nossa sociedade, ou seja, ainda não foi devidamente institucionalizado – o que seguramente dificulta a sua repressão e prevenção.

Assim, a análise de como o direito pode ser instrumentalizado para prevenir o trabalho escravo também passa pela teoria institucionalista. Aqui, será necessário contextualizar a evolução do pensamento institucionalista, e suas diferentes vertentes, para esclarecer qual abordagem institucionalista é mais adequada à internalização do conceito de escravidão contemporânea, como primeiro passo para a adoção de medidas efetivas de sua repressão e prevenção.

Para tanto, serão analisadas as teorias institucionalistas, desde o velho institucionalismo, passando pela nova economia institucional, até a economia política institucionalista e a proposta de institucionalismo jurídico, com o intuito de investigar como essas teorias poderiam ser aplicadas para alcançar o desenvolvimento social e a efetivação de direitos humanos no que diz respeito à erradicação do trabalho escravo contemporâneo.

1. AS INSTITUIÇÕES NA ESCOLA DE DIREITO E DESENVOLVIMENTO

Não há consenso na doutrina no que diz respeito à relação entre Direito e Desenvolvimento (*Law and Development*), sendo que os estudiosos sobre o assunto se dividem entre otimistas, críticos e céticos. Para os otimistas e críticos, como Trubek,¹ o arcabouço jurídico pode ser instrumentalizado para alcançar o desenvolvimento. Para os céticos,

¹ TRUBEK, D. M. **Law and development** 50 years on, 2012.

como Brian Tamanaha,² não é possível prever os efeitos que uma norma jurídica produz, já que o direito não garante transformação social.

A Escola do Direito e Desenvolvimento implementa esforços para transformar sistemas jurídicos em países em desenvolvimento e criar o desenvolvimento econômico, político e social. Na linha do tempo da Escola de Direito e Desenvolvimento apresentada por Trubek,³ no século XX, o direito doméstico era visto como ferramenta para facilitar o crescimento econômico, como instrumento de poder de Estados desenvolvimentistas, já que poderia ampliar a capacidade estatal, oferecer incentivos para quem promovesse o crescimento e desincentivos para resistência e valores tradicionais, assim como também poderia ser uma barreira ao desenvolvimento, caso adotasse regras erradas que reduzissem investimentos e aumentassem custos da inovação. No fim do século XX, o direito era visto como um suporte ao mercado e aos limites da intervenção estatal. No século XXI, por sua vez, o direito passa a ser tido como moldura para coordenação da relação público-privada e um elemento de desenvolvimento em si mesmo para garantia de direitos fundamentais – já que o empoderamento das pessoas constitui desenvolvimento. A proteção de direitos humanos, incluindo direitos econômicos e sociais, é parte da agenda desenvolvimentista, ao lado do direito econômico e de reformas jurídicas.

Na evolução da Escola de Direito e Desenvolvimento, Mariana Mota Prado⁴ discorre sobre duas correntes teóricas, a do **direito no desenvolvimento** (*law in development*) e a do **direito como desenvolvimento** (*law as development*).

De acordo com a primeira corrente, do **direito no desenvolvimento**, o direito tem papel instrumental para atingir o desenvolvimento, eis que cria estrutura de controle macroeconômico, sendo que a lei transforma políticas públicas em ações, desafiando o comportamento econômico de acordo com o projeto nacional. Estão alinhadas a essa teoria a escola do direito do estado desenvolvimentista, assim como as teorias neoliberais de desenvolvimento, que assumem, ambas, que o direito pode ter papel instrumental no desenvolvimento, especialmente no crescimento econômico.

Já a segunda corrente, do **direito como desenvolvimento**, pressupõe que o ordenamento jurídico é um fim em si mesmo. Essa teoria está conectada à concepção de desenvolvimen-

² TAMANAHA, B. Z. **The Primacy of Society and the Failure of Law and Development**, 2010.

³ TRUBEK, D. M. **Law and development** 50 years on, 2012.

⁴ PRADO, M. M. **What is Law and Development**, 2010.

to como liberdade, preconizada por Amartya Sen,⁵ segundo a qual a riqueza não é um fim em si mesmo, mas um meio para realizar mais escolhas e ter mais liberdade instrumental, que permite que as pessoas levem a vida que querem levar.

A metodologia das teorias de Direito e Desenvolvimento vê no direito um potencial para mudar comportamentos individuais. Numa concepção mais cética, direito e instituições formais não são capazes de mudar a cultura, sendo que a mudança cultural seria pressuposta para a promoção de reformas jurídicas.

Na evolução das teorias de Direito e Desenvolvimento, segundo Trebilcock,⁶ podem ser identificadas duas ondas. A primeira onda surgiu na década de 1960, com a difusão do direito ocidental para o terceiro mundo. A segunda onda foi marcada, na década de 1990, pela escola da nova economia institucional, por meio da qual foi retomada a teoria institucionalista, assumindo que as pessoas respondem a incentivos criados por instituições, tendo sido apresentada uma perspectiva institucional do desenvolvimento.

Na visão crítica do direito enquanto promotor do desenvolvimento, a ideia de que o legalismo liberal americano poderia ser transplantado com sucesso para países em desenvolvimento é equivocada, porque etnocêntrica e ingênua.⁷ Nesse sentido, reformas institucionais não teriam influência sobre condições sociais ou econômicas do terceiro mundo. O sistema jurídico formal, assim como o legalismo liberal, não é acessível à maioria da população. São escolas díspares, porém alinhadas a esse pensamento o pluralismo jurídico, o materialismo histórico, a teoria da dependência, estudos jurídicos críticos e o determinismo cultural. Em suma, há um ceticismo: 1) quanto à capacidade de reformas jurídicas apropriadas; 2) quanto ao sistema jurídico ser traço da sociedade manipulável verdadeira e independentemente; 3) quanto à relação entre reformas jurídicas e desenvolvimento. O debate atual que se trava deve ser no sentido de quais os tipos adequados de reformas.

Nesse sentido, é mais apropriado adaptar arranjos jurídicos de outros países em desenvolvimento do que instituições de países desenvolvidos. Ou seja, é preciso parcimônia ao importar modelos institucionais.

⁵ SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**, 2.000, p. 332.

⁶ TREBILCOCK, M. J.; DAVIS, K. **The Relationship between Law and Development: Optimistics versus Skeptics**, 2008, p. 8.

⁷ TREBILCOCK, M. J.; DAVIS, K. **The Relationship between Law and Development: Optimistics versus Skeptics**, 2008, p. 26.

Para os céticos, entre os quais se destaca Tamanaha,⁸ a Escola de Direito e Desenvolvimento é um fracasso há décadas. Segundo o autor, apenas a cultura importa⁹ – mitigando-se a ideia da importância das instituições –, sendo que, para operar eficientemente, sistemas jurídicos demandam respeito e apoio da população. Direito e Desenvolvimento, para Tamanaha,¹⁰ são projetos de intervenções de fora num determinado sistema jurídico, nos quais o Estado de Direito é dominado por agendas e visões ideológicas (incluindo modernização) de seus promotores, mais do que uma busca por caminhos para servir às necessidades da população.¹¹

De todo modo, a doutrina tem consagrado a importância das instituições para o desenvolvimento. Segundo David Kennedy¹² a história da vida política e econômica é também a história das instituições jurídicas. O direito constitui os atores, os posiciona em estruturas e estabelece os termos de interação, tendo, assim, o papel de reordenar a vida econômica e política, visando à melhor distribuição de poder nos sistemas socioeconômicos periféricos e centrais. O desafio econômico, para o autor, é entender e fazer escolhas políticas, institucionais e sociais para estabelecer a economia global integrada ao invés de uma ou outra trajetória de crescimento.¹³ Para Polanyi,¹⁴ a ação econômica é uma forma de ação social, socialmente situada e enraizada, sendo que as instituições econômicas são construções sociais, produtos humanos historicamente construídos. Como o mercado está sempre enraizado em concepções políticas, culturais e sociais, então sempre há papel para o direito, porque é ele que estrutura a sociedade.

2. A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS INSTITUCIONALISTAS

As teorias institucionalistas podem ser identificadas, basicamente, em três correntes: o institucionalismo original, a nova economia institucional e a economia política institucionalista.

⁸ TAMANAHA, B. Z. **The Primacy of Society and the Failure of Law and Development**, 2010.

⁹ A expressão cunhada em língua inglesa para traduzir esse debate é *culture matters*, o que significa dizer que o que importa é a cultura, em contraposição à lógica de que o que importam são as instituições (*institutions matter*).

¹⁰ TAMANAHA, B. Z. **The Primacy of Society and the Failure of Law and Development**, 2010

¹¹ TAMANAHA, B. Z. **The Primacy of Society and the Failure of Law and Development**, 2010, p. 244.

¹² KENNEDY, D. **Law and Political Economy of the world**, 2013.

¹³ KENNEDY, D. **Law and Political Economy of the world**, 2013, p. 34.

¹⁴ POLANYI, K. **The Economy as Instituted Process**, 2001.

O **institucionalismo original**, também denominado velho institucionalismo, era uma reação à economia neoclássica, que rejeitava premissas anti-intervencionistas e o individualismo metodológico. São precursores desse pensamento Veblen, Commons, Galbraith e Mitchel. O velho institucionalismo, segundo Hodgson,¹⁵ rejeita preferências genéricas baseadas em modelos individuais; os indivíduos interagem para formar instituições, enquanto propósitos e preferências individuais são moldadas por condições socioeconômicas. O indivíduo é um produtor e um produto das suas circunstâncias. Os velhos institucionalistas viam no hábito a base da ação e crença humana, “uma propensão não deliberada de adotar um padrão previsível de comportamento”.¹⁶ Essa concepção destoa daquela dos economistas clássicos, que não viam no hábito uma escolha racional.

Nos anos de 1960 surge a **corrente neoinstitucionalista**, ou da nova economia institucional, consagrada por Coase, Williamson, Posner, Schotter e Douglass North. A segunda corrente nasce como uma reação ao velho institucionalismo e com maior rigor metodológico individual, procurando agregar à economia neoclássica, além de conceitos de escassez, eficiência e competição, também a premissa de que as instituições e a historicidade importam (o que era ignorado pela teoria neoclássica). As instituições, que surgem para reduzir custos de transação, no entanto, têm apenas a função de limitar comportamentos (*constraining*). Segundo Douglass North,¹⁷ instituições são as regras do jogo da sociedade, são invólucros que estruturam a integração humana. Existem para estabelecer ordem, **reduzir custos de transação** e diminuir incertezas. Na nova economia institucional, ou neoinstitucionalismo, as instituições têm papel meramente instrumental, intimamente ligado à ideia de eficiência, sem qualquer influência política. Elas emergem pela referência com um modelo de comportamento individual racional.¹⁸ Assume-se, de acordo com essa corrente, a possibilidade de um estágio inicial de natureza livre de instituições.

A terceira corrente, denominada **economia política institucionalista**, que se assenta na doutrina da Ha-Joon Chang, Peter Evans e Geoffrey Hodgson, por sua vez, critica a nova economia institucional, por assumir que não se criam instituições fora de uma base institucional já existente. De acordo com essa corrente, instituições não têm apenas a função de **limitar comportamentos** (*constraining*), mas também **mudam e viabilizam comportamentos** (função *enabling*). O indivíduo, que é moldado pela estrutura institucional já existente, também muda as instituições, por meio da agência. Instituições são tanto ideias

¹⁵ HODGSON, G. **The approach of institutional economics**, 1998, pp. 166-192.

¹⁶ HODGSON, G. **The approach of institutional economics**, 1998, p. 178.

¹⁷ NORTH, D. C. **Institutions**, 1991, p. 97.

¹⁸ HODGSON, G. **The approach of institutional economics**, 1998, p. 181.

subjetivas dos agentes (agência) quanto estruturas objetivas vistas pelos agentes (estrutura). Agência e estrutura estão conectadas num círculo de mútua interdependência.¹⁹ Segundo Chang e Evans,²⁰ instituições são padrões de expectativas compartilhadas. Na economia política institucional, as instituições passam a ter papel central, já que não apenas restringem como também viabilizam comportamentos. Nessa visão, fatores políticos não podem ser isolados da vida econômica. O indivíduo não é tomado como dado (como homem econômico maximizador de riquezas e hedonista), sendo histórica e institucionalmente situado. A economia política institucionalista refuta o individualismo metodológico.

Segundo a definição de Geoffrey Hodgson,²¹ **instituições são sistemas de regras sociais** (explícitas e implícitas), arraigadas e prevalentes, **que estruturam as interações sociais**. Limitam (função *constraining*) e ativam (função *enabling*) comportamentos. A simples codificação, a legislação, para o autor, é insuficiente para fazer com que a regra afete o comportamento social. Os indivíduos não se submetem às regras apenas porque estão na lei.²² Regras funcionam porque enraizadas em hábitos compartilhados de pensamentos e comportamentos.

3. O INSTITUCIONALISMO JURÍDICO

Na análise da evolução das teorias institucionalistas, muito tem se falado a respeito do institucionalismo jurídico.

Segundo Massimo La Torre,²³ o institucionalismo jurídico se opõe ao formalismo e ao positivismo jurídico, tendo sido preconizado por Santi Romano e Maurice Hauriou (institucionalismo jurídico clássico) e posteriormente por Ota Weinberger e Neil MacCormick (neoinstitucionalistas). Para os institucionalistas, o direito é conectado com a sociedade, sendo concebido como ordenamento, organização, plural, sem que exista apenas um sis-

¹⁹ HODGSON, G. *The approach of institutional economics*, 1998, p. 181.

²⁰ CHANG, H.; EVANS, P. *The Role of Institutions in Economic Change*, 2005.

²¹ HODGSON, G. *What Are Institutions?*, 2006, p. 2.

²² HODGSON, G. *What Are Institutions?*, 2006, p. 12.

²³ LA TORRE, M. *Teorias institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopédia)*, 2006, pp. 103-112.

tema de normas coerente e fechado em si mesmo, mas vários sistemas jurídicos reciprocamente integrados entre si.

A teoria do direito como instituição e do pluralismo jurídico têm origem na doutrina francesa do institucionalismo, concebida por Hauriou, em contraposição à teoria normativa e à teoria monista. O objetivo de Hauriou era mostrar que um sistema jurídico não nasce da vontade, mas, sim, de um fato social,²⁴ não sendo possível compreender instituição sem enfrentar o fenômeno pré-jurídico, social ou político, do poder. Segundo Hauriou, normas são instituições-coisas: “é uma ideia de obra ou de empresa, que se realiza e permanece juridicamente em um ambiente social”.²⁵

Na mesma linha do institucionalismo jurídico original, Santi Romano defendia a historicidade e o pluralismo, por ser mais próximo à realidade social. Para ele, o pluralismo pode ser revolucionário, com progressiva libertação dos indivíduos, mas também, na crise do Estado, pode ser reacionário, implicando anarquia, desagregação e fragmentação do Estado. A ação da multiplicidade de grupos em um sistema social oferece um modelo mais adequado para a compreensão da realidade social do que o modelo oitocentista, baseado em dois polos opostos, indivíduo e Estado.²⁶ É de acordo com essa reflexão que se propõe, ao longo deste estudo, maior aproximação da sociedade civil nas decisões políticas para a efetivação de direitos humanos. Defensor da perspectiva normativista, Santi Romano, escrevendo em 1917, com *l'ordinamento giuridico*, equiparava o ordenamento jurídico a uma instituição, rompendo assim com um dos dogmas do positivismo, que é a de que todas as fontes do direito são provenientes do Estado, e defendia a pluralidade de ordenamentos jurídicos, bem como sua abertura para a sociedade.²⁷ Para Romano, instituição é “qualquer ente ou corpo social que tenha uma ordem estável e permanente e forme um corpo em si, com vida própria”.²⁸ Assim, a instituição é similar à ideia de comunidade, em contraposição ao indivíduo, o que revela a sua concepção normativa anti-individualista.

Em suma: Para Hauriou, a instituição precede o direito. Para Romano, direito e

²⁴ BOBBIO, N. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**, 2007, p. 168.

²⁵ LA TORRE, M. **Teorias institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopédia)**, 2006, p. 111.

²⁶ BOBBIO, N. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**, 2007, pp. 171-178.

²⁷ LA TORRE, M. **Teorias institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopédia)**, 2006.

²⁸ LA TORRE, M. **Teorias institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopédia)**, 2006, p. 110.

instituição se confundem.²⁹

Posteriormente, sobreveio o institucionalismo alemão dos anos 30, com Carl Schmitt, marcado pelo autoritarismo e pelo decisionismo, com características anti-iluministas, irracionalistas e antiliberais.³⁰

No neoinstitucionalismo jurídico, por sua vez, constata-se a revalorização da noção de norma e de instituição a respeito de uma perspectiva meramente comportamentista centrada em torno do mito do *homo aeconomicus*.³¹ Trata-se de uma perspectiva muito próxima do neoinstitucionalismo econômico.

Atualmente, outra vertente do institucionalismo jurídico (*legal institutionalism*) pretende aproximar a análise econômica do capitalismo, a partir dos estudos de Simon Deakin, Geoffrey Hodgson, Katharina Pistor, entre outros.³² De acordo com essa concepção, o direito envolve intervenção estatal e organização privada, inseridas nas regras e estruturas da sociedade capitalista moderna. Consequentemente, o direito não é simplesmente uma expressão de relações de poder, mas é também uma parte constitutiva da estrutura de poder institucionalizado, e o principal meio pelo qual o poder é exercido.³³ No entanto, enfatizar o Estado não significa que o costume não seja importante.³⁴ Para ser enforceable o direito precisa ser percebido como razoável, apropriado e justo. Segundo Deakin:³⁵ “Costume é importante para sustentar o direito, mas o direito é muito mais do que uma expressão epifenomenal do costume”.³⁶ Para o institucionalismo jurídico, existe uma diferença qualitativa entre costume e direito. A evolução do direito envolve resolução de conflitos, instituições de *law enforcement* e transcendência a meros arranjos costumeiros.³⁷

Para esse institucionalismo jurídico, a compreensão de regras jurídicas é essencial para econo-

²⁹ LA TORRE, M. **Teorias institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)**, 2006.

³⁰ LA TORRE, M. **Teorias institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)**, 2006.

³¹ LA TORRE, M. **Teorias institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)**, 2006, pp. 111-112.

³² DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law**, 2015.

³³ DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law**, 2015, p. 2.

³⁴ DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law**, 2015.

³⁵ DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law**, 2015, p. 3.

³⁶ Tradução livre do trecho: “*Custom is important to sustain law, but law is much more than an epiphenomenal expression of custom.*”

³⁷ DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law**, 2015, p. 4.

mistas e outros cientistas sociais, já que, enquanto sistema codificado perante uma economia complexa e em transformação, o direito é necessariamente incompleto e, às vezes, contraditório.

O institucionalismo dá importância às regras sociais. Mas, para o institucionalismo jurídico, muitas das mais importantes regras sociais são jurídicas, e estão garantidas pela autoridade e pelo poder do Estado. É impossível desregular uma economia ou um mercado. As regras estão em todo o lugar e são essenciais à vida social e econômica. Diferentemente de uma desregulação universal, o institucionalismo jurídico se volta à difícil tarefa de questionar que tipos de regras são apropriadas para cada circunstância em particular. E o sucesso de soluções jurídicas depende da legitimidade da norma.³⁸

Em suma, esse novo institucionalismo jurídico retoma o institucionalismo original na medida em que reconhece a especificidade histórica da propriedade, contrato, troca e empresa, bem como pela ênfase ao papel do direito, que Commons via como uma combinação histórica entre a lei e o costume. A contribuição de Veblen para essa corrente está no caráter evolutivo das instituições. Os neoinstitucionalistas econômicos deram maior contribuição ao desenvolvimento da interface entre o direito e a economia, mas às vezes tratavam o direito como questão de costume ou ordem privada. North, por sua vez, deu importância ao papel do direito e aos aspectos jurídicos dos negócios para o desenvolvimento e crescimento econômico. Enfim, o institucionalismo jurídico traz todas essas tradições, mas dá particular ênfase ao papel do Estado no sistema jurídico e ao papel constitutivo do direito na vida econômica e social.³⁹

4. A NECESSIDADE DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO CONCEITO DE ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

Com base nessa lógica da concepção cética da Escola de Direito e Desenvolvimento, segundo a qual apenas a cultura importa, o direito não poderia promover a erradicação do trabalho escravo, porque seria necessária, primeiramente, a mudança cultural, para que

³⁸ DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism**: Capitalism and the Constitutive Role of Law, 2015, pp. 18–19.

³⁹ DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism**: Capitalism and the Constitutive Role of Law, 2015, pp. 21–22.

as pessoas, em que pese sua condição de vulnerabilidade social, não se submetessem à exploração do trabalho em condições de escravidão; ou, ainda, para que o poder econômico encontrasse nesse tipo de violação de direitos humanos o seu limite de exploração, simplesmente por uma razão ética, independentemente do lucro auferido com a precarização do trabalho. De todo modo, a perspectiva cética do Direito e Desenvolvimento não visualiza no direito uma solução para o enfrentamento ao trabalho escravo contemporâneo.

Com efeito, há fatores socioculturais históricos que obstam a mudança institucional necessária à erradicação do trabalho escravo, os quais são identificados tanto do ponto de vista do trabalhador, que não se enxerga como vítima da exploração (já que a escravidão contemporânea envolve, na maior parte dos casos, o consentimento da vítima), quanto, na outra ponta, estruturas de poder conservadoras e interesses econômicos que dificultam a mudança institucional, porque resistem a eliminar privilégios. Nesse jaez, constituem impedimentos político-econômicos à mudança institucional para erradicação do trabalho escravo a bancada ruralista do Congresso Nacional – que vem trabalhando com afinco para emplacar a redução do conceito de escravidão contemporânea no ordenamento jurídico brasileiro, em especial para retirar da definição legal as hipóteses de jornada exaustiva e condições degradantes de trabalho – e grupos econômicos que terceirizam sua atividade-fim em determinados ramos da economia, sem qualquer comprometimento com a transparência nas suas respectivas cadeias produtivas, como é o caso da confecção, da construção civil, das carvoarias, da extração de madeira e outras atividades em que se identifica a exploração de trabalho escravo contemporâneo no Brasil.

No entanto, apesar desses obstáculos à implementação da mudança institucional e à consequente promoção de direitos, Mariana Mota Prado ressalta que, em que pese a importância da cultura na reforma institucional, não existe um determinismo cultural.⁴⁰

Na sua perspectiva funcional, o direito também é tido como condição para a implementação de transformações sociais. Para essa investigação, é imprescindível a análise do papel das instituições e as possibilidades de mudança institucional. Segundo Polanyi,⁴¹ não é possível pensar economia sem pensar instituições. Da mesma forma, não é possível pensar em desenvolvimento social, efetivação de direitos humanos e erradicação do trabalho escravo sem pensar instituições.

⁴⁰ PRADO, M. M. **What is Law and Development**, 2010.

⁴¹ POLANYI, K. **The Economy as Instituted Process**, 2001, p.p. 31-50.

Em sua nova concepção de institucionalismo jurídico, Hodgson⁴² defende o papel constitutivo do direito e do Estado no capitalismo. Para ele, o Estado é necessário não apenas para corrigir falhas de mercado, mas para manter o próprio capitalismo. Para o capitalismo prosperar, o Estado deve sustentar e operar com uma moldura jurídica efetiva, sendo o direito um mecanismo central do poder social. Segundo o autor, o direito é uma das instituições fundamentais do capitalismo, e o Estado é condição de existência do Direito, para assegurar a aplicação da lei (*enforcement*).

O mesmo raciocínio pode ser aplicado para a efetivação de medidas de prevenção e repressão ao trabalho escravo contemporâneo. Para alcançar esse grau de desenvolvimento social, substanciado na erradicação da prática, o direito pode ser fundamental para estabelecer uma moldura efetiva de prevenção a esse tipo de exploração, por meio da evolução institucional.

Se as instituições, além de restringir comportamentos, são também constitutivas da realidade social, ou seja, se possuem tanto a função de restringir (*constraining*) quanto de viabilizar comportamentos (*enabling*), elas podem ser utilizadas para determinada função, no caso, visando à efetivação de direitos humanos por meio da erradicação do trabalho escravo.

Diferentemente de Marx, Willimanson e Hayek, para quem o direito é secundário, o institucionalismo jurídico reconhece que o direito tem papel central na organização da vida econômica e social, sendo que diferentes ordenamentos jurídicos podem estabelecer o estágio para diferentes modos de ordem social e econômica das quais são *path dependent*.⁴³ Mas o direito enquanto concepção puramente espontânea tem seus limites, porque imbuído de complexidade e incertezas.⁴⁴

A mesma incerteza é identificada na atual complexidade do conceito de escravidão contemporânea, dada a ausência de sua institucionalização.

Segundo Joel Quirk,⁴⁵ num ambiente institucional em que a escravidão foi formalmente proibida, a questão que se coloca é quais práticas e instituições são suficientemente similares à escravidão jurídica que devem ser legitimamente classificadas como tal. Esse é um exercício complexo e subjetivo, aberto a interpretações e manipulações políticas. Às vezes, uma prática é considerada escravidão apenas porque envolve uma exploração ou abuso

⁴² HODGSON, G. **Conceptualizing Capitalism: Institutions, Evolution, Future**, 2014.

⁴³ DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law**, 2015, p. 7.

⁴⁴ DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law**, 2015, p. 17.

⁴⁵ QUIRK, J. **The anti-slavery Project: linking the historical and contemporary**, 2006, p. 566.

hediondo, de modo que é difícil saber se o termo está sendo usado literalmente ou retoricamente. A prática pode ser considerada escravidão quando cruza um determinado limiar e se torna suficientemente horrenda. Esse modelo é o coração da escravidão contemporânea, mas não é sempre claro onde esse limiar se aplica. As convenções internacionais de 1926 e 1956 ajudam, mas não são suficientes para envolver todos os tipos de escravidão contemporânea. Na última metade de século, os parâmetros se enriqueceram a um ponto onde não é mais claro se alguma forma grave de exploração pode não ser considerada escravidão.⁴⁶ Quando a escravidão era juridicamente permitida, era mais fácil distinguir o que era escravidão literal e escravidão retórica.⁴⁷

Um dos problemas conceituais no combate à escravidão, segundo Joel Quirk,⁴⁸ é justamente especificar quem são escravos e como diferem de não escravos, o que é difícil diante da ilicitude da escravidão contemporânea, mas não é impossível. Há opiniões conflitantes sobre quais problemas podem ser legitimamente considerados escravidão. Perguntas sobre se determinada prática realmente constitui escravidão são prontamente associadas a quem está acostumado a pensar a escravidão como uma relíquia histórica, esclarece o autor.

Segundo Chang e Evans,⁴⁹ a existência de qualquer instituição depende da aceitação de que as pessoas acreditam nos valores que estão por trás das instituições em causa e que elas agem de acordo com esses valores, sem constante fiscalização e sanção. Nesse sentido, para combater a exploração do trabalho escravo contemporâneo, antes de mais nada, é preciso que o seu conceito esteja devidamente institucionalizado, especialmente em se tratando das modalidades de escravidão contemporânea que violam a dignidade humana, como a exploração do trabalho em condições degradantes e jornadas exaustivas.

Seguramente, a mera declaração de direitos não é suficiente para a efetivação de direitos humanos. No entanto, isso não significa que a erradicação do trabalho escravo, assim como a efetivação de outros direitos humanos, prescindam da necessária declaração de direitos. Isso porque o direito pode servir como instrumento à satisfação dos mais contraditórios interesses, podendo ora proteger direitos humanos, ora coonestar a sua violação. Afinal, como reconhece Berman ao analisar a tradição jurídica ocidental, o direito, tido como uma forma de resolver conflitos econômicos e políticos, por outro lado, também pode exacerbá-los.⁵⁰

⁴⁶ QUIRK, J. **The anti-slavery Project**: linking the historical and contemporary, 2006, p. 578.

⁴⁷ QUIRK, J. **The anti-slavery Project**: linking the historical and contemporary, 2006, p. 596.

⁴⁸ QUIRK, J. **The anti-slavery Project**: linking the historical and contemporary, 2006, p. 598.

⁴⁹ CHANG, H.; EVANS, P. **The Role of Institutions in Economic Change**, 2005.

⁵⁰ BERMAN, H. J. **Direito e Revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental, 2006, p. 21.

Não raro, o direito é usado como instrumento para satisfazer interesses que, em última análise, acarretam violações a direitos humanos. Sendo assim, é necessário consolidar um discurso jurídico, declarando as práticas que caracterizam exploração do trabalho escravo, com definição clara do que, exatamente, configura e do que não configura a violação.

De acordo com o institucionalismo jurídico preconizado por Hodgson,⁵¹ o desenvolvimento capitalista requer fortalecimento de alguns direitos de propriedade e redução de direitos de ricos e poderosos, como resultado do alargamento de direitos de grupos antes privados desses direitos. O desenvolvimento do capitalismo exige certos tipos de direito de propriedade e também sua extensão para a maior parte da população. Capitalismo não se trata apenas de assegurar propriedade, mas ter direitos e instituições jurídicas para sustentar inovação econômica e crescimento. Nesse sentido, a abolição da escravidão colonial já representou a remoção da possibilidade de direito de propriedade sobre pessoas, apesar de diminuir riqueza dos donos de escravos. Num contexto atual, medidas como supressão do direito de terceirizar atividade-fim, em prol dos direitos dos trabalhadores, também pode ser uma mudança institucional voltada à erradicação do trabalho escravo e ao desenvolvimento social.

De outro giro, não têm sido poucas as investidas da bancada ruralista do Congresso Nacional e do poder econômico de grandes empresas que terceirizam sua atividade-fim no sentido de buscar a alteração legal do que caracteriza, hoje, exploração do trabalho em condições análogas à de escravo, já tendo sido apresentadas propostas de retirada,⁵² do texto legal, da submissão de trabalhador a condições degradantes e jornada exaustiva, de modo que esse tipo de violação de direitos humanos fique caracterizado apenas nas hipóteses de restrição de liberdade.

⁵¹ HODGSON, G. **Conceptualizing Capitalism: Institutions, Evolution, Future**, 2014.

⁵² O Projeto de Lei do Senado nº 432/2013, retomado em 2015, tem por escopo a redução do conceito de escravidão no Brasil. O referido PLS pretende regulamentar o artigo 243 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 80/2014 (fruto da PEC do Trabalho Escravo), que dispõe sobre a expropriação de propriedades urbanas e rurais onde se localizem a exploração de trabalho escravo, excluindo das hipóteses de configuração de escravidão contemporânea a jornada exaustiva e as condições degradantes de trabalho, atualmente previstas no artigo 149 do CP.

CONCLUSÕES

O primeiro passo para a implementação de propostas efetivas de combate ao trabalho escravo é o reconhecimento jurídico do que, exatamente, configura esse tipo de violação de direitos humanos.

A institucionalização do conceito de trabalho escravo tem, pois, o condão de viabilizar a efetividade da repressão, assim como de prevenir determinados arranjos institucionais de exploração do trabalho – como é o caso da atual fragmentação da cadeia produtiva por meio de terceirizações sucessivas da atividade-fim – que, em determinados ramos da economia, se coadunam com a escravidão.

Um dos grandes entraves à erradicação da escravidão contemporânea no Brasil está precisamente no fato de que ainda há muitas dúvidas, do ponto de vista histórico, filosófico e sociológico, quanto ao que configura a exploração do trabalho escravo contemporâneo, sendo de absoluta premência a normatização e consolidação de um discurso jurídico (doutrinário e jurisprudencial) mais sólido a respeito.

E, como sói acontecer com temas afetos aos direitos humanos, há um discurso uníssono na defesa da erradicação do trabalho escravo, ainda que proferido por interesses políticos divergentes. Essas vozes apenas começam a destoar quando da utilização dos mecanismos de repressão, revelando assim os verdadeiros interesses que sustentam cada discurso – uns mais ampliativos, outros tão restritivos que chegam a esvaziar qualquer possibilidade de existência de trabalho escravo contemporâneo, na prática. Segundo Quirk,⁵³ uma das dificuldades no combate ao trabalho escravo está justamente na tentativa de deslegitimação do problema, por meio do reforço de posições tradicionais por parte de determinados interesses. O impasse na efetivação dos mecanismos de combate ao trabalho escravo decorre, pois, inicialmente, da ausência de normatização e consolidação de um discurso jurídico mais claro quanto ao conteúdo dessa violação de direitos humanos.

Cumpre, portanto, definir o que caracteriza a escravidão contemporânea, com maior clareza e precisão. Para Hodgson,⁵⁴ precisão terminológica e definições adequadamente claras são vitais para todas as ciências. Nesse sentido, para combater o trabalho escravo

⁵³ QUIRK, J. **The anti-slavery Project**: linking the historical and contemporary, 2006.

⁵⁴ HODGSON, G. **Conceptualizing Capitalism**: Institutions, Evolution, Future, 2014.

é preciso, antes de mais nada, ter uma definição clara e introjetada do que caracteriza o trabalho escravo. A institucionalização da definição de trabalho escravo pode ser reforçada pelo direito, inclusive com maior clareza quanto ao bem jurídico tutelado, a dignidade.

Sem uma definição mais clara das práticas que caracterizam o trabalho escravo, mecanismos como a Emenda Constitucional nº 81, promulgada em 05 de junho de 2014, que confere nova redação ao artigo 243 da Constituição Federal, prevendo a expropriação de propriedades rurais e urbanas onde for localizada exploração de trabalho escravo, assim como a lei estadual paulista nº 14.946/2013, que prevê a cassação do ICMS de empresas flagradas utilizando-se de mão de obra escrava, jamais terão alguma eficácia, pois da mesma forma como é uníssono o discurso pela erradicação do trabalho escravo, ainda não se formou nenhum consenso quanto à sua configuração, na prática.

A institucionalização do conceito de escravidão contemporânea, assim, corrobora a erradicação da prática no Brasil, uma vez que facilita a ação em conformidade com o direito, o cumprimento espontâneo da norma (*compliance*), independentemente da eficiência das ações de fiscalização e de repressão estatal.

REFERÊNCIAS

BERMAN, H. J. **Direito e Revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BOBBIO, N. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007.

CHANG, Ha-Joon; EVANS, P. **The Role of Institutions in Economic Change**, in Silvana de Paula & Gary A. Dymki (orgs), Reimagining Growth: Towards a Renewal of Development Theory, Zed Books, 2005.

DEAKIN, S.; GINDIS, D.; HODGSON, G. M.; HUANG, K.; PISTOR, K.. **Legal Institutionalism**: Capitalism and the Constitutive Role of Law. Centre of Business Research, University of Cambridge, Working Paper nº 468, March, 2015.

HODGSON, G. **The approach of institutional economics**, *Journal of Economic Literature* XXXVI (1998): 166-192.

_____. **What Are Institutions?** *JEI – Journal of Economic Issues* XL:1 (2006).

_____. **Conceptualizing Capitalism: Institutions, Evolution, Future**, no prelo, 2014.

KENNEDY, D. **Law and Political Economy of the World**, *Leiden Journal of International Law* 26 (2013).

LA TORRE, M. **Teorias institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)**. *In Derechos y Libertades*, n. 14, Época II, enero, 2006, pp. 103-112.

NORTH, D. C. **Institutions**, *In The Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, No. 1, Winter, 1991, pp. 97-112.

POLANYI, K. **The Economy as Instituted Process**, *in* Mark Granovetter & Richard Swedlberg (orgs.), *The Sociology of Economic Life*, Westview Press, 2001: 2ª ed.: 31-50.

PRADO, M. M. What is Law and Development? **Revista Argentina de Teoria Jurídica**, Vol. 11, nº 1, 2010.

QUIRK, J. **The anti-slavery Project: linking the historical and contemporary**. *Human Rights Quarterly*, 2006, 28 (3), 565-598.

SEN, A. K. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TAMANAH, B. Z. **The Primacy of Society and the Failure of Law and Development**, *Cornell Institutional Law Journal*, Forthcoming; Washington U. School of Law Working Paper nº 10-03-02, 2010.

TREBILCOCK, M. J.; DAVIS, K.. **The Relationship between Law and Development: Optimistics versus Skeptics**. *American Journal of Comparative Law*. Vol 56, 2008.

TRUBEK, D. M. **Law and development 50 years on**. *International Encyclopedia of Social and Bahavioral Sciences*; University of Wisconsin Legal Studies Resarch Papel nº 1212, 2012.

DIREITO À LIBERDADE: CONTROVÉRSIAS
QUANTO À PREVISÃO DA FUGA COMO
FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE

Leonardo Melo Moreira

Rafael da Escóssia

*RIGHT TO FREEDOM : CONTROVERSIES ON THE
FORECAST OF ESCAPE AS AN ADMINISTRATIVE
VIOLATION*

DIREITO À LIBERDADE: CONTROVÉRSIAS QUANTO À PREVISÃO DA FUGA COMO FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE

RIGHT TO FREEDOM : CONTROVERSIES ON THE FORECAST OF ESCAPE AS AN ADMINISTRATIVE VIOLATION

Leonardo Melo Moreira

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília –UniCEUB. Professor da Escola de Assistência Jurídica da Defensoria Pública do Distrito Federal) Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal. Defensor Público do Distrito Federal. Coordenador do Núcleo de Execução Penal da Defensoria Pública do Distrito Federal. Titular da 2ª Defensoria de Atendimento Penitenciário; Membro titular do Conselho Penitenciário do Distrito Federal (Copen-DF).

Rafael da Escóssia

Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Estagiário no escritório de advocacia criminal “Tórtima, Tavares & Borges”. Colaborador na Defensoria Pública do Distrito Federal.

RESUMO

O presente trabalho visa a investigar a legitimidade da previsão da fuga como falta disciplinar de natureza grave. Para tanto, partir-se-á de uma equiparação das faltas disciplinares à prática de crime, uma vez que, em ambos os casos, defende-se que há uma manifestação latente do modelo decisório-punitivo. A partir daí, serão esboçadas tentativas de submissão da fuga a duas categorias dogmáticas básicas: a referência efetiva a bem jurídico (lesividade) e a apreensão do conteúdo de antijuridicidade da conduta. No primeiro caso, a investigação se centrará nos mecanismos de aferição (potencial e concreta) da lesão perpetrada contra um suposto bem jurídico “Administração da Justiça”. Subsidiariamente, a questão será abordada a partir da articulação, na hipótese, do estado de necessidade como situação legitimante sempre identificável na prática da fuga.

Palavras-chave: fuga; falta disciplinar; execução penal; lesividade; estado de necessidade.

ABSTRACT

This study aims to investigate the legitimacy of escape as an administrative violation in Brazilian Criminal Law. This shall break up by an equalization of the disciplinary offense as a crime, since, in both cases, we can identify the “punitive model”. From there, we will outline the escape to two basic dogmatic categories: the “harmfulness” and the illegality of the conduct. In the first case, the investigation will focus on the measurement mechanisms (potential and actual) of injury committed against the “Administration of Justice”. In the alternative, the issue will focus on the “state of necessity” as a “legitimizing situation” always identifiable in the escape from prison.

Keywords: escape; administrative violation; criminal enforcement; harmfulness; state of need.

Data de submissão: 08/03/2016

Data de aceitação: 12/09/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: A NATUREZA PENAL DAS SANÇÕES DECORRENTES DA PRÁTICA DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. 1 INVESTIGAÇÕES DOGMÁTICAS. 1.1 Bem jurídico e lesividade. 1.2 Fuga e justificação: um “perene” estado de necessidade. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO: A NATUREZA PENAL DAS SANÇÕES DECORRENTES DA PRÁTICA DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE

A fuga – “que consiste na evasão, sem a pretensão de retorno e interrompida por circunstâncias alheias à vontade do agente”¹ – está prevista no rol das faltas disciplinares de natureza grave do art. 50 da Lei de Execução Penal.

A saber, tais faltas, muito embora estejam revestidas de um teor administrativo-funcional, implicam diretamente na liberdade dos executados, o que é demonstrável pela possibilidade de regressão de regime – art. 118, I, da Lei de Execução Penal –, revogação de saídas temporárias – art. 125, da LEP –, revogação de parte do tempo remido de pena – art. 127, da LEP –, conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade – art. 181, §§ 1º, “d”, 2º –, óbice à comutação e ao indulto – art. 5º, do Decreto 8.615/2015.

Por consequência, em se utilizando da linguagem de Eugenio Raúl Zaffaroni, não haveria censura em cogitar a clara ocorrência de modelo decisório-punitivo latente, isto é, aquele que, além de resultar de uma “coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”², assim não se apresenta de forma declarada. É dizer: “o poder estatal concede às suas instituições funções [ora] manifestas, que são expressas, declaradas e públicas”, ora latentes ou reais, isto é, o que a instituição realiza efetivamente na sociedade³.

Em coerência com a crítica de Salo de Carvalho – quem observa que a falta disciplinar jamais poderia ultrapassar a esfera administrativa para produzir efeitos no campo judicial⁴ –, não seria absurdo afirmar que quando tais momentos punitivos latentes forem reconhecidos, eles devem passar a “fazer parte do objeto de interpretação do direito penal como saber jurídico, porque consubstanciam casos de criminalização indevidamente subtraídos dos limites do direito penal, que este deve recuperar para exercer sua função limitativa”⁵, e, assim, excluí-los pela via da declaração de inconstitucionalidade⁶.

¹ ROIG, R. D. E. **Execução Penal: Teoria Crítica**. 2014, p. 208.

² ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito Penal Brasileiro** - I. 2013, p. 99.

³ *Idem*, p. 88.

⁴ ROIG, R. D. E. *Op. cit.*, p. 190.

⁵ ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito Penal Brasileiro** - I. 2013, p. 89.

⁶ *Idem*, p. 90.

Por outro lado, a apreciação dogmática, que pode ser aqui entendida de maneira subsidiária, além de dialogar mais fortemente com o cotidiano das agências punitivas, permite a elaboração, tal como afirma Roig⁷, de uma *teoria da falta disciplinar*, a qual deve guardar relações analógicas com as instituições de teoria do delito, tais como os juízos de causalidade, imputação objetiva, lesividade, conexão anímica, antijuridicidade, reprovabilidade, etc.

Em suma, a falta disciplinar de natureza grave, já que mobiliza o exercício latente do poder punitivo, só pode ser apreciada juridicamente na medida em que reflita tal conteúdo punitivo, quer dizer, ou a partir de sua completa eliminação da ordem jurídica, ou mediante a equiparação dogmática à prática do crime.

É sob este último viés, portanto, que aqui se deve concentrar a investigação acerca da legitimidade da previsão da fuga como infração disciplinar de natureza grave.

1. INVESTIGAÇÕES DOGMÁTICAS

1.1 Bem jurídico e lesividade

Em se equiparando a falta disciplinar à prática delitiva, o primeiro requisito a que se deve atentar consiste na identificação do bem jurídico-penal a que a fuga se refere. Questiona-se se a hipótese típica abstrata tem o condão de, conjecturalmente, lesionar um bem jurídico e, ademais, se tal bem é legítimo.

Mesmo a doutrina mais progressista tem reconhecido que as faltas disciplinares afetam um objeto, que, normalmente, é identificado como a disciplina e a ordem carcerárias, ou ainda o *jus puniendi* disciplinar estatal⁸. Fala-se, inequivocamente, de uma curiosa aproximação com o suposto bem jurídico “Administração da Justiça” referenciado pelos delitos descritos no Capítulo III do Título XI do Código Penal.

⁷ ROIG, R. D. E. *Op. cit.*, p. 199.

⁸ *Idem*, p. 199.

Nesse Capítulo, estariam ligados pela mesma objetividade jurídica, como defende Pierangeli, fatos que atinjam a justiça como *instituição e função*, com prejuízos para o *prestígio* e a *confiança* que inspiram⁹. Frise-se que a doutrina não entende aqui a Administração da Justiça apenas no sentido técnico e restrito de jurisdição, quer dizer, o poder ou a função do Estado de aplicar o direito e conservar a segurança da ordem jurídica; mas, ao contrário, em uma locução ampla¹⁰.

A questão, no entanto, carece de simplicidade. A mera afirmação da existência do bem jurídico, desacompanhada de qualquer esforço hermenêutico, é apenas indicativa da retórica legitimante do discurso jurídico-penal.

Frise-se que a dogmática não é um campo neutro, indiferente as suas questões políticas subjacentes. Toda postura técnica reflete, em certa medida, um pressuposto político (des)legitimante. Não se propõe aqui, no entanto, uma confusão metodológica entre os *loci* de desenvolvimento da técnica e da política-criminal. Até mesmo em face do princípio da reserva legal, bem como da inequívoca independência entre os Poderes, a dogmática penal deve se configurar como um saber negativo, de contenção. Não se trata, em qualquer instância, de afirmar a legitimidade do poder de punir ou de propor critérios positivos de criminalização, senão de contrapor, de maneira técnica, “barreiras”, “diques” ao agigantamento do estado de polícia. É em tal sentido, portanto, que não se mostra possível desvincular a produção dogmática da adoção prévia de um pressuposto político, o qual ora irrompe de forma austera, negativa.

Por consequência, o próprio bem jurídico investigado, qual seja, a “Administração da Justiça”, deve passar por um processo de cognição que lhe confronte as características com as exigências democráticas provenientes da ordem jurídica. Fala-se, assim, do nível de concretude da existência do bem jurídico (discussão ilustrada pelo suposto grau de espiritualização do objeto), bem como de suas propriedades pré-típicas essenciais.

Em primeiro lugar, pois, para além da controvérsia acerca do bem jurídico como realidade fática ou entidade meramente ideal¹¹, deve-se compreendê-lo, segundo corretamente de-

⁹ PIERANGELI, J. H. **Código Penal**: comentado artigo por artigo. 2013, p. 1263.

¹⁰ Assim: *Idem*, p. 1263; NUCCI, G. de S. **Código Penal comentado**. 2014, p. 1372; GRECO, R. **Código Penal comentado**. 2014, p. 1104; MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal – Vol. 3**. 2014, p. 391; PRADO, L. R. **Comentários ao Código Penal**. 2014, p. 1048; CAPEZ, F. **Código Penal comentado**. 2014, p. 700; JESUS, D. de. **Código Penal anotado**. 2012, p. 1237; DELMANTO, C. *et al.* **Código Penal comentado**. 2010, p. 984.

¹¹ GRECO, L. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. 2004, p. 105.

fendem Juarez Tavares¹² e Winfried Hassemer,¹³ como valor pessoal autônomo; quer dizer, dotado de substância e existência humanas pré-típicas.

Essa orientação se justifica em face da necessidade de conter a criatividade legislativa. Uma vez que se afirme a idoneidade isolada da norma penal para a formação dos bens jurídicos, não seria vislumbrável nenhuma espécie de limite à criminalização primária. A existência do bem jurídico como valor concernente à pessoa possui o condão de dotá-lo de substância pré-penal, motivo porque ao legislador caberia o simples reconhecimento da existência de tal valor mediante o ato de referência normativa.

Em segundo lugar, no seio do debate acerca do nível aceitável de espiritualização do bem jurídico, aqui se defende, na linha também proposta por Juarez Tavares, que a lesão ou o perigo concreto de lesão ao objeto devam ser submetidos a um *processo de refutação*, isto é, “o processo de cognição [do bem jurídico] deve estar subordinado, antes de tudo, a um juízo de refutabilidade.”¹⁴

Por conseguinte, está desde já afastada qualquer compreensão da “Administração da Justiça” como instituição, uma vez que esta jamais pode ter sua lesão submetida a um procedimento democrático de refutação. O que pode ser efetivamente posto em perigo ou lesado é uma atividade, uma coisa, uma pessoa, ou até mesmo uma função – muito embora esta não apresente, conforme se verá, substância valorativa própria. Ilustrativamente, se um oficial de justiça deixa, por qualquer que seja o motivo, de cumprir um mandado de citação, pode-se falar que a atividade não ocorreu de maneira regular, isto é, de acordo com aquilo que prevê a lei. Nesse caso, seria defensável afirmar que a atividade do oficial foi lesada, conquanto esse juízo não seja suficiente para a identificação do bem jurídico.

A instituição em si nunca pode ter sua lesão ou perigo concreto de lesão efetivamente comprovados, senão mediante o uso de recursos metafóricos ou imagéticos. Tais recursos, uma vez que pressupõem a lesividade que deveriam exteriorizar de maneira contestável, não atendem ao critério da refutabilidade. Veja-se que recorrer ao prejuízo à atividade pública como caracterização imediata da lesão à instituição “Administração da Justiça” não perpassa por uma conexão lógica/efetiva. Entender de outra forma seria afirmar que toda atividade pública prejudicada corresponderia, de imediato, a uma lesão institucional, o que, do ponto de vista empírico, é falso.

¹² TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. 2003, p. 203.

¹³ HASSEMER, W. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* 2007, p. 96.

¹⁴ TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. 2003, p. 220.

Resta, por consequência, a alternativa de entender o referido objeto como função estatal, espécie da Administração Pública,¹⁵ e, a partir daí, submetê-lo ao parâmetro pessoal de identificação do bem jurídico.

Se, no entanto, “toda função tem sempre uma característica de instrumentalidade e de dependência de um outro objeto”¹⁶ – isto é, as funções “não têm caráter de universalidade, porque estão submetidas exclusivamente a critérios de oportunidade” –, é possível sustentar que “a função não existe por si mesma, depende de uma relação e de suas variáveis, possibilitando unicamente cálculos de predicados, que não podem ser confundidos com valores.”¹⁷ A carência de substancialidade da função, portanto, segundo os critérios que propomos, impede que ela se caracterize como bem jurídico, já que sua referência pelo tipo possibilita um infindável número de possibilidades criminalizantes alheias a qualquer parâmetro delimitativo extrapenal.

Por outro lado, como mais uma vez ensina Juarez Tavares, algumas funções, em razão da estabilidade que suas variáveis adquirem, acabam por se materializar. Esse é o caso da Administração da Justiça:¹⁸

A característica dessa função de servir indistintamente, a todos, no sentido de uma universalidade e sua vinculação à própria estrutura do Estado, dá-lhe estabilidade e a converte em bem jurídico porque se constitui valor da pessoa humana.

Em outras palavras, a fixação das variáveis – quais sejam, (i) prestação jurisdicional estatal (e seu potencial de realização e salvaguarda de direitos) e (ii) o acesso das pessoas a essa prestação – promove uma complexificação da estrutura do bem jurídico, possibilitando, assim, que a Administração da Justiça sofra uma estabilização valorativa.

¹⁵ Como traz Juarez Tavares, seriam outras espécies a administração pública em geral e a administração financeira ou tributária. *In*: TAVARES, J. Parecer oferecido aos advogados Hermes Vilchez Guerreiro e Castellar Modesto Guimarães Filho, na qualidade de defensores, respectivamente, de Ramon Hollerbach Cardoso e Cristiano de Melo Paz. 2015, p. 25.

¹⁶ TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. 2003, p. 205.

¹⁷ *Idem*, p. 212.

¹⁸ *Idem, ibidem*.

Essa nova complexidade demanda, em acréscimo, uma dupla cadeia imputativa. Isso porque a lesão à função materializada só se pode verificar quando se identifique cumulativamente uma afetação a todas as variáveis que compõem a referida relação. Tal verificação se dá de maneira sucessiva: de saída, faz-se imperioso constatar uma violação funcional ou, em outras palavras, um atrapalho a alguma atividade estatal. Na sequência, cumpre explicar como se processa a lesão à variável pessoal da relação. Assim, mesmo que não haja na simples descrição típica quaisquer referências a uma eventual redutibilidade individual decorrente da realização da conduta proibida, essa se faz necessária em face da estrutura geral do tipo, do conceito vinculante de bem jurídico e, por óbvio, do próprio princípio da lesividade.

A densificação ainda maior do juízo de imputação, no entanto, depende da própria estrutura da ação proibida ou mandada. Se, por um lado, o prejuízo à prestação da justiça pode se consubstanciar em um tipo material ou de mera conduta (o que depende por inteiro da própria locução típica e da estrutura da conduta), a afetação à variável pessoal da relação encontra-se normalmente apartada física e temporalmente da ação. É o caso, por exemplo, do art. 342, o qual tipifica o falso testemunho ou falsa perícia. Como se sabe, é vedado “fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor, contador ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral”. A pura e simples falsidade do testemunho ou da perícia, no entanto, só reflete um embaraço da “regularidade” da administração da justiça¹⁹, cuja atividade, de fato, resta prejudicada, porém de maneira simplesmente funcional. A exigência, em acréscimo, de que a conduta incriminada lesione ou ponha em perigo concreto um valor da pessoa humana, porém, agrega um novo nível de exigência ao juízo de imputação, este, inclusive, que passa a refletir uma efetiva conflituosidade social. Por essa perspectiva, só é legítima a incriminação de tais condutas quando resultam em lesões à liberdade ou a outro bem jurídico da pessoa (à parte de qualquer controvérsia envolvendo o teor subsidiário ou específico dessas ações em relação a outros crimes previstos na legislação penal). Se, ao contrário, o falso testemunho ou a falsa perícia levam ao resguardo de um bem jurídico – tal como a absolvição de algum réu –, não se pode falar que o bem jurídico-penal abs-tratamente referido pelo tipo teve sua lesão aferida em concreto, já que lhe falta o prejuízo à imprescindível variável pessoal na função “Administração da Justiça”.

Já no que se refere, por sua vez, à denúncia caluniosa (art. 339), é punido aquele que dá causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra outra pessoa, imputando-lhe crime de que o sabe inocente. Na situação, é evidente que há uma referência ao “verdadeiro”

¹⁹ *Vide*: CAPEZ, F. *Op.cit.*, p. 701; MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. *Op. cit.*, p. 396.

bem jurídico Administração da Justiça, já que o equívoco na atividade persecutória (seja penal, administrativa ou civilmente) implica em danos concretos para inúmeros bens jurídicos do investigado (tais como a honra e a liberdade). Ademais, é censurável a conduta de quem atua na contramão nos propósitos contentivos do direito penal, de maneira a aumentar o estado de vulnerabilidade de alguém perante a situação concreta de perigo penal²⁰. Muito embora seja contraditório reprimir, por meio da habilitação de poder punitivo, a pessoa que contribuiu, originariamente, para uma indevida criminalização secundária, é inequívoco que está presente, de maneira supositiva, o bem jurídico Administração da Justiça.

Entretanto, a identificação de tal bem pela doutrina majoritária se dá de maneira puramente relacional, de que são prova os ensinamentos de Fernando Capez, quem aparta os bens jurídicos individuais da pessoa atingida com a acusação falsa (o que se denominaria interesse secundário da norma penal) da Administração da Justiça propriamente dita, a qual corresponderia ao mero “interesse da justiça”²¹. De forma semelhante, Luiz Regis Prado²², em comunhão com Guilherme Nucci²³ e Mirabete²⁴, esclarece que o art. 339 faz referência ao correto e regular funcionamento da Administração da Justiça. Tal postura, conforme já se viu, é censurável por inúmeras razões, dentre as quais a ampla margem de violência estatal que se habilita, quer dizer, a desmaterialização da função relacional, desprovido-a de seus elementos estáveis.

Aderindo ao entendimento da doutrina majoritária, ainda que a instauração de inquérito policial não resultasse em nenhum tipo de dano para a pessoa investigada, mesmo assim seria devida a criminalização da conduta, pura e simplesmente porque atrapalhou o “funcionamento regular da Administração da Justiça”. Com isso, elimina-se o teor essencialmente pessoal que deve ter o bem jurídico. Sob essa ótica, o objeto perde seu teor valorativo, confundindo-se com uma mera infração funcional. Frise-se, no entanto, que não se propõe uma confusão entre os bens jurídicos tradicionais – tais como a honra e a liberdade – e a Administração da Justiça. Ocorre que esses bens (dentre outros referidos ao ser humano), a partir da perspectiva funcional-materializada, não podem deixar de integrar o conceito de Administração da Justiça, sob o risco de vulneração absoluta do

²⁰ Sobre os conceitos de perigo penal, bem como de vulnerabilidade, *vide*: ZAFFARONI, E. R. Culpabilidade por vulnerabilidade. 2004, pp. 31-49.

²¹ CAPEZ, F. *op. cit.*, p. 695. Na mesma linha: DELMANTO, C. *et al. Op. cit.*, p. 984; NUCCI, G. de S. *Op. cit.*, p. 1372.

²² PRADO, L. R. *Op. cit.*, p. 1041.

²³ NUCCI, G. de S. *Op. cit.*, p. 1372.

²⁴ MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal** – Vol. 3. 2014, pp. 385-386.

caráter estritamente pessoal do bem jurídico.

Duas considerações se fazem então necessárias. A primeira – que reste claro – **é que a necessidade de verificação de uma lesão à variável pessoal da função estabilizada não implica tácita convalidação** da conduta. Trata-se apenas de afirmar que a ação não pode ser típica, **já que não se atende** ao quesito da lesividade. Em outras palavras: a conduta não possui relevância penal. Dessa forma, é evidente que o dado de ilicitude pode restar intocado; não havendo óbices, assim, em proibir a referida **ação** em outras searas jurídicas, desde que, é claro, não implique exercício punitivo latente.

A segunda consideração trata do grau de necessidade do segundo resultado em relação ao primeiro. É claro que, se a lesão a um bem jurídico pessoal *stricto sensu* advém (de forma geral) do próprio princípio da lesividade (e não necessariamente da locução do tipo incriminador), a prévia necessidade de aferição dos elementos normativos e descritivos do tipo implica que **só é autorizado perquirir pelo segundo resultado** – a lesão à variável humana da relação – quando o primeiro – a violação administrativo-funcional, de maneira general – estiver devidamente configurado. Destrinchar sucessivamente as etapas de (re)constituição do crime, nesse contexto, oferece importante ferramenta analítica para evitar a imputação de resultado lesivo a crime cometido contra a Administração da Justiça quando se poderia fazê-lo em face de delito subsidiário.

Ora, o que exatamente identifica o delito cometido contra a Administração da Justiça é a lesão redutível à pessoa articulada em meio a uma relação funcional. Fora da referida função estabilizada, não se fala mais de crime contra a Administração da Justiça, mas de conduta que atenta exclusivamente contra o bem jurídico pessoal.

Retomando o estudo concernente à fuga, pode-se assumir, como tratamos, que o bem jurídico referenciado por tal falta disciplinar é a própria Administração da Justiça. Nessa esteira, em que medida a evasão do ambiente carcerário pode configurar, mesmo que de maneira hipotética, uma lesão ao bem jurídico?

É patente que, se da fuga resulta uma lesão a bem jurídico alheio, a Administração da Justiça se viu afetada, já que a disfunção foi causa de um resultado lesivo a terceiro. A falha nas atividades executórias comprometeu um bem jurídico individual, sendo possível afirmar, assim, que o requisito da redutibilidade pessoal está devidamente atendido.

Ocorre que o Código Penal já tipifica uma conduta que preenche exatamente os requisi-

tos mencionados acima, isto é, a “evasão mediante violência contra a pessoa” (art. 352). Proíbe-se que o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva evada-se ou tente se evadir, valendo-se de **violência contra a pessoa**. **No caso, o legislador incluiu no próprio texto típico** o requisito que aqui se estuda. Isso significa que, se a imposição de restrições à liberdade daquele que foge depende – no que se refere à falta disciplinar – de uma aferição de redutibilidade individual da conduta censurada (proveniente de um imperativo geral de lesividade), na ação descrita no art. 352 do CP, tal exigência irrompe como elementar típica, de forma que essa conduta torna-se específica no que tange à infração disciplinar.

Uma vez entendendo que a falta disciplinar de natureza grave (quanto aos seus efeitos penais latentes) é idêntica à prática de crime, este, já que mais específico, revoga tacitamente a **própria infração**. **Veja-se que o que se defende é que a simples evasão do estabelecimento prisional não é idônea para gerar efeitos no campo judicial, salvo quando se identificar uma lesão efetiva ao bem jurídico supostamente referenciado pela falta, qual seja, a Administração da Justiça (compreendida como função materializada)**. **Qualquer outra perspectiva** deve desde já ser rechaçada, uma vez que viola frontalmente o princípio da lesividade.

1.2 Fuga e justificação: um “perene” estado de necessidade

À parte do estudo acerca do bem jurídico referenciado pela fuga, bem como da maneira como se pode operar a lesividade de tal conduta, é necessário fazer algumas considerações acerca do conteúdo de antijuridicidade da ação em tela, bem como das formas como as discriminantes (sobretudo o estado de necessidade) podem se articular em concreto.

Aqui se defende que a fuga está, do ponto de vista dogmático, sempre justificada. Veja-se: o conflito de bens identificador do estado de necessidade (art. 23, I, CP), em linhas gerais, é representado, ao mínimo, pelo sacrifício de um bem de valor inferior ao de outro salvaguardado.

Tal discriminante – em sentido amplo –, comparativamente com o direito penal alemão, pode resultar na negativa de dois elementos distintos do delito. Se, por um

lado, o bem lesionado possuir valor inferior ao daquele posto a salvo, fala-se desde já na eliminação da ilicitude da conduta, isto é, a hipótese do “estado de necessidade justificante.”²⁵ Por outro lado, o Código Penal alemão recepciona a eliminação da culpabilidade, mediante o denominado “estado de necessidade exculpante”, quando, na ponderação dos bens em conflito, não se mostra exigível o sacrifício do objeto, vez que o bem salvaguardado pertence a um parente ou amigo próximo.²⁶

Veja-se que, na segunda hipótese, embora se reconheça a antijuridicidade da conduta, entende-se que a ação não é passível da censura estatal, já que, em face das circunstâncias, o sacrifício do bem salvaguardado não é exigível. Não se questiona, no caso, o valor dos bens em conflito, senão o nível de exigibilidade da conduta em face da qualidade particular do titular do bem jurídico.

O Código Penal brasileiro, por sua vez, ao incorporar a expressão “exigibilidade” (art. 24) à configuração do estado de necessidade, abriu margem para (i) uma compreensão ampliada da discriminante, a qual compreenderia, pois, tanto o “estado de justificante”, quanto o “estado de necessidade exculpante”. Ademais, (ii) mesmo no que tange a esta última categoria, a inexistência de maiores especificações no texto legal quanto à relação do sujeito ativo com o titular do bem jurídico protegido, implica enorme grau de incidência da situação legitimante; estando, pois, o juízo de (in)exigibilidade sujeito a uma necessária interpretação em concreto.

²⁵ SANTOS, J. C. dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 2012, p. 235.

²⁶ Veja-se: “§ 34. Estado de necesidad justificante

Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro.

§ 35. Estado de necesidad disculpante

(1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque el estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso l, cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica.

*(2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1.” In: DIAZ, C. L. (trad.). **Código Penal Alemán**: del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998.*

Se, por um lado, é verdade que a doutrina brasileira se reparte entre aqueles que reconhecem o caráter abrangente do estado de necessidade como causa de exclusão da ilicitude e aqueles que insistem na repartição, à moda do direito alemão, entre o “estado de necessidade justificante” e “estado de necessidade exculpante”; por outro, a questão merece ser analisada sob duas perspectivas diversas. Faremos isso à luz do presente objeto de estudo, isto é, a fuga.

Preliminarmente, no entanto, cumpre (a) identificar os bens jurídicos em conflito e (b) associar o *modus operandi* da fuga à estrutura do estado de necessidade.

(a) Tem-se, assim, ora a liberdade do indivíduo, sua dignidade e honra (potencialmente lesadas pelo sabido efeito estigmatizante²⁷, deformador²⁸ e criminógeno do cárcere²⁹), ora a obediência ao Estado, o poder disciplinante e verticalizado representativo do estado de polícia e, na melhor das hipóteses, o bem jurídico Administração da Justiça.

(b) O estado de necessidade, por sua vez, é composto pela situação de necessidade e pela ação necessária.³⁰ A situação de necessidade refere-se à probabilidade ou possibilidade concreta de perigo atual e involuntário de lesão ao bem jurídico.³¹ A ação necessária, de outra forma, refere-se **“à atuação do agente que lesa bem jurídico alheio quando não lhe resta outra alternativa para evitar o perigo, senão por sua atuação imediata.”**³²

A fuga, em face das afirmações anteriores, pode ser encarada como uma ação necessária, imbrincada em situação de necessidade, cuja resultante objetiva é a lesão à Administração

²⁷ Vide “Labeling Approach” em: BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 2011.

²⁸ SANTOS, J. C. dos. *Op. cit.*, p. 531.

²⁹ A saber, como reconhece a Exposição de Motivos do Código Penal, em seu item 26: “Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.” Na mesma linha, vide conclusões da Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos. In: COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas.

³⁰ TAVARES, J. **Teoria do Delito**. 2015, p. 78.

³¹ SANTOS, J. C. dos. *Op. cit.*, pp. 236-237.

³² TAVARES, J. **Teoria do Delito**. 2015, p. 78.

da Justiça e (ao mínimo) a salvaguarda da liberdade individual.³³

Para que se afirme, no entanto, que a conduta fugitiva está justificada, deve-se fazer, em todo caso, uma ponderação preliminar acerca dos bens jurídicos em conflito. Como se afirmou, a Administração da Justiça é um bem jurídico complexo, uma função materializada compreensiva de outros bens jurídicos. Conquanto a lesão à Administração da Justiça deva sempre ser passível de redução individual, nem sempre o bem jurídico estritamente pessoal lesado possui valor superior àquele salvaguardado (a liberdade, no mínimo).

Essa análise, portanto, deve ser feita no caso concreto, atentando sempre para o grau de exigibilidade da lesão perpetrada em face do catálogo de condutas do sujeito ativo do tipo.

Por outro lado, uma análise despreocupada da fuga como falta disciplinar, tal como é feita por grande parte da doutrina e jurisprudência, considera-a simples infração administrativa, sendo prescindíveis quaisquer danos pessoais para sua caracterização. Nesse caso, é obviamente lícita a conduta daquele que, para escapar da eficácia invertida do cárcere, da lesão à liberdade e dos efeitos destrutivos sobre sua pessoa, macula o simples poder estatal de controle e vigilância. Caso não se entenda, portanto, que haja um bem jurídico referenciado pela fuga, ou caso esse bem jurídico confunda-se com uma simples função estatal, diz-se que a conduta evasiva é sempre legítima.

Indagações acerca da permanência do desvalor da ação devem ser sopesadas pela prescindibilidade dos elementos subjetivos nas justificações. Muito embora a doutrina dominante exija, ao lado da eliminação do desvalor do resultado, a existência de elementos subjetivos nas causas de exclusão da antijuridicidade, essa postura é censurável por três razões principais. Primeiro, porque tal exigência é sintomática de um direito penal canônico, incompatível com um Estado que se dá por satisfeito com a resolução objetiva do conflito representada pela situação legitimante.³⁴

Segundo, porque a necessidade de uma perfeita correspondência entre a estrutura do tipo e as causas de justificação é indicativa de uma esquizofrênica adesão à teoria dos elementos negativos do tipo, em contradição com a gênese tripartida das formulações finalísticas no Brasil.³⁵

³³ Para os fins metodológicos deste trabalho e levando em conta o funcionamento plural do sistema carcerário brasileiro, só se considerará a liberdade como bem jurídico lesado no ambiente prisional.

³⁴ TAVARES, J. **Teoria do Delito**. 2015, p. 77.

³⁵ TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. 2003, p. 314.

Por fim, a exigência de representação efetiva da situação justificante – tal como afirmam Roxin, Otto e Kuhl³⁶ – é incompatível com a legítima defesa nos delitos culposos, por exemplo, uma vez que inexistem quaisquer possibilidades de uma aferição empírica de conexão anímica na culpa inconsciente.

“Exigindo-se, porém, apenas que o sujeito tenha tomado como possível a situação justificante, já se está criando uma base para a solução culposa, porque a questão relativa à própria ação justificante não depende de qualquer elemento subjetivo de justificação, mas apenas de uma ponderação subjetiva advinda da ordem jurídica.”³⁷

Isso posto, a submissão do processo de imputação às exigências da contenção do poder de punir e do princípio de presunção de inocência implica que tão somente a representação potencial da situação legitimante pode se fazer necessária quando da dúvida quanto a sua provocação ou não³⁸. No mais das vezes, a carência de desvalor do resultado – subsidiada na licitude da lesão ao eventual bem jurídico – por si só possui o condão de afastar a antijuridicidade da conduta.

Caso não se entenda dessa forma, mesmo assim a fuga não seria passível de punição, já que a legislação brasileira veda a responsabilização penal puramente subjetiva, tal como se depreende da não punibilidade da tentativa inidônea³⁹. A saber: a ocorrência, por si só, de ação desvalorada não é apta a desencadear uma resposta punitiva estatal e não prescinde de um juízo objetivo que identifique uma lesão ou um perigo concreto de lesão ilícita a bem jurídico.

Independente da vontade ou do conhecimento efetivo de atuar em estado de necessidade, a mera ponderação objetiva dos bens em conflito, por si só, detém a faculdade de justificar a falta disciplinar do apenado.

Ao se compreender a fuga como uma mera lesão ao *jus puniendi* estatal em vista da salvaguarda da liberdade, tal conduta estará sempre justificada, o que, em linhas gerais, é dizer que a fuga é lícita e, portanto, sua previsão como falta grave é ilegítima.

³⁶ SANTOS, J. C. dos. *Op. cit.*, p. 228.

³⁷ TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. 2003, p. 318.

³⁸ *Idem*, p. 312.

³⁹ Assim: SANTOS, J. C. dos. *Op. cit.*, p. 229.

Frise-se, no entanto, que essa postura é subsidiária em relação ao argumento da lesividade. Fala-se aqui da fuga à parte da existência de bem jurídico legítimo (a Administração da Justiça, nos moldes do que se afirmou na seção precedente). Ainda defendendo uma equiparação da fuga à prática de crime (em vista de seu idêntico teor punitivo latente), a prática isolada da fuga, para além de qualquer indagação acerca da lesividade, leva-nos a concluir pela sua justificação em face da inexistência de desvalor no resultado.

Assim, parece inescapável que a previsão da fuga como falta disciplinar de natureza grave, além de censurável teoricamente, viola o princípio da lesividade e, subsidiariamente, não possui conteúdo de injusto.

CONCLUSÕES

Tal a exposição, procede-se a algumas conclusões:

A falta disciplinar de natureza grave, uma vez que resulta em limitações concretas à liberdade dos apenados, só pode ser apreciada juridicamente na medida em que reflita seu conteúdo punitivo latente, quer dizer, ou a partir de sua completa eliminação da ordem jurídica, ou mediante a equiparação dogmática à prática do crime. No que tange a esta última hipótese, deve-se proceder à elaboração de uma teoria da falta disciplinar, a qual guarde relações analógicas com as instituições de teoria do delito.

No que se refere ao quesito da lesividade, pode-se assumir que as faltas disciplinares afetam um “bem jurídico”, que, normalmente, é caracterizado pela doutrina como a disciplina e a ordem carcerárias, ou ainda o *jus puniendi* disciplinar estatal. Ora se fala de uma aproximação com o suposto bem jurídico “Administração da Justiça”.

A cognição do referido objeto, no entanto, deve ser balizada por alguns critérios dogmáticos indispensáveis, tais como a compreensão do bem jurídico como preferência e dado valorativo pessoal e a submissão de seu nível de concretude a um juízo de contestabilidade da ocorrência ou perigo concreto de lesão. Nessa esteira, não se pode entender a Administração da Justiça como simples instituição (tal como defende a doutrina majoritária), já que lhe faltaria o requisito da refutabilidade. Resta, portanto, a alternativa de sua identificação como função estatal.

As funções, no entanto, carecem de substancialidade, já que se tratam de relações em que suas variáveis dependem-se mutuamente mediante critérios de oportunidade. Ocorre que algumas funções, em razão da estabilidade que suas variáveis adquirem, acabam por se materializar. Esse é o caso da Administração da Justiça, cujos elementos são a prestação jurisdicional estatal e o acesso das pessoas a essa prestação. A lesão a tal bem jurídico, portanto, pressupõe uma dupla cadeia imputativa, isto é, uma lesão funcional primeira, geralmente constante da leitura do próprio tipo incriminador, e uma lesão à variável pessoal da relação, cuja exigência se dá como um imperativo geral de lesividade.

No que concerne à fuga, se dela resulta uma lesão a bem jurídico alheio, pode-se afirmar que a Administração da Justiça viu-se afetada, já que a disfunção foi causa de um resultado lesivo a terceiro. É sabido, no entanto, que o Código Penal já tipifica uma conduta que preenche exatamente tais requisitos, qual seja, a “evasão mediante violência contra a pessoa” (art. 352). Na hipótese, o próprio tipo incluiu em sua locução o requisito da redutibilidade individual, de forma que esta conduta delitiva torna-se específica no que tange à infração disciplinar e, assim, revoga tacitamente a previsão da fuga como falta disciplinar de natureza grave.

A identificação do conteúdo de injusto da conduta evasiva, no que se refere à (in)existência de discriminante, passa por duas considerações alternativas. Caso se entenda, democraticamente, que existe uma referência da fuga ao bem jurídico Administração da Justiça, deve-se valorar, no caso concreto, se a lesão à variável pessoal da função materializada possui validade superior à liberdade do evasor (ou ainda se a salvaguarda de tal função era concretamente exigível). Por outro lado, em se compreendendo manifestamente a fuga como simples infração administrativa, sem quaisquer considerações à natureza do bem jurídico por ela supostamente referenciado (ou equiparando-o ao simples *jus puniendi* estatal), pode-se falar que a conduta está sempre justificada do ponto de vista objetivo, inexistindo, assim, desvalor no resultado. A prescindibilidade dos elementos subjetivos nas justificações, em acréscimo, permite a generalização de tal conclusão, no sentido de negar a subsistência de qualquer conteúdo antijurídico **à conduta**.

REFERÊNCIAS

BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

CAPEZ, F. **Código Penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. Disponível em: www.cidh.org. Acesso em: 29 jul. 2015

DELMANTO, C. *et al.* **Código Penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAZ, C. L. (trad.). **Código Penal Alemán**: del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf. Acesso em: 5 set. 2015.

GRECO, L. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*. Rio de Janeiro, v. 12, n. 49, pp. 89-147, jul./ago. 2004.

GRECO, R. **Código Penal comentado**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

HEFENDEHL, R. (ed.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007.

JESUS, D. de. **Código Penal anotado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal** – Vol. 3. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

NUCCI, G. de S. **Código Penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PIERANGELI, J. H. **Código Penal**: comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

PRADO, L. R. **Comentários ao Código Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROIG, R. D. E. **Execução Penal**: Teoria Crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, J. C. dos. **Direito Penal**: Parte Geral. Conceito Editorial: Florianópolis, 2012.

TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Teoria do Delito**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

_____. Parecer oferecido aos advogados Hermes Vilchez Guerreiro e Castellar Modesto Guimarães Filho, na qualidade de defensores, respectivamente, de Ramon Hollerbach Cardoso e Cristiano de Melo Paz. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20121128-06.pdf. Acesso em: 1 jul. 2015.

ZAFFARONI, E. R. Culpabilidade por vulnerabilidade. *In*: **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, n. 14, pp. 31-49, 2004.

_____; BATISTA, N. *et al.* **Direito Penal Brasileiro** - I. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS
E PROSTITUIÇÃO: PARADOXOS ENTRE O
PROTOCOLO DE PALERMO E O CÓDIGO
PENAL BRASILEIRO NO TOCANTE AO
CONSENTIMENTO

Francisco Eduardo Falconi de Andrade

*TRAFFICKING INTERNATIONAL PEOPLE AND
PROSTITUTION: PARADOXES BETWEEN THE
PROTOCOL OF PALERMO AND THE BRAZILIAN
PENAL CODE IN RELATION TO THE CONSENT*

TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS E PROSTITUIÇÃO: PARADOXOS ENTRE O PROTOCOLO DE PALERMO E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO NO TOCANTE AO CONSENTIMENTO

*TRAFFICKING INTERNATIONAL PEOPLE AND PROSTITUTION: PARADOXES BETWEEN
THE PROTOCOL OF PALERMO AND THE BRAZILIAN PENAL CODE IN RELATION TO
THE CONSENT*

*Francisco Eduardo Falconi de Andrade.
Especialista em Direito Constitucional. Defensor Público Federal.*

RESUMO

O consentimento da vítima é uma questão central em qualquer debate sobre tráfico internacional de pessoas para fins de prostituição. Diversas convenções internacionais, notadamente, as de 1933 e 1949, consideraram irrelevante a aquiescência de quem migra para se prostituir. O Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, aprovado em 2004, rompe com essa tradição. Esse tratado considera relevante o livre consentimento das pessoas que migram para realizar trabalhos sexuais, quando elas são maiores de 18 dezoito anos de idade e não estejam em situação de vulnerabilidade. Neste artigo, porém, demonstra-se, por meio de comparações com a legislação internacional, que o Direito Penal brasileiro ignora, por completo, o consentimento da vítima no tráfico de pessoas. Com isso, há uma perda de foco das políticas de combate ao tráfico, as quais se convertem em meros controles da mobilidade de profissionais do sexo.

Palavras-chave: Tráfico de pessoas. Prostituição. Consentimento. Direito Penal brasileiro.

ABSTRACT

The consent of a victim is a central issue in any discussion of international trafficking in persons for prostitution. Several international conventions, notably the 1933 and 1949, considered irrelevant acquiescence of those who migrate to whoring. The Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, adopted in 2004, breaks with that tradition. This treaty considers relevant the free consent of the people who migrate to perform sex work, when they are over eighteen years of age and are not in a vulnerable situation. In this paper, however, it is demonstrated, through comparisons with international law, that the Brazilian criminal law ignores completely the victim's consent in the trafficking in persons. Thus, there is a loss of focus of anti-trafficking policies, which are converted into mere controls the mobility of sex workers.

Keywords: Trafficking in persons. Prostitution. Consent. Brazilian Criminal Law.

Data de submissão: 19/03/2016

Data de aceitação: 26/08/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL. 2 O PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO DE PALERMO. 2.1 Contextualização. 2.2 Definição de tráfico de pessoas. 2.3 Principais críticas ao tratado. 3 O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO. 3.1 Nota histórica. 3.2 O art. 231 do Código Penal vigente 4. CONTRADIÇÕES E APROXIMAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo é testemunha de grandes discussões em torno do enfretamento ao tráfico internacional de pessoas. Cuida-se de tema extremamente complexo por envolver necessariamente assuntos polêmicos como prostituição, migrações, autonomia individual e gênero.

Atualmente, o marco jurídico internacional no combate ao tráfico de pessoas é o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, aprovado em 2004.

Apesar de suscetível de críticas, o referido tratado, em diversos aspectos, inova substancialmente em relação às convenções sobre tráfico de pessoas que o antecederam. Com efeito, à luz do protocolo, o consentimento de quem migra para realizar trabalhos sexuais, a exemplo de mulheres, transexuais, travestis, transgêneros e homens, passa a ter relevância, mormente quando os trabalhos sexuais são feitos sem opressão por pessoa maior de 18 (dezoito anos).

Assim, o objetivo deste artigo consiste em analisar em que medida o Direito Penal brasileiro, no tocante ao consentimento da suposta vítima, encontra-se ou não em harmonia com o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, mostrando como as divergências eventuais podem prejudicar o processo de combate dessa grave forma de violação da dignidade humana.

Para tanto, far-se-á a reconstrução histórica dos diversos instrumentos internacionais voltados ao combate do tráfico de pessoas, enfocando os valores ideológicos nele subjacentes, relacionados à temática da prostituição. Da mesma forma, será essencial descrever a evolução do Direito Penal pátrio em relação ao tema. Ao final, comparar-se-ão as normas jurídicas atualmente vigentes sobre tráfico de pessoas nas ordens internacional e interna, fazendo-se o devido cotejo analítico.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

No alvorecer do século XIX, o foco dos países centrais era banir o tráfico de africanos, vendidos como escravos na América. No final de tal século, porém, passa a ser objeto de preocupações o tráfico de mulheres brancas (*white slave traffic*) exploradas sexualmente, o que fomentou debates a nível internacional sobre o tema¹. Esse fato histórico é registrado por Nelson Hungria:

Data de 1881 o esboço da campanha contra o tráfico de mulheres. Já então a Holanda propunha à França, Alemanha e Inglaterra uma conferência para decidirem sobre medidas de auxílio recíproco contra os traficantes.²

Como resultado desses debates, são produzidos, no início do século XX, os primeiros tratados voltados ao combate do tráfico de mulheres, destacando-se os seguintes textos: a) Acordo para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, assinado em Paris, em 1904; b) Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, igualmente assinada em Paris, em 1910.

Segundo Castilho, os referidos tratados buscavam reprimir a prostituição de “[...] mulheres europeias, principalmente do leste europeu”.³ Enquanto o tratado de 1904 definiu sanções administrativas, buscado combater o trânsito de cafetões e prostitutas em portos e estações ferroviárias, o tratado de 1910 passou a considerar o tráfico e o favorecimento à prostituição, como crimes passíveis de extradição, definindo-os “[...] como o aliciamento, induzimento ou descaminho, ainda que com o seu consentimento, de mulher casada ou solteira menor, para a prostituição.”

Em relação ao consentimento, a Convenção de 1910 fez a seguinte diferenciação: se a vítima

¹ CASTILHO, E. W. V. de. Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. **Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**, 2007, p. 11.

² HUNGRIA, N.. **Comentários ao Código Penal**, 1959, p. 296-297

³ CASTILHO, E. W. V. de, *op. cit.*, p. 11.

fosse uma mulher casada ou uma solteira menor de 20 anos, o consentimento seria irrelevante; sendo a prostituta solteira e maior de 20 anos, o consentimento afastaria o tráfico, salvo se obtido por “fraude ou por meio de violências, ameaças, abuso de autoridade, ou qualquer outro meio de constrangimento”. Permitia-se, porém, o direito interno dos Estados-partes ignorar o consentimento da vítima, mesmo se fossem solteiras maiores de 20 anos.⁴

Ao se valer da expressão “mulheres brancas”, os tratados editados no início do século XX revelam preocupações racistas e eugênicas, protegendo um grupo específico de mulheres e excluindo, por seu turno, as latinas, as negras e as amarelas. Ademais, apesar de não proibirem a prostituição em si, eles buscam aboli-la, por meio da criminalização das atividades que a favoreciam, a exemplo do tráfico de pessoas, em movimento denominado abolicionista.⁵

Nesse contexto histórico, a prostituição era concebida como uma atividade moralmente reprovável e um problema médico-psiquiátrico. Por isso, não deveria atravessar fronteiras. Esses aspectos ideológicos foram bem captados e descritos no seguinte estudo histórico:

A elaboração da categoria tráfico de mulheres brancas, além de trazer consigo um racismo latente, se fez com base no empenho em proteger o ideal de pureza feminina. Inventou-se a prostituição num tempo marcado por teorias eugenistas e evolucionistas. No século XIX, marco da constituição de uma ciência sexual, a prostituição foi tratada como objeto do saber médico, entendida como doença, como desvio social. As prostitutas foram muradas fora das cidades, consideradas um empecilho a civilização e a moralidade. Naquela época, já se falava de prostituição atravessando fronteiras nacionais.⁶

Com a criação da Liga das Nações em 1919, igualmente foram aprovadas convenções sobre o tráfico de pessoas, destacando-se a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças (Genebra, 1921) e a Convenção Internacional para a

⁴ BANDEIRA, M. de A. V. D. **O Brasil na rota internacional do tráfico de mulheres:** entre o início do século XX e a contemporaneidade. Dissertação para a obtenção do título de Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Brasília, UNB, 2014, p. 23; CASTILHO, E. W. V. de, *op. cit.*, p. 11.

⁵ Segundo Michelle Bandeira, “A campanha abolicionista direcionava a culpa dos males da prática da prostituição aos consumidores masculinos do mercado do sexo e aos seus intermediários, que facilitavam sua prática. Os abolicionistas adotaram um discurso que tratava a prostituta como uma vítima ‘ingênua’, a qual se enganava e obrigava a entrar na prostituição.” BANDEIRA, M. de A. V. D. *op. cit.*, p.11.

⁶ VENSON, A. M.; PEDRO, J. M.. Tráfico de pessoas: uma história do conceito, 2013, p. 68.

Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (Genebra, 1933).

Como novidade, a Convenção de 1921 aumentou a maior idade para os 21 anos. Por sua vez, na Convenção de 1933, estabeleceu-se que o consentimento da vítima seria indiferente para a configuração do tráfico.⁷

Após a Segunda Guerra Mundial, a recém-criada Organização das Nações Unidas elaborou e os Estados membros aprovaram, em 1949, a Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio.⁸

O texto desse tratado não mais reduz as vítimas do tráfico às mulheres, pois usa a abrangente expressão “pessoas”. Ademais, o consentimento da pessoa que se prostitui continua sendo irrelevante, pois a razão de ser do combate ao tráfico é abolir a prostituição.

Nesse ponto, apesar de o texto convencional de 1949 apresentar uma linguagem jurídica mais universalista, o combate à prostituição é o valor central que o liga, sob o ponto de vista finalístico, aos textos internacionais elaborados, desde 1904, para o enfrentamento ao tráfico internacional de pessoas.

De fato, em seu preâmbulo, a Convenção de 1949 deixa claro que a sua razão de ser é prevenir e combater a prostituição em escala planetária. Para tanta, busca acabar com “o mal que a acompanha”, isto é, o tráfico de pessoas.⁹ Esses aspectos são realçados por Venson e Pedro:

[...] o que havia em comum entre a Convenção de 1949 e aquela do início do século era que ambas estavam predominantemente baseadas no sistema abolicionista, que pretende a eliminação da prostituição. De um lado, trabalhar como prostituta não era punível,

⁷ Eis os termos do Art. 1º da Convenção de 1933: “Quem quer que, para satisfazer às paixões de outrem, tenha aliciado, atraído ou descaminhado, ainda que com seu consentimento, uma mulher ou solteira maior, com fins de libertinagem em outro país, deve ser punido”.

⁸ Os termos do art. 1º da Convenção de 1949 são os seguintes: “As Partes na presente Convenção convêm em punir toda pessoa que, para satisfazer às paixões de outrem: 1. aplicar, induzir ou desencaminhar para fins de prostituição, outra pessoa, ainda que com seu consentimento; 2. explorar a prostituição de outra pessoa, ainda que com seu consentimento.”

⁹ Diz o preâmbulo do tratado: “CONSIDERANDO que a prostituição e o mal que a acompanha, isto é, o tráfico de pessoas para fins de prostituição, são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e põem em perigo o bem-estar do indivíduo, da família e da comunidade;”

mas o envolvimento de outras pessoas o era, fosse o administrador do bordel ou um amigo, independentemente do consentimento da mulher, ou se ela era ou não explorada.¹⁰

Em seguida, na mesma toada abolicionista, veio à lume a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Em seu art. 6º, o tratado determinou que “Os Estados-parte tomarão todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição da mulher.”

2. O PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO DE PALERMO

2.1 Contextualização

No final do século XX, o termo “globalização” passou a ordem do dia, sobretudo, após o ocaso do socialismo real no Leste Europeu e o incremento dos processos de integração econômica, embalados por novas tecnologias no campo da comunicação e dos transportes.

Se, por um lado, a globalização facilitou a expansão de atividades lícitas; por outro, fomentou práticas criminosas transnacionais, conforme bem anotam Peterke e Lopes:

Como se sabe, a globalização tem também seus lados obscuros. É triste constatar que o crime organizado pertence aos vencedores deste processo complexo e multidimensional. O submundo do crime rapidamente compreendeu que as novas tecnologias, tecnologias, a quebra da cortina de ferro e a liberalização dos mercados ofereceram várias ocasiões para a expansão de suas atividades ilegais.¹¹

¹⁰ *Ibidem*, p. 72.

¹¹ PETERKE, S.; LOPES, S. R. P. **Crime organizado e legislação brasileira à luz da Convenção de Palermo: algumas observações críticas**, 2008.

No contexto econômico “globalizado”, a antiga e lucrativa atividade de tráfico de pessoas recebeu novo fôlego, em termos de expressão econômica e número de pessoas envolvidas.¹² Não por acaso passou-se a rediscutir a Convenção de 1949, tida como inadequada para o tratamento da nova realidade.

Sob o ponto de vista técnico, não eram poucas as críticas que lhe eram dirigidas, por ser omissa em relação ao tráfico para serviços domésticos, noivas por correspondência e mesmo em relação às condições análogas a de escravos na indústria têxtil e na agricultura.

Por outro lado, no campo ideológico, aumentaram as demandas de organizações de trabalhadoras do sexo, buscando o reconhecimento da prostituição como uma atividade lícita, a ser exercida em condições adequadas.¹³ Tudo isso criou um ambiente favorável para novas discussões sobre a definição do tráfico de pessoas, no contexto de crimes transnacionais.

2.2 Definição de tráfico de pessoas

O Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, foi elaborado em 2004. Trata-se de normas suplementares ao principal tratado internacional de combate aos crimes transnacionais, que é a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo.

O Brasil foi signatário de ambos os textos internacionais. Assim, a Convenção de Pa-

¹² Embora menos comentado e noticiado que outros crimes transnacionais graves como o tráfico internacional de drogas, o tráfico de pessoas tem enorme repercussão econômica. Segundo dados da Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa, o tráfico de seres humanos explora aproximadamente 2,5 milhões de pessoas, movimentando anualmente US\$ 32 bilhões, superando, em lucratividade, o tráfico de armas. Tráfico de pessoas movimenta US\$ 32 bilhões por ano. Folha de São Paulo. <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u89306.shtml>. Acesso em 07 de fev. 2016.

¹³ Segundo anotam Venson e Pedro, *ibid.*, p. 73: “Atualmente, podemos localizar duas posições centrais a respeito da prostituição e que se fazem evidentes no debate antitráfico. Certa posição defende um viés abolicionista, considerando que toda prostituição é forçada, e é defendida pela Coalition Against Trafficking in Women (CATW). Outra, defendida pela Global Alliance Against Trafficking in Women (GAATW), sediada na Tailândia, reconhece que não é o exercício da prostituição em si que é abusivo, mas as más condições de trabalho. O ponto fundamental que distingue esses entendimentos é a divergência sobre a questão do consentimento.”

lermo incorporou-se à ordem jurídica brasileira, com a edição do Decreto n. 5.015, de 12/03/2004. Por sua vez, o Protocolo Adicional ingressou no direito positivo pátrio, por meio do Decreto n. 5.017, de 12/03/ 2004.

Em relação à definição de tráfico de pessoas, o artigo 3º do Protocolo traz extenso enunciado, sendo essencial transcrevê-lo para o correto entendimento da matéria. Ei-lo:

Para efeitos do presente Protocolo:

- a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;
- b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);
- c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;
- d) O termo “criança” significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

É notável que a nova definição apresenta grandes diferenças em relação àquela encampada pela Convenção de 1949. Agora, sob o ponto de vista estrutural, o tráfico internacional de pessoas exige a presença concomitante dos seguintes elementos constitutivos: atos, meios e objetivos da exploração.¹⁴

Os **atos** referem-se às ações praticadas pelos agentes no contexto do tráfico de pessoas. Trata-se de recrutar, transportar, transferir, alorjar ou acolher.

¹⁴ ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME – UNODC. **Tráfico de pessoas, vítimas e sistema de justiça criminal**. Treinamento para Defensores Públicos da União. Brasília: 2015, p. 11.

Os **meios** relacionam-se às formas por meio das quais o traficante constringe a vítima para forçá-la ou induzi-la ao trabalho servil, sexual ou não. Nesse caso, o agente deve necessariamente se valer da ameaça, do uso da força, da coação, do rapto, da fraude, do engano, do abuso de autoridade, do abuso da vulnerabilidade ou da corrupção em sentido amplo (entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade).

Ausentes quaisquer desses meios, estará afastado o tráfico de pessoas. Por isso, “[...] o mero recrutamento de uma pessoa para a prostituição, sem utilização de meios adicionais, não é abrangido na definição de tráfico, a não ser que se trate de pessoa com menos de 18 anos”.¹⁵

Igualmente, em razão da previsão desses meios de execução, o consentimento da vítima, antes irrelevante, passa a ser essencial para a configuração do delito. Assim, não será vítima de tráfico de pessoas quem, não estando em situação de vulnerabilidade, consentir livremente em migrar para exercer trabalhos sexuais.

Por fim, os **objetivos** dizem respeito à finalidade da exploração imposta à vítima. A exploração, que é central na definição de tráfico, relaciona-se à prostituição ou outras formas de exploração sexual, ao trabalho forçado, à escravidão ou práticas similares à escravidão, à servidão ou à remoção de órgãos. Note-se, pois, que houve um tratamento conjunto do tráfico para fins de exploração sexual e outras formas de trabalho, a exemplo do trabalho escravo.

Por isso, embora não seja suficientemente claro, a problematização da prostituição assume novos contornos morais no Protocolo Adicional, quando comparado à legislação internacional que o antecede.

Antes, nos termos da Convenção de 1949, o comércio do sexo deveria ser abolido, pois era tido como uma atividade violadora dos direitos fundamentais. Agora, ao menos explicitamente, não mais se busca a abolição da prostituição, mas sim das formas degradantes de exercício dessa atividade, que ocorrem, por exemplo, quando a vítima a exerce com vício de consentimento (erro, dolo, coação, etc) ou quando, mesmo consentindo, acaba sendo submetida a regimes de escravidão ou servidão.

¹⁵ HEINTZE, H-J.; PETERKE, S. Conteúdo e significado do Protocolo da ONU Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas (2000). **Desafio e perspectivas para o enfrentamento do tráfico de pessoas no Brasil**. Nair Heloisa Bicalho de Sousa *et al.* (Orgs.). Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 68.

2.3. Principais críticas ao tratado

Embora fruto de amplas discussões e a despeito de ter sido assinado por diversos países, o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, tem sido objeto de diversas críticas.

A primeira objeção ao Protocolo diz respeito ao fato de que ele não é um tratado de direitos humanos em sentido estrito, mas um texto internacional voltado ao combate do crime organizado supranacional, tendo como foco o controle de fronteiras nacionais. Como bem ressaltam Venson e Pedro, mesmo contemplando interesses humanitários, “[...] o Protocolo de Palermo não é exatamente um instrumento de promoção de direitos humanos, mas uma normativa cuja intenção é combater o crime organizado”.¹⁶

Longe de ser uma mera coincidência, o fato de a definição de tráfico de pessoas estar prevista em tratado sobre crime organizado transnacional revela “[...] um viés mais repressivo e não de proteção e de efetivação dos direitos humanos das pessoas envolvidas”.¹⁷

Também não passa despercebido aos estudiosos da questão do gênero a reveladora parte final do *nomen iuris* do tratado: “Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em **Especial Mulheres e Crianças**” (destaque acrescentado).

Note-se que o texto ressuscita a expressão “mulheres” ao lado de “crianças”, o que oficializaria “antiga noção de vulnerabilidade feminina”, típica da primeira metade do século XX, que equiparava as pessoas do sexo feminino aos juridicamente incapazes.¹⁸

Contudo, a maior fonte de controvérsias do Protocolo Adicional é a previsão da situação vulnerabilidade da vítima, ainda que maior de 18, como causa para invalidar o seu consentimento.

Incluída no “último minuto” dos debates, a palavra “vulnerabilidade” é fruto de batalha discursiva para se atingir um consenso sobre a problemática da prostituição no tratado.¹⁹ A toda evidência,

¹⁶ VENSON, A. M.; PEDRO, J. M., *op. cit.*, p. 75.

¹⁷ MENDONÇA, T. S. N. **Prostituição**: trabalho ou tráfico? A criação da vítima de tráfico de pessoas. 2014, p. 32.

¹⁸ VENSON, A. M.; PEDRO, J. M., *op. cit.*, p. 76.

¹⁹ LOWENKRON, L. Consentimento e vulnerabilidade: alguns cruzamentos entre o abuso sexual infantil e o tráfico de pessoas para fim de exploração sexual. Cadernos Pagu, n. 45, jul.-dez. de 2015, p. 242.

“vulnerabilidade” e “vulnerável” são termos que, originariamente empregados nas ciências sociais e da saúde, vêm sendo incorporados aos textos legislativos e discursos jurídicos.²⁰

No art. 9, item 4, o Protocolo exemplifica algumas situações de vulnerabilidade, destacando-se a “pobreza”, o “subdesenvolvimento” e a “desigualdade de oportunidades”. Como bem observa Castilho, essas situações referem-se ao contexto social, ignorando “fatores ligados ao indivíduo e à família”²¹, o que constitui uma evidente omissão.

Na realidade, “pobreza”, “subdesenvolvimento” e “desigualdade de oportunidades” são inegavelmente fatores que criam vulnerabilidade; porém, ao se valer dessas expressões, o tratado, para muitos, abriu margem para legitimar políticas migratórias, cujo fim é discriminar trabalhadoras/es do sexo de países pobres, desconsiderando automaticamente seu consentimento, numa tentativa de se fechar as fronteiras para as migrações desse grupo. Como bem ressalta Mendonça:

Os indicadores contidos no Protocolo para a verificação de uma situação de vulnerabilidade são a pobreza, o subdesenvolvimento e a desigualdade de oportunidades. Os mesmos fatores definidores da divisão geopolítica da separação de mundos – primeiro e terceiro mundo.²²

Portanto, dentro dessa ótica, em que pese ter abandonado o discurso moralista de combate à prostituição adotado pela Convenção de 1949, o Protocolo Adicional mantém barreiras à migração de profissionais do sexo de países pobres para países ricos. Enquanto, por exemplo, prostitutas alemãs, francesas e norte-americanas, caso não sofram vícios de consentimento e não sejam submetidas a esquemas de escravidão sexual, poderão ser ajudadas por terceiros a circular livremente pelo mundo, as prostitutas de países pobres não poderão fazê-lo, ainda que maiores e capazes.

Noutra perspectiva, o conceito de vulnerabilidade é saudado. Defende-se que, no contexto do subdesenvolvimento, a prostituição é uma das poucas formas que grupos vulneráveis, como mulheres pobres e travestis, têm para mudar de vida, mediante projetos migratórios

²⁰ CASTILHO, E. W. V. de. Problematizando o conceito de vulnerabilidade para o tráfico internacional de pessoas. **Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**, 2013, p. 134.

²¹ *Idem*.

²² MENDONÇA, T. S. N., *op. cit.*, p. 57.

que lhes parecem rendosos, mas que escondem os perigos e estigmas da imigração ilegal.²³

O certo é que a expressão “situação de vulnerabilidade” é vaga e indeterminada, podendo ser utilizada para proteger a vítima ou mesmo para legitimar discriminações contra migrantes de países pobres, pois “[...] deixa aberta a possibilidade de uma interpretação ampla da existência do consentimento forçado.”²⁴

Em todo caso a questão vulnerabilidade não é o objetivo central deste artigo. Ao que tudo indica, sua compreensão exige uma visão mais empírica, mediante estudos específicos de sociologia, psicologia e antropologia que penetrem no universo dos quem migram para exercer trabalhos sexuais.

3. O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

3.1 Nota histórica

A criminalização do tráfico de mulheres para fins de prostituição é antiga no Direito Penal brasileiro.

No final do século XIX e início do século XX, já existia uma preocupação de proibir o ingresso de judias oriundas do leste europeu (vulgarmente chamadas de “polacas”) e de jovens francesas conhecidas por “gallinas” ou “franchuchas”, empregadas em zonas de

²³ SALGADO, D. R. Tráfico Internacional de Seres Humanos, Prostituição e Vulnerabilidade: análise conceitual e empírica. **Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**, 2013, p. 302-303.

²⁴ VENSON, A. M.; PEDRO, J. M., op. cit., p. 78.

meretrício do Rio de Janeiro, São Paulo, Belém e Manaus.²⁵

Por isso, o Brasil foi signatário do Acordo de Paris de 1904 para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, que foi incorporado ao direito interno pelo Decreto n. 5.591, de 13/06/1905, publicado no Diário Oficial de 19/07/1905.

Contudo, até o advento do Código Penal de 1940, não existia um tipo penal específico para punir a facilitação da entrada ou saída do Brasil de mulheres que, por vontade própria ou coação de terceiros, fossem praticar o comércio carnal.

O que havia, desde o Código Penal de 1890, era uma repressão geral às atividades de intermediação ou favorecimento da prostituição, denominadas lenocínio, a exemplo do proxenetismo, da manutenção de prostíbulo ou do rufianismo (ato de se aproveitar economicamente as custas do trabalho sexual de outrem).²⁶

Como reverberação das convenções interacionais do início do século XX, foi aprovada a Lei n. 2.992, de 25/09/1915, conhecida como Lei Melo Franco, a qual alterou as disposições do Código Penal de 1890 sobre lenocínio (art. 278), para incluir preceito, que englobava o tráfico de mulheres.²⁷

²⁵ Sobre o tema conferir: a) em relação ao tráfico de judias: NOTTINGHAM, P.; FROTA, H. O Brasil na rota do tráfico de escravas brancas: entre a prostituição voluntária e a exploração de mulheres na belle époque. **SINAIS - Revista Eletrônica**. Ciências Sociais. Vitória: CCHN, UFES, ed. 11, v.1. file:///C:/Users/DPU/Downloads/4577-8207-1-PB.pdf. Acesso em: 09 fev. 2016; b) como referência à exploração sexual francesas: SIQUEIRA, P. Tráfico de pessoas: comércio infame num mundo globalizado. **Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. Org. Fernanda Alves dos Anjos *et al.* 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 30; c) como abordagem ampla e que se refere à prostituição de europeias em Belém e Manaus: BANDEIRA, M. de A. V. D.. **O Brasil na rota internacional do tráfico de mulheres: entre o início do século XX e a contemporaneidade**. Dissertação para a obtenção do título de Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Brasília, UNB, 2014.

²⁶ Segundo Hungria, “Entre nós, o Código de 1830 não cogitava do lenocínio, que só veio a ser incriminado pelo Código de 1890, nos seus arts. 277 e 278, posteriormente alterados pela chamada lei Melo Franco (lei n.º 2.292, de 25 de setembro de 1915), consequente ao compromisso assumido pelo Brasil na Conferência de Paris, de 1902, sobre tráfico de mulheres.” Op. cit., p. 268

²⁷ Artigo 278. Manter ou explorar casas de tolerância, admitir na casa em que residir, pessoas de sexos diferentes, ou do mesmo sexo, que ahi se reúnam para fins libidinosos; induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miseria, quer constrangendo-as por intimidação ou ameaças a entregarem-se á prostituição; prestar, por conta própria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, qualquer assistência ou auxílio ao commercio da prostituição:

3.2 O art. 231 do Código Penal vigente

Com o Código Penal de 1940, o legislador criou, especificamente no art. 231, um tipo penal específico para o tráfico de mulheres. Eis o teor do enunciado punitivo:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro:

Pena - reclusão, de três a oito anos.

§ 1º Se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo 1º do art. 227:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos.

§ 2º Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de cinco a doze anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa de cinco contos a dez contos de réis.

Espelhando as convenções internacionais então vigentes, o tipo do art. 231 do Código Penal assim se caracterizava:

a) como o próprio *nomem iuris* sugere, as vítimas do tráfico eram apenas as mulheres, excluindo-se, por exemplo, os homens e os travestis;

b) o fim do tipo penal é asfixiar a prostituição e a possibilidade de as profissionais do sexo migrarem, uma vez que o bem jurídico protegido é a moralidade pública;

c) o tipo não engloba outras formas de tráfico, como aquelas destinadas ao trabalho escravo ou mesmo outras formas de exploração sexual, para além da prostituição;

d) o consentimento da vítima é irrelevante para a consumação do delito. Conforme anotou Nelson Hungria: “Não deixa de existir o crime ainda quando preceda consentimento da vítima.”²⁸

²⁸ HUNGRIA, N., op. cit., p. 300.

Embora punisse a promoção ou a facilitação da saída de brasileiras para se prostituírem no exterior, a razão de ser do art. 231 do Código Penal foi fechar as fronteiras pátrias para a entrada de prostitutas estrangeiras no Brasil.

Com efeito, o novel tipo penal fora elaborado em contexto histórico, no qual o Brasil era destino de mulheres estrangeiras que para cá vinham exercer a prostituição, em centros urbanos do Norte e Sudeste. Nelson Hungria assim descreveu os contornos gerais do tráfico de pessoas, revelando essa realidade fática:

Os traficantes de mulheres são os fornecedores dos mercados de amor sexual. São eles que vão aliciar (*embaucher, anwerben, to procure*), nas regiões adequadas (principalmente, pelo menos outrora, Polónia, Hungria, Galícia e Rússia), mulheres destinadas à prostituição. Para isso empregam todos os expedientes (sedução, fraude violência), até mesmo o de se casarem com as vítimas. Em seguida cuidam do transporte destas para os lugares de destino, recebendo o preço da mercadoria.²⁹

Anos depois, o art. 231 do Código Penal sofreria alterações. Numa tentativa de adequá-lo ao Protocolo de Adicional à Convenção de Palermo de 2004, editou-se a Lei n. 11.106, de 28/03/2005, que passou a denominá-lo de “Tráfico internacional de pessoas” e não mais “tráfico de mulheres”. Ademais, essa mesma lei inovou ao punir o tráfico interno de pessoas, por meio de nova figura típica, descrita no art. 231-A.

Tanto no tráfico internacional como no interno, previu-se que a vítima poderia ser qualquer ser humano, algo que já era previsto, há décadas, na ordem internacional, notadamente, após a Convenção de 1949. Os demais aspectos do art. 231 do Código Penal permaneceram intactos, com o detalhe de que o núcleo do tipo ganhou o verbo “intermediar” e a pena de multa passou a ser aplicável, em qualquer hipótese, mesmo nos casos em

²⁹ HUNGRIA, N., op. cit., p. 295.

que o tráfico não tivesse fins lucrativos.³⁰

Poucos anos depois, editou-se a Lei n. 12.015, de 07/08/2009, que promoveu grandes alterações nos crimes sexuais, sendo digno de nota que o Título VI do Código Penal, antes denominado “crimes contra os costumes” passou a se chamar “crimes contra a dignidade sexual”.

Após a nova lei, o art. 231 do Código Penal também voltou a sofrer mudanças. Seu *nomen iuris* passou a ser “Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual”. A vítima, antes denominada “pessoa”, passa a ser “alguém”. Ademais, o tipo penal foi mais detalhado e enriquecido, notadamente, com o novo teor do parágrafo

³⁰ Art. 231. Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro:

Penal – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º.....

Penal – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 2º Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

fo meiro.³¹ Quanto à multa, ela voltou a ser aplicável somente quando o tráfico tem finalidade econômica (art. 231, § 3º, do CP).

Ao que tudo indica, a mais substancial alteração da Lei n. 12.015, de 07/08/2009, em relação ao tráfico de pessoas, foi a previsão de que a entrada ou saída da pessoa visa não apenas à prostituição como também a “outra forma de exploração sexual”. Algo similar ao Protocolo Adicional à Convenção de Palermo que se reporta “a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual.”

Feito esse breve histórico do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, impõe-se verificar se Direito Penal pátrio reflete ou não o espírito do Protocolo de Palermo.

³¹ Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

4. CONTRADIÇÕES E APROXIMAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO

O paralelo entre o Direito Internacional e o Direito Penal brasileiro revela que, após a vigência do Código Penal de 1940, um constante descompasso surgiu entre as ordens jurídicas global e interna. Vale dizer: o ordenamento jurídico pátrio sempre esteve atrasado em relação ao Direito Internacional, no tocante à conceituação de tráfico de pessoas.

Isso se evidencia, em menor grau, com a Convenção de 1949, que passou a se valer da expressão tráfico de “pessoas”, enquanto o art. 231 do Código Penal continuou por décadas, valendo-se da vetusta expressão “tráfico de mulheres”.

Porém, um verdadeiro abismo existe entre o Código Penal, mesmo após a Lei n. 12.015, de 07/08/2009, e o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Essa distância entre as normas se evidencia em relação à prostituição, que é (e sempre será) um ponto chave na problemática do tráfico de pessoas.

Com efeito, no atual Direito Penal brasileiro, a relação entre tráfico de pessoas e prostituição é visceral, tal como o era na Convenção de 1949. Tanto é que o art. 231 está inserido no capítulo do lenocínio.

Assim, basta que alguém auxilie um profissional do sexo maior e capaz a entrar ou a sair do Brasil, sabendo que ele vive do “comércio carnal”, para cometer o crime. O delito estará consumado ainda que a pessoa que se prostitui voluntariamente deseje entrar ou sair do Brasil, manifestando consentimento de forma livre de opressão e fora de situação de vulnerabilidade. Se houver emprego de violência ou ameaça, o tráfico de pessoas será qualificado, recebendo uma pena *in abstracto* mais rigorosa.

O Protocolo de Palermo, por sua vez, estrutura-se com maior neutralidade em relação à questão da prostituição,³² embora, como visto, abra espaço para políticas discriminatórias em relação à mobilidade de profissionais do sexo entre países ricos e pobres.

Na realidade, nos termos do artigo 3º do Protocolo, o tráfico de pessoas somente ocorrerá se presentes as ações, meios e finalidades nele descritas. Não basta recrutar, transportar,

³² LOWENKRON, L., *op. cit.*, p. 240.

transferir, alojar ou acolher; é essencial que se empreguem meios de opressão à vítima (ameaça, do uso da força, da coação, do rapto, da fraude, do engano, do abuso de autoridade, do abuso da vulnerabilidade), num contexto de exploração do trabalho alheio, ainda que sexual. Nesse sentido, veja-se o magistério de Laura Lowenkron:

Observa-se que o **consentimento** é invalidado no Protocolo nas hipóteses em que ele não é considerado verdadeiramente **livre**, aproximando-se das hipóteses de “vício de **consentimento**” para atos da vida civil expostas acima (coação, erro, dolo, estado de perigo e lesão). Sendo assim, em comparação com o Código Penal, além da diversificação das atividades nas quais as pessoas traficadas podem ser exploradas, observa-se que o Protocolo de Palermo desloca o enfoque da condenação moral da prostituição em si para a temática mais ampla da violência ou da coerção.³³

Assim, para que efetivamente ocorra uma harmonização entre a legislação internacional e o Código Penal, o ideal seria que a violência, a coação, a fraude e outros meios de viciar o consentimento passassem a ser elementos integrantes do tipo fundamental do art. 231, deixando de ser circunstâncias qualificadoras.

Na realidade, a atual redação do Código Penal, além de vulnerar o princípio da intervenção mínima, abrindo margem para larga expansão do poder punitivo do Estado, promove uma perda de foco das políticas públicas, as quais deveriam se voltar exclusivamente sobre as pessoas que realmente tiveram seu consentimento viciado ou que estejam em situação de vulnerabilidade.

Com isso, o combate ao tráfico de pessoas acaba sendo um mero “controle da mobilidade para o exercício da prostituição”, num discurso de vitimização que, sob uma perspectiva de gênero, nega às profissionais do sexo sua autonomia e a condição de sujeitos de direito.³⁴

³³ *Ibidem*, p. 240.

³⁴ MENDONÇA, T. S. N., *op. cit.*, p. 115.

CONCLUSÃO

A preocupação com a problemática do tráfico de pessoas é antiga no Direito Internacional. Prova disso é a grande quantidade de tratados elaborados no século XX (1904, 1910, 1921, 1933 e 1949) com a finalidade de criminalizá-lo e de fixar regras de cooperação entre os Estados, a fim de vedar a mobilidade de profissionais do sexo para além das fronteiras nacionais.

O fim que animava esses tratados combater a prostituição e proteger a moralidade pública. Não se tratava de um combate frontal, por meio da criminalização pura e simples do comércio sexual, mas sim de um ataque “pelos flancos”, cuja tática era criminalizar todas as atividades acessórias à prostituição, a exemplo do tráfico de pessoas. Buscava-se, pois, cercá-la e asfixiá-la, numa postura denominada abolicionista. A liberdade sexual era um detalhe secundário, dada a irrelevância do consentimento de quem queria se prostituir fora de seu país. Adotava-se, pois, um discurso de vitimização, em que qualquer profissional do sexo que migrasse com auxílio de terceiros era tido como vítima.

Com o advento do Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças,³⁵ a relação entre prostituição e tráfico de pessoas assume maior neutralidade ideológica.

À luz do Protocolo, somente há tráfico de pessoas, se presentes as ações, meios e finalidades nele descritas. Por conseguinte, a vontade da vítima maior de 18 anos apenas será desconsiderada, se ocorrer ameaça, uso da força, coação, rapto, fraude, engano ou abuso de autoridade e de vulnerabilidade, num contexto de exploração do trabalho sexual.

É certo que, ao fixar a vulnerabilidade como fator de invalidação do consentimento, o Protocolo trafega em trilhas inseguras. Para muitos autores, longe de proteger, a vulnerabilidade abre espaço para políticas migratórias que discriminam profissionais do sexo de países subdesenvolvidos, desconsiderando sua vontade enquanto sujeitos dotados de autonomia. Para outros, a previsão da vulnerabilidade é uma positiva, pois não há liberdade para se optar pelo caminho da prostituição transnacional, quando se vive na miséria e sem igualdade de oportunidades.

Diferentemente do que prevê o Protocolo, o Código Penal brasileiro, por meio da

³⁵ BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

tipificação do tráfico internacional de pessoas no art. 231, encampa, mesmo após sucessivas reformas, o ideário abolicionista típico dos tratados internacionais da primeira metade do século XX, ignorando, por completo, o consentimento da vítima.

De fato, a consumação do delito de tráfico internacional de pessoas, consoante a interpretação dominante dada ao art. 231 do Código Penal, ocorre ainda que a profissional do sexo voluntariamente deseje entrar ou sair do Brasil, manifestando consentimento de forma livre de opressão ou de abuso de vulnerabilidade. O emprego de violência ou ameaça apenas qualifica o crime.

Assim, para uma maior sintonia entre o Protocolo e o direito interno, é essencial que o mencionado tipo penal seja reformado, a fim de prever a violência, a coação, a fraude e outros vícios de consentimento como elementos integrantes do tipo fundamental.

Essa é a condição necessária para que, além de se observar o princípio da intervenção mínima, crie-se uma política de enfrentamento voltada exclusivamente às pessoas que realmente tiveram seu consentimento viciado ou que tenham ingressado no comércio sexual por vivenciarem situação de vulnerabilidade, exercendo, pois, a prostituição num contexto opressivo.

REFERÊNCIAS

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

CASTILHO, E. W. V. de. Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. **Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.

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

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME – UNODC. **Tráfico de pessoas, vítimas e sistema de justiça criminal**. Treinamento para Defensores Públicos da União. Brasília: 2015.

HEINTZE, H-J.; PETERKE, S. Conteúdo e significado do Protocolo da ONU Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas (2000). **Desafio e perspectivas para o enfrentamento do tráfico de pessoas no Brasil**. Nair Heloisa Bicalho de Sousa *et al.* (orgs.). Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**, volume VIII, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LOWENKRON, L. Consentimento e vulnerabilidade: alguns cruzamentos entre o abuso sexual infantil e o tráfico de pessoas para fim de exploração sexual. **Cadernos Pagu**, n. 45, jul.-dez. 2015.

MENDONÇA, T. S. N. **Prostituição: trabalho ou tráfico? A criação da vítima de tráfico de pessoas**. Dissertação para a obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Brasília, UNB, 2014. http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17290/1/2014_TalithaSelvatiNobreMendon%C3%A7a.pdf.

NOTTINGHAM, P.; FROTA, H. O Brasil na rota do tráfico de escravas brancas: entre a prostituição voluntária e a exploração de mulheres na belle époque. **SINAIS - Revista Eletrônica de Ciências Sociais**. Vitória: CCHN, UFES, n.11, v.1. <file:///C:/Users/DPU/Downloads/4577-8207-1-PB.pdf>.

PETERKE, S., LOPES, S. R. P. Crime organizado e legislação brasileira à luz da Convenção de Palermo: algumas observações críticas. **Verba Juris**. João Pessoa: UFPB, ano 7, n. 7, jan.-dez. 2008. <http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/about>

SALGADO, D. R. Tráfico Internacional de Seres Humanos, Prostituição e Vulnerabilidade: análise conceitual e empírica. **Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. Fernanda Alves dos Anjos *et al.* (orgs.). 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

SIQUEIRA, P. Tráfico de pessoas: comércio infame num mundo globalizado. **Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. Fernanda Alves dos Anjos *et al.* (orgs.). 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

VENSON, A. M.; PEDRO, J. M. Tráfico de pessoas: uma história do conceito. **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 33, nº 65, jun. 2013.

DEFESA *PRO SE* E *RIGHT TO COUNSEL* NA
JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DOS
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E UMA BREVE
REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DA DEFENSORIA
PÚBLICA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Maria Helena Damasceno e Silva Megale

Marcelo Paes Ferreira da Silva

*PRO SE DEFENSE AND RIGHT TO COUNSEL
IN THE UNITED STATES SUPREME COURT
JURISPRUDENCE AND A BRIEF VIEW OF THE
ROLE OF THE PUBLIC DEFENDERS OFFICE IN
BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE SYSTEM*

DEFESA *PRO SE* E *RIGHT TO COUNSEL* NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

PRO SE DEFENSE AND RIGHT TO COUNSEL IN THE UNITED STATES SUPREME COURT JURISPRUDENCE AND A BRIEF VIEW OF THE ROLE OF THE PUBLIC DEFENDERS OFFICE IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE SYSTEM

Maria Helena Damasceno e Silva Megale

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Titular de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Marcelo Paes Ferreira da Silva

Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Assessor Institucional da Corregedoria Geral da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Defensor Público do Estado de Minas Gerais.

RESUMO

O presente trabalho objetiva discutir o tratamento que os sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro conferem ao devido processo legal, mais especificamente a dois de seus elementos integradores, o direito à defesa técnica e o direito à autodefesa. A partir da análise das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e do ordenamento jurídico brasileiro, estabeleceremos as semelhanças e diferenças entre os mencionados sistemas. Destarte, por meio do cotejamento de ideias, teorias e concepções da literatura especializada, construiremos uma rede de informações e concepções vinculadas ao tema central do trabalho, com o escopo de sedimentar a base fundamental dos estudos teóricos. Ao tratar a defesa técnica como um direito disponível e renunciável por seu titular, o sistema jurídico norte-americano, a nosso sentir, flexibiliza a cláusula do devido processo legal de forma a fragilizar os direitos e garantias fundamentais do acusado processado criminalmente. Por sua vez, ao tratar o direito à defesa técnica como um elemento essencial e indissociável da ampla

defesa e, por extensão, do devido processo legal na sua acepção substancial, o Direito brasileiro permite maior proteção às garantias processuais penais do acusado. Nesse ambiente, o compromisso do Estado brasileiro transcende a mera afirmação teórica do princípio da ampla defesa e encontra na Defensoria Pública, uma expressão e instrumento do regime democrático na medida em que garante a todo e qualquer acusado processado criminalmente, seja ele pobre ou não, a devida assistência jurídica integral e gratuita.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Processo Penal. Defesa Técnica. Autodefesa. Devido Processo Legal.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the treatment that the US and the Brazilian legal systems give to the due process of law, specifically two of its integrative elements, the right to technical defense (right to counsel) and the right to self-defense (pro se defense). From the analysis of the decisions of the Supreme Court of the United States and the Brazilian legal system, we will establish the similarities and differences between the systems mentioned. Thus, through the readback of ideas, theories and concepts of the literature, we will build a network of information and ideas related to the central theme of the work, with the aim of sedimentary the fundamental basis of theoretical studies. By treating the technical defense as a right available and waivable by its owner, the American legal system, we think, eases the due process of law clause in order to undermine the fundamental rights and guarantees of the accused criminally prosecuted. In turn, when dealing with the right to technical defense as an essential and inseparable element of legal defense and, by extension, of due process in its substantial meaning, Brazilian law allows greater protection to criminal procedural guarantees of the accused. In this environment, the Brazilian State's commitment transcends mere theoretical statement of the principle of legal defense and find the Public Defender's Office, an expression and instrument of the democratic regime in that it guarantees to every accused criminally prosecuted, whether poor or not, proper full and free legal assistance.

Keywords: Public Defenders Office. Criminal Procedure. Technical Defense. Pro se Defense. Due Process of Law.

Data de submissão: 20/03/2016

Data de aceitação: 21/06/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 DEFESA PRO SE E RIGHT TO COUNSEL NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. 2 DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA COMO ELEMENTOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO. 3 A DEFENSORIA PÚBLICA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA BREVE REFLEXÃO. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

A película **O Sol é Para Todos** baseada no livro homônimo escrito por Harper Lee e vencedor do prêmio *Pulitzer* de 1960, conta a história de um julgamento ocorrido no pequeno vilarejo de Macomb, no Estado do Alabama. De acordo com a narrativa, um jovem negro é preso acusado de estuprar uma jovem branca numa época em que a segregação racial constituía um traço marcante da sociedade norte-americana.

A defesa do réu, pobre e de baixa escolaridade, é feita pelo íntegro advogado local Atticus Finch, interpretado pelo ator Gregory Peck. Na defesa intransigente do acusado perante o tribunal, o discurso humanista de Atticus, considerado por muitos o maior herói do cinema norte-americano, ainda é visto como uma das mais belas cenas da história cinematográfica. Dentre os temas tratados pela obra, a importância da ampla defesa nos tribunais apresenta-se como um dos mais relevantes.

Há quem diga que uma das melhores formas de conhecer o perfil de uma nação reside na constatação do grau de proteção que ela confere, formal e materialmente, aos direitos fundamentais de seus cidadãos, especialmente quando tais direitos restam confrontados

pela própria ação estatal no curso de uma ação penal.

No presente estudo, apresentaremos o perfil do devido processo legal norte-americano a partir da análise de dois institutos, a defesa técnica e a autodefesa. Para tanto, analisaremos as principais decisões proferidas pela Suprema Corte norte-americana sobre o tema. Posteriormente, discorreremos sobre os pontos de contato e de afastamento entre o modelo norte-americano e o modelo brasileiro de ampla defesa, a fim de desvendar o nível de proteção que ambos os países conferem aos direitos fundamentais dos acusados processados criminalmente.

Por fim, estabelecida a importância do direito à ampla defesa no sistema de justiça brasileiro, demonstraremos o papel da Defensoria Pública como instrumento de garantia do regime democrático e das liberdades fundamentais na medida em que atua como fator de legitimidade do processo penal, seja na defesa daqueles que não possuem condições econômicas em arcar com a contratação de um advogado particular, seja na defesa daqueles que, mesmo possuindo tais condições, não o fazem.

Considerando que os direitos e garantias fundamentais nem sempre percorrem um caminho linear de evolução, reputamos imperioso discutir incessantemente sobre a importância do direito à ampla defesa e seu papel na afirmação do devido processo legal substancial.

1. DEFESA *PRO SE* E *RIGHT TO COUNSEL* NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

Desde a fundação dos Estados Unidos da América, especialmente pela influência do common law britânico e do princípio de que todos os homens são iguais entre si, a possibilidade do réu conduzir pessoalmente sua defesa, conhecida como *pro se* defense, surgiu como um instrumento de garantia de acesso de pobres e ricos aos tribunais daquele país. A autodefesa era vista como um forte antídoto contra os obstáculos que o status financeiro desfavorável impunha àqueles que pretendiam litigar em juízo.

O Judiciary Act de 1789¹ garantia às partes o direito de conduzir suas próprias demandas

¹ A Lei Judiciária de 1789 foi promulgada na primeira sessão do Congresso norte-americano no ano de 1789 e estabelecia os contornos do poder judiciário federal.

pessoalmente em qualquer tribunal do país. Dentre as razões que explicam o surgimento e frequente utilização da defesa pro se nos tribunais norte-americanos, destacam-se: aumento das taxas de alfabetização, aumento dos sentimentos de consumismo e individualismo; aumento da crença nas habilidades de conduzir o próprio julgamento; desconfiança em face dos defensores e do próprio sistema de justiça; crença na sobrecarga de trabalho dos Defensores Públicos que atuam nos feitos criminais; crença de que a simplificação das regras processuais torna o defensor dispensável e utilização da autorrepresentação como estratégia destinada a ganhar a simpatia dos jurados ou qualquer outra forma de vantagem processual em face das partes devidamente representadas.²

Assim como a defesa pro se, o right to counsel ou o direito à defesa técnica também repousa suas origens no sistema britânico do common law. Inicialmente, a defesa técnica era vista como uma barreira à garantia da paz e da ordem social. Isso porque, acreditava-se que os riscos de uma eventual absolvição ameaçavam a eficiência e o sucesso do modelo acusatório e punitivo então vigente. Não por outro motivo, o direito à defesa técnica era proibido nos crimes mais graves e somente permitido nos mais leves (geralmente aqueles não punidos com pena de morte) se os custos da contratação de um defensor fossem inteiramente suportados pela própria parte. Tal situação perdurou até a metade do século dezoito. Ato contínuo, com a evolução das funções estatais, especialmente a partir da profissionalização das forças policiais e do sistema acusatório, o direito à defesa técnica passou a ser ampliado, ainda que timidamente.³

Todavia, a concepção restritiva do direito à defesa técnica no common law britânico não foi reproduzida pelo direito norte-americano. Isso porque, a sexta emenda à Constituição dos Estados Unidos da América foi clara ao prescrever que o direito à assistência de um defensor abrangia todos os processos criminais.

Não obstante, os institutos da defesa técnica e da autodefesa passaram por um processo contínuo de moldagem conceitual a partir das decisões proferidas pela Suprema Corte norte-americana. Dessa forma, o cotejo do mencionado percurso jurisprudencial constitui um momento antecedente e absolutamente indispensável do processo de compreensão do atual significado do direito à defesa técnica e do direito à autodefesa no sistema jurídico norte-americano. A contribuição de Cleber Francisco Alves resume com maestria o percurso da Suprema Corte:

² SWANK, D. A. The Pro Se Phenomenon, **BYU Journal of Public Law**.

³ KING, J. D. Beyond 'Life and Liberty': The Evolving Right to Counsel (April 9, 2012). **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**.

Pode-se afirmar, de qualquer modo, que na história constitucional dos Estados Unidos a igual possibilidade formal de acesso de todos ao Poder Judiciário sempre foi reconhecida como um direito básico. Entretanto, a assistência de advogado para tornar material e plenamente efetivo esse direito de igual acesso de todos – ricos e pobres – ao Judiciário não fora reconhecida como tal. Isto não apenas no âmbito da jurisdição civil, mas também na Justiça criminal. A idéia de prescindibilidade de assistência e de representação judicial por intermédio de advogado era tão arraigada que foi necessário estabelecer expressamente na Declaração de Direitos – tal como consubstanciado pela Sexta Emenda à Constituição Norte-Americana, no ano de 1791 - que ninguém poderia ter violada a prerrogativa de se fazer assistir por advogado, quando acusado de algum crime perante um tribunal.

Tal dispositivo – segundo a interpretação construtivista da Suprema Corte – com o decorrer do tempo passou a ser interpretado em harmonia com o que consta da Décima Quarta Emenda à Constituição, referente às cláusulas do ‘*Due Process of Law*’ e ‘*Equal Protection of Law*’, deixando de ser considerada mera prerrogativa para se tornar efetivo direito de não ser julgado em processo criminal sem a assistência técnica de um advogado. E, no caso das pessoas pobres, a Suprema Corte estabeleceu que o réu deveria contar gratuitamente com a assistência de advogado para garantir a observância desse direito. Tal regra, originariamente aplicável somente nos tribunais federais, foi estabelecida como obrigatória para todos os Estados da Federação nas históricas decisões ‘*Gideon v. Wainwright*’, do ano de 1963 e ‘*Argersinger v. Hamlin*’, do ano de 1972. Todavia, no âmbito da jurisdição civil, inexistente até o presente qualquer dispositivo constitucional, ou decisão da Suprema Corte, reconhecendo às pessoas pobres o direito de assistência técnica por intermédio de advogado para terem efetivo acesso à Justiça.⁴

Em 1931, Ozie Powell e outros réus foram condenados pela Suprema Corte do Estado do Alabama pela prática do crime de estupro. O caso acabou sendo reexaminado pela Suprema Corte dos Estados Unidos pela via do *writ of certiorari*.⁵ No julgamento, realizado um ano depois, a Corte decidiu que todos os acusados deveriam ser considerados presumivelmente inocentes até a condenação final. Ainda de acordo com o julgamento, o tribunal asseverou que, nos crimes graves como o de estupro, nenhum réu poderia ser processado sem a assistência de um defensor de sua escolha. No caso concreto, entendeu a

⁴ ALVES, C. F. A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça.

⁵ *Writ of certiorari* é o meio mais utilizado para o acionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos em sede recursal. Por meio de uma petição de *writ of certiorari*, a parte sucumbente nas instâncias inferiores solicita à Corte que ela reexamine a controversa.

corte que a inobservância do direito fundamental à defesa técnica representava manifesta violação ao devido processo legal, razão pela qual a condenação acabou sendo revertida.⁶

O julgamento de *Powell v. Alabama* adotou a noção de que, no âmbito da persecução penal, o direito à defesa técnica garantido pela sexta emenda constituía elemento indissociável da noção de devido processo legal, porquanto atuava como um fator limitador do exercício arbitrário do *jus puniendi* pelo Estado. Contudo, o *right to counsel* não foi reconhecido aos réus acusados da prática de todo e qualquer crime, mas apenas àqueles acusados de crimes graves.

Pouco tempo depois, mais especificamente em maio de 1938, a Suprema Corte debruçou-se novamente sobre o direito à defesa técnica no julgamento de *Johnson v. Zerbst*. Acusado de posse e utilização de moeda falsa, A. Johnson foi condenado a cumprir quatro anos e meio de prisão. Após análise do contexto fático que envolveu a causa, a Suprema Corte verificou que o julgamento de primeira instância que culminou com a condenação do réu, pobre e de baixa escolaridade, havia sido realizado sem a presença e efetiva participação de um defensor. Como se não bastasse, a Corte ainda constatou que o *right to counsel* não havia sido objeto de renúncia expressa pelo réu. Diante de tal contexto, a condenação foi declarada inválida em virtude da manifesta violação das garantias fundamentais constantes no texto da sexta emenda. Nas palavras do Relator, Mr. Justice Hugo Black:

Uma vez que a sexta emenda constitucionalmente confere aos acusados de crime a assistência de um defensor, a conformidade com tal mandamento constitucional constitui um pré-requisito jurisdicional essencial para a autoridade de uma corte em privar a vida ou liberdade do réu. Quando esse direito é adequadamente renunciado, a assistência de um defensor deixa de ser um elemento essencial para a jurisdição da corte para proferir a sentença de condenação. Se o réu, todavia, não é representado por defensor e não renunciou, de modo competente e inteligente, tal direito constitucional, a Sexta Emenda apresenta-se como barreira jurisdicional para uma condenação válida apta a privá-lo de sua vida ou de sua liberdade.⁷

Ao mesmo tempo em que afirmou a importância do direito à defesa técnica, o tribunal entendeu que tal direito poderia ser objeto de renúncia por seu titular, ainda que tal ato pudesse resultar grave prejuízo para sua defesa.

⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. 1932.

⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. 1938.

Após o julgamento de *Powell v. Alabama* e *Johnson v. Zerbst* verificou-se certo dissenso nas cortes estaduais acerca da obrigatoriedade da nomeação de defensor para acompanhamento de todos os julgamentos criminais. O debate chegou novamente ao conhecimento da Suprema Corte no julgamento de *Betts v. Brady* em junho de 1942. Na oportunidade, a Corte afirmou que a cláusula do devido processo legal prevista na décima quarta emenda ao texto constitucional norte-americano vedava a condenação e encarceramento daqueles cujo julgamento fosse ofensivo às ideias fundamentais de justiça. Todavia, o tribunal asseverou que tal raciocínio não conduzia ao entendimento de que a validade dos julgamentos criminais estaria condicionada à presença obrigatória de um advogado de defesa, designadamente porque o *right to counsel* somente devia ser aplicado nos julgamentos das cortes federais. Dessa forma, ainda que a falta de defesa técnica pudesse colocar em xeque os direitos fundamentais à vida e liberdade do réu, a Suprema Corte norte-americana, desafortunadamente, acolheu a tese da dispensabilidade e renunciabilidade do direito à defesa técnica.⁸

Felizmente, pouco mais de vinte anos após *Betts v. Brady*, a Suprema Corte norte-americana, no julgamento de *Gideon v. Wainwright*, modificou o entendimento até então vigente ao asseverar a indispensabilidade da defesa técnica em todos os julgamentos criminais, tanto aqueles realizados nas cortes federais como aqueles realizados nas cortes estaduais. Eis uma breve narrativa dos fatos que permearam o histórico julgamento.

Clarence Earl Gideon foi acusado de arrombar uma sala de bilhar na tentativa de subtrair produtos de máquinas automáticas de venda. Formalmente acusado e levado a julgamento pelo Estado da Flórida em 1961, Gideon solicitou à Corte a indicação de um defensor. Todavia, referido pedido foi negado pelo juiz ao argumento de que, pelas leis do Estado da Flórida, a nomeação de advogado ou defensor público somente era possível quando o agente era acusado da prática de um crime capital.⁹

Diante da negativa, não restou alternativa à Gideon senão conduzir sua própria defesa, o que de fato ocorreu. Como resultado do julgamento, Gideon foi condenado a cinco anos de reclusão a serem cumpridos numa prisão estadual.

Após sua prisão, Gideon passou a gastar boa parte de seu tempo na biblioteca do presídio onde estudava livros de Direito. O conhecimento adquirido possibilitou a elaboração de uma petição de *habeas corpus* em face do secretário estadual do Departamento de Cor-

⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. 1942.

⁹ Equivalente de *capital offense* ou crimes punidos com a pena de morte.

reções, Louie Wainwright, dirigida à Suprema Corte Estadual da Flórida. Na petição,¹⁰ o condenado sustentou que a ausência da assistência de um advogado no curso da ação penal representava uma violação aos direitos garantidos a todo e qualquer acusado pela Constituição dos Estados Unidos e pela Declaração de Direitos de 1689. A impetração foi negada pela Suprema Corte da Flórida. Posteriormente, a pretensão de Gideon foi reexaminada pela Suprema Corte dos Estados Unidos pela via do *writ of certiorari*.

No julgamento, realizado em 18 de março de 1963, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por unanimidade, que os Estados deveriam providenciar assistência legal para os réus que não pudessem arcar com os custos da contratação de um advogado particular. Considerado como o marco originário do direito fundamental à assistência jurídica nos Estados Unidos, o julgamento de *Gideon v Wainwright* foi responsável por uma verdadeira mudança de curso na história legal norte-americana.

Por fim, o percurso das decisões da Suprema Corte encerra-se no julgamento de *Faretta v. California*.

Em uma ação penal que tramitou perante a Corte Superior do condado de Los Angeles, Califórnia, o acusado Anthony Pasquall Faretta requereu ao juiz, antes da realização do julgamento, permissão para conduzir sua própria defesa. Questionado sobre os motivos de tal requerimento, Faretta foi enfático ao afirmar que possuía educação superior e que já havia conduzido sua própria defesa anteriormente. O acusado foi então formalmente advertido pelo magistrado sobre os riscos de tal conduta, especialmente porque a autodefesa não o eximiria da irrestrita observância das regras processuais durante o curso da ação penal. O acusado, mesmo ciente das implicações, reiterou firmemente seu propósito e o requerimento de dispensa de advogado acabou sendo inicialmente aceito pelo magistrado.

Posteriormente, entendeu por bem o juiz em designar uma audiência com a finalidade específica de avaliar a capacidade do acusado de conduzir sua própria defesa. Na assentada, Faretta foi arguido sobre diversos aspectos da legislação penal e processual penal norte-americana. A partir das respostas dadas por Faretta, o magistrado concluiu que o acusado não havia tomado uma decisão inteligente e informada ao dispensar a assistência de um advogado. Como resultado, mencionada dispensa foi revertida e, ato contínuo, Faretta passou a contar com a assistência de um defensor público nomeado pelo juiz. O julgamento culminou com a condenação de Faretta à pena de prisão.

¹⁰ Para os interessados, a petição de *habeas corpus* pode ser acessada pelo seguinte link: <https://www.wdl.org/pt/item/3935/view/11/>.

Irresignado com a decisão, Faretta recorreu ao argumento de que o direito constitucional à autodefesa havia sido desrespeitado. Todavia, tanto a Corte de Apelações como a Suprema Corte da Califórnia negaram o recurso, confirmando a decisão de primeira instância. Em seu apelo supremo, Faretta manejou o *writ of certiorari* pugnando que a Suprema Corte dos Estados Unidos reexaminasse a controvérsia constitucional em torno da possibilidade de autodefesa no processo penal.

Ao examinar o recurso, doze anos depois de *Gideon v. Wainwright*, a Suprema Corte entendeu, por maioria, que a Constituição dos Estados Unidos, mais especificamente a partir do advento da sexta emenda, garantia a todo e qualquer acusado não somente o direito de ser assistido por defensor mas, acima de tudo, o direito de exercer, autônoma e individualmente, sua própria defesa.

A decisão proferida pela Suprema Corte em *Faretta v California* representou um duro golpe nas promessas feitas pelo mesmo tribunal por ocasião do julgamento de *Gideon v. Wainwright*. O movimento errático da jurisprudência da corte constitucional norte-americana é revelador de uma concepção que dissocia defesa técnica e autodefesa, tratando-as como elementos autônomos e, por vezes, auto-excludentes. Sem prejuízo das razões acima mencionadas que explicam o fenômeno da defesa *pro se* nos Estados Unidos, não se pode olvidar que a concepção liberal das liberdades civis fundamentais ainda parece exercer grande influência nas decisões da Suprema Corte.

Contudo, equivoca-se aquele que rejeita o caráter fundamental do direito à defesa técnica na ordem constitucional norte-americana. O texto da sexta emenda não deixa dúvidas a esse respeito. Restou amplamente demonstrado, entretanto, que o *right to counsel* não possui caráter absoluto, especialmente quando o réu manifesta, de forma livre e consciente, o desejo de conduzir sua própria defesa. Adiante, pretendemos demonstrar o equívoco de tal concepção.

Ao proteger a liberdade individual de seus cidadãos, permitindo que estes não somente escolham seu defensor mas, acima de tudo, conduzam pessoalmente suas próprias defesas, o Estado norte-americano acaba por fragilizar sobremaneira as mesmas liberdades fundamentais que busca tanto proteger. Não há, a nosso sentir, um direito fundamental à autodefesa na Constituição dos Estados Unidos da América. A tese de que tal direito decorreria implicitamente do direito à defesa técnica, esse sim expressamente previsto no texto constitucional, parece-nos extremamente frágil e injustificada. Sobre o tema, valiosa a lição de John F. Decker:

Quando a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou em *Faretta* que o direito à autodefesa foi garantido pela sexta emenda, nem a história, a norma ou antigas interpretações do texto constitucional fornecem suporte para tal conclusão. Não obstante a autodefesa tenha sido uma prática comum e garantida por várias Constituições estaduais e leis, a inclusão explícita da cláusula da autodefesa no Judiciary Act de 1789 e sua omissão na sexta emenda virtualmente ao mesmo tempo e essencialmente pelos mesmos legisladores sugere fortemente que os autores da emenda estavam determinados a deixar o tema da autodefesa para regulamentação via processo legislativo ordinário [...] a autodefesa geralmente é deficiente, particularmente quando comparada com a defesa fornecida por um defensor criminal experiente. Considerando os riscos envolvidos, deve-se questionar a razão de se permitir que pessoas desfrutem de um direito de atirar no próprio pé.¹¹

A correta leitura do instituto da autodefesa não pode deixar de considerar a colisão entre a autonomia do réu e o interesse coletivo que a sociedade possui em garantir a justiça de seus julgamentos. Nesse sentido, imprescindível a adoção de medidas que busquem minimizar os efeitos potencialmente destrutivos, tanto para o réu individualmente considerado, como para o sistema de justiça como um todo.¹²

Nesse prisma, parece-nos que o sistema jurídico brasileiro contempla, de maneira mais razoável, a convivência entre o direito à autodefesa e o direito à defesa técnica.

2. DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA COMO ELEMENTOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO

De acordo com a Constituição de 1988, o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Ainda de acordo com o texto constitucional, o Brasil tem como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária em que todos são iguais perante a lei.

¹¹ DECKER, J. F. The sixth amendment right to shoot oneself in the foot: an assessment of the guarantee of self-representation twenty years after *Faretta*. 1996, p.596, tradução nossa.

¹² PEARSON, J. H. Mandatory advisory counsel for pro se defendants: maintaining fairness in the criminal Trial. 1984, p.697.

Parece natural, portanto, que os princípios e valores professados pelo texto constitucional condicionem o exercício de toda e qualquer função estatal, precipuamente o exercício do *jus puniendi*. Na medida em que dialoga frequentemente com direitos fundamentais de cunho inviolável como a vida, a liberdade e a segurança, o processo penal somente pode ser legitimamente exercido se, e quando incorporar a defesa, na sua acepção mais ampla, como verdadeiro elemento constitutivo e essencial de sua própria estrutura.

De acordo com abalizada doutrina nacional, o direito de defesa pode ser conceituado como o direito conferido ao acusado de pleitear a “tutela jurídica de sua liberdade, ou, também, como o direito de querer a observância das normas, que lhe evitam a lesão do direito à liberdade.”¹³ Vicente Greco Filho, por sua vez, assevera que os meios inerentes à ampla defesa são:

a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contra-prova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art.133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável.¹⁴

Não por outro motivo, a Constituição da República de 1988 garante a ampla defesa a todos os réus processados judicialmente. Dessa forma, o texto constitucional reforça a paridade de oportunidades entre acusação e defesa, permitindo que ambas possam influenciar positivamente na construção do provimento jurisdicional.

Ocorre que, a dialética processual penal não se satisfaz com o exercício meramente formal da ampla defesa. O art. nº 261 do Código de Processo Penal é claro ao estabelecer que nenhum acusado será processado e julgado sem a presença de um defensor. Mais do que isso, ainda que o defensor esteja presente, certo é que a defesa deficiente equivale, na maioria das hipóteses, à falta da própria defesa. Nesse sentido, forçoso concluir que, no direito brasileiro, a cláusula do devido processo legal abrange, dentre diversas prerrogativas de ordem jurídica o direito à ampla defesa, assim compreendido como a soma do direito à autodefesa e do direito à defesa técnica efetiva. Ao tratar sobre a importância de defesa técnica no processo penal, Aury Lopes Júnior não diverge ao afirmar que a hipossuficiên-

¹³ MOURA, M. T. R. de A.; BASTOS, C. A. V. Defesa penal: direito ou garantia. 1994, p.114.

¹⁴ FILHO, V. G. **Tulela constitucional das liberdades**. 1989, p.110,126 e 129.

cia dificulta a compreensão da atividade processual e conduz o acusado a uma posição de manifesta inferioridade diante do poder da autoridade estatal, seja ela representada pelo policial, pelo promotor ou pelo próprio juiz.¹⁵

Nesse ponto, traça-se uma linha divisória entre o direito norte-americano e o direito brasileiro. Isso porque, muito embora o primeiro reconheça a defesa técnica e a autodefesa com elementos que integram a concepção de ampla defesa, certo é que o segundo não admite a possibilidade do exercício da defesa técnica pelo próprio acusado. Ao contrário do direito norte-americano, portanto, a defesa técnica é obrigatória no direito brasileiro, enquanto a autodefesa está no âmbito de conveniência do próprio acusado.¹⁶ Nesse sentido, o direito brasileiro compreende a autodefesa e a defesa técnica como elementos complementares e indissociáveis da ampla defesa e, por extensão, da própria noção do *due process of law*.

Como regulador das relações entre cidadãos e governos, o devido processo legal sempre esteve relacionado a valores fundamentais de participação e igualdade substancial. Nesse sentido, apresenta-se como um mecanismo de proteção das pessoas em face de arbitrariedades estatais, uma vez que redistribui o poder de influência nas decisões judiciais ao garantir a efetiva participação das partes no jogo processual.¹⁷ Nesse prisma, a flexibilização do devido processo legal pela possibilidade de renúncia do direito à defesa técnica não contribui para a garantia de um sistema de justiça criminal minimamente comprometido com a correção de suas decisões. Sobre os riscos da dispensa da defesa técnica, a lição de John Pearson:

Desde o início, todavia, o equilíbrio é comprometido quando o réu enfrenta sozinho as habilidades de um promotor de justiça. Existem distinções técnicas sutis que controlam o que uma pessoa pode dizer e como ela pode se manifestar num julgamento. Algumas provas são admissíveis e outras não. Algumas palavras como ‘relevante’, ‘material’ e ‘competente’ fazem parte de um jargão judicial muito específico e seus significados não são óbvios para os iniciantes. Algumas alegações somente podem ser feitas em determinadas etapas do processo e se alguns pleitos forem feitos de forma extemporânea ou de maneira equivocada podem ser considerados preclusos [...] Sem o auxílio de um defensor, o réu pode ser julgado sem uma acusação adequada e condenado mesmo diante de provas insuficientes, irrelevantes ou inadmissíveis.¹⁸

¹⁵ LOPES JR., A. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista, 2005, p.228.

¹⁶ TÁVORA, N.; RODRIGUES A. R. **Curso de Processo Penal**. 2011, p.58.

¹⁷ RUTHERFORD, J. The myth of due process. 1992, p.4-6.

¹⁸ PEARSON, J. H. Mandatory advisory counsel for pro se defendants: maintaining fairness in the criminal Trial. 1984, p.707-708.

A fragilidade da concepção norte-americana reside, exatamente, na possibilidade de renúncia ao direito à defesa técnica, o que não ocorre no caso brasileiro, em que a ausência de tal garantia resulta na declaração de nulidade absoluta do processo.

A concepção estadunidense parece desconsiderar o fato de que a ampla defesa transcende a pessoa do acusado e converte-se num dever da sociedade em assegurar que todos possam se defender pessoalmente e por meio de um defensor. Nesse aspecto, reside a importância da Defensoria Pública como fator de legitimidade do processo penal.

3. A DEFENSORIA PÚBLICA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA BREVE REFLEXÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, em seu artigo 5º, LXXIV, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Adiante, o texto constitucional prevê no art. 134 que:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.¹⁹

Como se vê, os contornos do serviço público de prestação de assistência jurídica integral e gratuita possuem relação direta não somente com a definição dos limites conceituais da expressão necessitados constante no art. 134 do texto constitucional mas, acima de tudo, com a exata compreensão da evolução do próprio acesso à justiça ao longo do constitucionalismo moderno.

¹⁹ BRASIL. Constituição: República Federativa do Brasil de 1988.

Não se pode olvidar que a noção de Defensoria Pública esteve inicialmente relacionada a uma perspectiva liberal-assistencialista do modelo de assistência jurídica. Para uma reflexão sobre as razões históricas de tal relação, a contribuição da doutrina merece destaque:

Karl Polanyi, em sua magistral obra *A grande transformação* (1944), evidenciou justamente o processo por meio do qual a economia de mercado desinstitucionalizou as relações comunitárias e institucionalizou o mercado. Polanyi mostrou como as relações comunitárias e a idéia de proteção pela comunidade foram desmontadas na Inglaterra no início do século XX, antes de serem substituídas pelas relações mercantis e por um sistema de proteção individual (...). O modelo brasileiro, no entanto, foi concebido a partir da equivalência absoluta entre o sujeito de direitos e o sujeito econômico (...). A assistência judiciária aparece, então, como uma categoria residual que afeta aqueles que não conseguem auferir sucesso na economia de mercado.²⁰

O serviço de assistência jurídica no Brasil, portanto, identificava seus destinatários através da adoção de um critério eminentemente econômico. A veracidade de tal argumento pode ser facilmente verificada pela análise das discussões registradas nas atas circunstanciadas da Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte. De acordo com a fala do relator da subcomissão de redação, Constituinte Bernardo Cabral:

[...] o que se quer é não transformar o Estado em patrocinador de todo mundo que o busca para apanhar assistência jurídica gratuita. Há pessoas que podem pagar. Aqueles que provem que realmente têm insuficiência de recursos a assistência gratuita integral será propiciada pelo Estado. Aos demais, não. Aqueles que são reconhecidamente pobres, no entanto, terão todo esse elenco que está contido no inciso LXXXVI.

Ocorre que a concepção do Direito fundada no modelo liberal encontra-se esgotada. Com efeito, a partir da formação dos estados de bem-estar social durante o pós-guerra europeu, o sistema de justiça foi desafiado a encontrar soluções para satisfazer os direitos sociais e econômicos, cuja dimensão transcende a matriz civil

²⁰ AVRITZER, L. *et al.* Cartografia da justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios. 2014, p.76-77.

e política dos direitos de cunho liberal.

Perfilhando tal entendimento, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art.1º, III), promoveu a inauguração de uma nova ordem constitucional. A previsão de normas de conteúdo axiológico e de um extenso rol de direitos fundamentais, com especial destaque para a previsão de direitos sociais de cunho prestacional constituem traços marcantes desta nova ordem constitucional.

A concretização do arrojado projeto constitucional exige, portanto, a adoção de uma hermenêutica constitucional principiológica, crítica e pluralista, de modo a permitir não somente o reconhecimento mas, primordialmente, a concretização das expectativas e demandas dos mais variados atores sociais que fazem parte do ambiente democrático em que vivemos.

No paradigma do Estado Democrático de Direito inaugurado em 1988, a Constituição assume uma característica extremamente relevante: a ductibilidade. Através do caráter dúctil, a Constituição viabiliza a convivência das características da unidade e integração do texto com a base material pluralista da sociedade, exigindo-se que todo direito ou valor albergado no texto magno assumam uma feição não absoluta.²¹

A relativização dos valores constitucionais opõe-se, necessariamente, ao fenômeno da inalterabilidade de determinadas teses ou teorias jurídicas dentre as quais se inclui a concepção retrógrada e paternalista que pretende restringir a assistência prestada pela Defensoria Pública apenas à defesa e ao patrocínio das causas dos **pobres**.

A superação da visão liberal do acesso à justiça implica, necessariamente, a superação da visão do necessitado sob o viés meramente econômico. Vale dizer, se a atuação da Defensoria Pública no modelo liberal de assistência jurídica dirigia-se apenas aos necessitados econômicos, cumpre examinar se referida expressão, a exemplo de outros fenômenos sociais, também passou por um processo de ressignificação a partir da vigência do Estado Democrático de Direito.

Se antes da nova redação do artigo 134 da Constituição, a Defensoria Pública era instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, atualmente, referida instituição ocupa posição ainda mais elevada. De acordo com a nova redação do citado dispositivo constitucional, a Defensoria Pública apresenta-

²¹ ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. 2011, p.14.

se como expressão e instrumento do regime democrático, incumbindo-lhe, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

A Defensoria Pública, portanto, assume função de verdadeira garantia do regime democrático. Neste contexto, percebe-se que a Instituição encontra-se diante de um novo paradigma de atuação. Se outrora a atuação da Defensoria Pública dava-se em atenção à hipossuficiência econômica, tal padrão de conduta não mais se sustenta. A expressão necessitado passa a ser compreendida através de um novo critério mais abrangente que, a despeito de não excluir o perfil econômico do assistido, aglutina de novas formas de necessidade.²² Sobre o tema, valiosa a lição de Paulo Galliez:

[...] definir a Defensoria Pública como ‘o maior escritório de advocacia’ (como alguns se referem à instituição) significa reduzir sua dimensão e enfraquecer sua razão de ser como instituição independente. Trata-se, na verdade, de visão anacrônica e conservadora, quando os defensores públicos eram vistos como ‘advogados dos pobres’, a quem deviam praticar atos de caridade.

Ao contrário, o acesso à Defensoria Pública é decorrente de garantia constitucional como segmento do exercício da cidadania. Não é a pobreza que assegura esse direito, e sim a cidadania, pois de outro modo estar-se-ia abrindo espaço para o preconceito.²³

A partir do processo contínuo de densificação do conceito jurídico de necessitado, culminando com o advento da Emenda Constitucional nº80/14, a identificação adequada da missão constitucional da Defensoria Pública não pode se restringir à representação do pobre, em juízo ou fora dele.

Nessa perspectiva, a atuação da Defensoria Pública no âmbito do processo penal constitui um exemplo bastante elucidativo do modelo contemporâneo de assistência jurídica integral e gratuita adotado pelo Brasil. Para além da atuação em prol do necessitado econômico, a Defensoria Pública possui a missão de atuar na defesa de todo e qualquer réu processado criminalmente e que não possua advogado constituído nos autos. A importância do modelo de atuação da Defensoria Pública no processo penal foi adequadamente percebida por Luigi Ferrajoli, quando asseverou que a defesa:

²² LIMA, F. R. V. de. **Defensoria Pública**. 2010, p.80.

²³ GALLIEZ, P. C. R. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2007, p. 38-39.

[...] deve ser dotada da mesma dignidade e dos mesmos poderes de investigação do Ministério Público. Uma igual equiparação só é possível se ao lado do defensor de confiança é instituído um defensor público, isto é, um magistrado destinado a funcionar como Ministério Público de Defesa, antagonista e paralelo ao Ministério Público de Acusação. A instituição dessa magistratura ou tribuna da defesa como uma ordem separada tanto da judicante como da postulação foi proposta por Filangieri, por Bentham, e depois por Carrara e por Lucchini, sob o pressuposto de que a tutela dos inocentes e a refutação às provas de culpabilidade integram funções do interesse não menos público de punição dos culpados e da colheita das provas a cargo da acusação. É claro que apenas desse modo seria eliminada a disparidade institucional que de fato existe entre acusação e defesa, e que confere ao processo, ainda mais que o segredo e que a escritura, cará ter inquisitório. Obviamente, tal magistrado não só não deveria substituir o defensor de confiança, como deveria sustentá-lo com órgão complementar, subsidiário e subordinado às estratégias defensivas previamente selecionadas por este. Dotado dos mesmo poderes da acusação pública sobre a polícia judiciária e habilitado à coleta de contraprovas, ele garantiria todavia uma efetiva paridade entre as funções públicas da prova e aquela não menos pública da refutação. E asseguraria, além disso, contrariamente à hodierna função do defensor público, um efetiva igualdade dos cidadão no exercício do direito de defesa. É fácil compreender que semelhante figura encontrará sempre a oposição corporativa da categoria dos advogados. Mas sem ela resulta comprometida a paridade de partes, que forma um dos pressupostos essenciais do contraditório e do direito de defesa.²⁴

Sobre as vantagens do modelo brasileiro de assistência jurídica sobre o norte-americano, a sempre valiosa lição de Cleber Francisco Alves:

[...] a) o ponto forte do sistema brasileiro encontra-se no fato de que ele está assentado sobre sólida base normativa, de respaldo constitucional, o que é reconhecidamente uma característica de vanguarda em comparação com a realidade de outros países; [...]

b) o sistema brasileiro, baseado na instituição Defensoria Pública favorece, ao menos em tese, a implementação e uma política mais unificada de acesso à Justiça, visto que não apresenta as dicotomias presentes no sistema norte-americano (vertente cível e vertente criminal bem delimitadas, cujos subsistemas ‘dialogam’ muito pouco entre si).²⁵

²⁴ FERRAJOLI, L.i. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 2006, p.535.

²⁵ ALVES, C. F. **Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**, 2006, p. 350.

Ao contrário do modelo norte-americano, que além de permitir a renúncia do direito à defesa técnica, ainda não logrou êxito em estruturar um serviço efetivo de assistência jurídica integral e gratuita, o Estado brasileiro, de uma só vez, adotou a concepção da indispensabilidade da defesa técnica e qualificou o direito à assistência jurídica a partir da criação de um serviço público destinado a exercer tal mister.

CONCLUSÃO

O direito comparado constitui uma fonte inesgotável de conhecimento e incessante aprendizado. Pela análise dos julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, percebemos que o país optou pela adoção de um modelo de devido processo legal de cunho eminentemente liberal, e, nessa perspectiva, limitador das garantias fundamentais de todos aqueles sujeitos à persecução penal. Os contornos dos institutos da defesa *pro se* e do *right to counsel* são bastante elucidativos nesse sentido.

Os efeitos da falta de ampla defesa são devastadores, especialmente no processo penal em que as liberdades mais fundamentais do acusado encontram-se sob ameaça do jus *puniendi* estatal.

No Direito brasileiro, demonstramos que a autodefesa é entendida como um elemento complementar e indissociável da defesa técnica. É justamente a partir da soma dos dois elementos acima indicados que se alcança a ampla defesa. Ao contrário, no Direito norte-americano, a noção de autodefesa não exprime a ideia do devido processo legal em sua acepção substancial. Na medida em que a autodefesa impede, em alguns casos, o exercício da defesa técnica por profissional devidamente habilitado, as liberdades individuais do acusado acabam sendo irremediavelmente ameaçadas. A depender da concepção adotada, portanto, o exercício da autodefesa pode apresentar-se como um elemento afirmador ou fragilizador do devido processo legal.

Enquanto no mundo da ficção, Atticus Finch personifica o modelo de defesa intransigente que toda nação democrática deve conferir aos valores fundamentais da vida e liberdade, a Defensoria Pública apresenta-se, no mundo real, como a instituição autônoma criada pelo Estado justamente com o objetivo de garantir, a todo e qualquer réu processado criminalmente, a proteção desses mesmos valores.

REFERÊNCIAS

ALVES, C. F. A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça. [on line]. Disponível em: < http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0124804_05_pretextual.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2016.

_____. **Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

AVRITZER, L. *et al.* **Cartografia da justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios** / Leonardo Avritzer, Marjorie Marona, Lilian Gomes (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987). Comissão de Sistematização. Substitutivo: redação final aprovada: preâmbulo, títulos I a VI. Relator: Bernardo Cabral. Brasília: [s.nº], 1987. 106 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. 1988. Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution of 1787. [on line] Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/usa/usa1787.html>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

_____. United States Supreme Court. Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932). Justice Charles E. Hughes.

_____. United States Supreme Court. Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938). Justice Hugo Lafayette Black.

_____. United States Supreme Court. Betts v. Brady, 316 U.S. 455 (1942). Justice Harlan F. Stone.

_____. United States Supreme Court. Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963). Justice Earl Warren.

_____. United States Supreme Court. *Faretta v. California*, 472 U.S. 806 (1975).
Justice Warren E. Burger.

FILHO, V. G. **Tulela constitucional das liberdades**. São Paulo. Saraiva. 1989.

GALLIEZ, P. C. R. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

KING, J. D. Beyond ‘Life and Liberty’: The Evolving Right to Counsel. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Vol. 48, 2013 [on line]. Disponível em: <http://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/2013/04/King_1-49.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

LIMA, F. R. V. de. **Defensoria Pública**. Salvador. Editora Juspodivm, 2010.

LOPES JR., A. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MOURA, M. T. R. de A.; BASTOS, C. A. V. Defesa penal: direito ou garantia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 133-147, abr./jun. 1994.

PEARSON, J. H. Mandatory Advisory counsel for pro se defendants: maintaining fairness in the criminal Trial, **California Law Review**, 1984.

RUTHERFORD, J. The myth of due process. **Boston University Law Review**. 1992.

SWANK, D. A., The Pro Se Phenomenon, **BYU Journal of Public Law**. 373 (2005), [on line]. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol19/iss2/4>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

TÁVORA, N.; R.S ALENCAR, R.. **Curso de Processo Penal**. 6.ed. Bahia:JusPodivm, 2011.

ZAGREBELSKY, G. **El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia**. Torino: Trotta, 2011.

TRILHANDO NOVOS CAMINHOS - A LEGITIMIDADE
EXTRAORDINÁRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA
NA DEFESA DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE
VULNERABILIDADE: Garantia e Efetividade do
Direito Constitucional à Saúde

*Por Andrea Carius de Sá
Marília Gonçalves Pimenta
Cleber Francisco Alves*

BOAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS

TRILHANDO NOVOS CAMINHOS - A LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE: Garantia e Efetividade do Direito Constitucional à Saúde

BLAZING NEW TRAILS – EXTRAORDINARY LEGITIMACY OF THE PUBLIC DEFENDERS IN DEFENSE OF PEOPLE IN VULNERABLE SITUATION: GUARANTY AND EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO HEALTH

*Por Andréa Carius de Sá
Marília Gonçalves Pimenta
Cleber Francisco Alves.¹*

INTRODUÇÃO

Ao longo da última década, verificou-se um aumento significativo nos atendimentos prestados pela Defensoria Pública no Município de Petrópolis, visando solucionar problemas diversos na área da saúde pública, o que se traduz muitas vezes em denegação do direito constitucional à saúde, levando ao ajuizamento de milhares de Ações (individuais) de Obrigação de Fazer.

Em razão disso, a Defensoria Pública, nos últimos 7 (sete) anos, por meio dos Núcleos de Atendimento de Petrópolis, iniciou trabalho coletivo em favor dos usuários do sistema de saúde pública, projeto este denominado: **A Saúde não pode esperar**, que ocasionou inúmeras visitas de inspeção e de monitoramento nos hospitais públicos e conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS) da cidade de Petrópolis, e reuniões com o Poder Público, dando ensejo ao ajuizamento de ações civis públicas, além da celebração de termos de ajustamento de conduta ao longo desses anos.

Durante as visitas realizadas aos hospitais, constatou-se a existência de pacientes aguardando vaga para internação nos setores de **urgências**, em sua maioria idosos, muitos deles desacompanhados de familiares, às vezes com necessidade de atendimento em

¹ Defensores Públicos Estaduais. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

unidade de tratamento intensivo. Verificou-se que, em muitos destes casos, tendo em vista a inexistência de parentes/familiares – ou devido ao desconhecimento destes de que poderiam procurar a Justiça para compelir o Poder Público a prestar o tratamento devido - o direito constitucional à saúde do paciente deixava de ser efetivado, em total desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Entre as ações civis públicas ajuizadas, há uma cujo objeto foi exatamente obrigar o Poder Público a aumentar o número de leitos em Unidades de Tratamento Intensivo no Município e encontra-se tramitando desde 2009. Embora leitos tenham sido criados, diariamente, há fila de espera de pacientes, o que demonstrou a necessidade de atuação proativa da Instituição.

1. AS VISITAS ÀS URGÊNCIAS HOSPITALARES E A CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDADE DO PROBLEMA QUE ENSEJOU A PRESENTE PRÁTICA: existência de inúmeros pacientes aguardando vaga para internação sem que houvesse quem pudesse postular por seus direitos

Em razão dos fatos acima relatados, instaurou-se procedimento investigatório e preparatório, através da Portaria nº. 2/2014 – Núcleo Cível de Petrópolis, em setembro de 2014, tendo por objeto a apuração de problemas relacionados às urgências na Comarca. No curso desse procedimento, os Defensores Públicos se depararam com dificuldades de acesso às informações sobre o estado de saúde de pacientes que estavam aguardando vagas para internação hospitalar, sendo a recusa do envio da lista de espera pela Secretaria de Saúde justificada sob a alegação de privacidade dos pacientes.

Assim, em outubro de 2014, outro procedimento foi instaurado pelo mesmo Núcleo, através da Portaria nº. 3/2014, visando obter acesso integral às informações de pacientes, que aguardavam na fila de espera para internações hospitalares, tendo sido realizadas recomendações de melhoria na prestação de serviço, de acordo com as necessidades verificadas em visitas realizadas pela Defensoria Pública.

Durante as visitas, como dito anteriormente, observou-se que inúmeros pacientes que se encontravam deitados em macas e, muitas vezes, até mesmo em cadeiras (quando não havia macas em quantidade suficiente), estavam desacompanhados de familiares, em sua maioria idosos e em estado de coma, aguardando leitos de Unidade de Tratamento Intensivo (UTI).

Em dezembro de 2014, em nova visita ao Hospital Municipal Nelson Sá Earp (HMNSE), foram novamente identificados inúmeros problemas como superlotação de pacientes, falta de macas suficientes e de medicamentos para alívio da dor, de antibióticos e antitrombóticos, necessidade de reformas em todo nosocômio etc. A Defensoria, diante disto, fez recomendações ao Poder Público para sanar as irregularidades, além de realizar reuniões com o Poder Público e visitas *in loco*, a fim de monitorar os problemas.

Assim, constatou-se, então, que todas as urgências dos hospitais, diariamente, possuem taxa de ocupação de leitos entre 98% a 100%, inclusive as Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), implantadas no contexto de um programa do governo estadual, obrigando os pacientes a perambularem pela cidade em busca de atendimento.

De acordo com o que foi apurado, a causa principal de superlotação deve-se à demora na disponibilização de vaga para internação de pacientes em leitos de UTI, clínicos e cirúrgicos. Verificou-se, também, que a grande maioria dos pacientes das urgências era formada por idosos, que aguardam por dias pela internação, delonga não rara fatal, devido à situação de vulnerabilidade inerente à idade avançada.

No dia 14 de abril de 2015, uma nova visita foi realizada ao HMNSE, tendo sido verificada a lotação completa das salas de urgência e que nelas havia, pelo menos, dois pacientes aguardando UTI. Um deles, em coma, sem qualquer acompanhante, com sérios problemas cardíacos, e outra, lúcida, acompanhada da filha que disse não poder sair de perto da mãe, já grave, diante da precariedade do atendimento. Indagada se possuía outro parente que pudesse ir ao Núcleo da Defensoria para ajuizar a ação cabível, respondeu negativamente.

1.2. A PROCURA POR UMA SOLUÇÃO TÉCNICO-JURÍDICA ADEQUADA QUE PERMITISSE A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS CASOS EM TELA: a tese da legitimação extraordinária

Assim, no contexto acima descrito, constatou-se a imperiosa necessidade de uma atuação proativa da Defensoria Pública em favor das pessoas vulneráveis, que, em razão do seu estado de saúde, não poderiam – por si mesmas – exigir do Poder Público o seu direito maior – **Direito à saúde e, conseqüentemente, Direito à própria vida.**

Com efeito, no decorrer dos anos, muitos familiares de pacientes com indicação de internação em UTI somente procuravam a Defensoria dias após a chegada daqueles às urgências, conforme demonstra a documentação anexada (por amostragem), atribuindo-se a demora ao desconhecimento do direito fundamental e a esperança de resolver os casos extrajudicialmente.

Para garantir o direito fundamental à saúde das pessoas em situação de vulnerabilidade, muitas vezes sem familiares, sem representação e sem condições de exercerem seus direitos constitucionais pessoalmente, por meio da Defensoria Pública ou de advogado constituído, pareceu imprescindível a atuação proativa da Instituição na efetivação de tais direitos.

Nesse sentido, foi analisada a hipótese descrita no art. 4º da Lei Complementar nº 80/94 (com a redação dada pela LC nº 132/2009), em cujo elenco de atribuições conferidas à Defensoria Pública está aquela constante do inciso XI, que dispõe ser função institucional:

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

O dispositivo em questão trouxe solução para hipótese aventada, uma vez que instituiu verdadeira **Legitimidade Extraordinária da Defensoria Pública** em favor de pessoas em situação de hipervulnerabilidade, permitindo que os Defensores Públicos, na busca pela efetivação do **Direito à Saúde (que não pode esperar!)**, **trilhassem novos caminhos. Gente coloquei em minúsculo e destaquei!**

O fato, porém, é que mesmo com a alteração da legislação, a atuação proativa institucional encontrava-se limitada, já que era imprescindível ter acesso às informações que pudessem fundamentar ações judiciais, que constavam da lista de espera de pacientes, negada pelo Poder Público. Do contrário, as informações somente poderiam ser verificadas *in loco*, com o deslocamento diário de pessoal às 5 (cinco) unidades de saúde pública que possuem setor de **urgência** no município de Petrópolis, o que era inviável.

Diante desses fatos, analisando as dificuldades acima descritas sob dois prismas – social

e institucional - e buscando a melhor forma de atender aos anseios da população usuária da Defensoria Pública, chegou-se à conclusão de que a atuação da Instituição deveria ser mais abrangente, que ultrapassasse a defesa individual e coletiva.

1.3. DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA ASSEGURAR O ACESSO À “LISTA DE ESPERA” DA CENTRAL DE REGULAÇÃO DE LEITOS DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS. DA ASSINATURA DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUCTA

Como já dito acima, a Defensoria Pública não conseguia ter acesso à lista de espera da Central de Regulação de Leitos do Município de Petrópolis, sendo necessária a instauração de procedimento instrutório, através da Portaria nº 03, em 02 de outubro de 2014 (cópias anexadas)? E aí, que cópias?. Uma recomendação pela Defensoria Pública chegou a ser endereçada ao Poder Público qual poder público, em 09 de setembro de 2014, visando obter as ditas informações através de acesso às listas de espera, bem como de outras informações relativas ao diagnóstico e às condições de saúde de pacientes.

Destaque-se que a Constituição da República, além de prever o direito ao acesso à informação, que já foi regulamentado pela Lei Federal nº 12.527/11, também prevê como direitos fundamentais à vida e à saúde. Por sua vez, a Defensoria Pública passou a ter legitimidade extraordinária para atuar em prol de idosos e de pessoas que estejam em situação de vulnerabilidade e, também, para atuar na proteção de direitos humanos, na forma da Lei Complementar Federal nº 80/94, com as alterações da Lei Complementar 132/2009, adequando-se à hipótese do art. 31, inciso IV da Lei nº 12.527/11.

Com o intuito de uma composição com o Poder Público, Administração Pública Municipal? visando também a efetividade do direito dos usuários do SUS – o que poderia demorar anos caso uma ação civil pública fosse ajuizada, realizou-se reunião com o Prefeito Municipal de Petrópolis, o que culminou com a assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta no P.I.O que é PI? em comento, em 10 de junho de 2015. Desde então, as obrigações estão sendo integralmente cumpridas, tendo sido acordado em tal termo, em síntese, o seguinte:

- a) A Administração Pública Municipal comprometeu-se a efetivar o acesso diário da Defensoria Pública às informações constantes da lista de espera para internações diversas pelo SUS no âmbito do Município de Petrópolis, devendo, além das informações médicas, constar nome completo do paciente, sua idade e seu domicílio, a fim de

que tais informações pudessem ser utilizadas na efetivação do acesso à justiça dos munícipes petropolitanos hipossuficientes usuários do SUS, quando tal medida se mostrasse necessária.

b) O acesso às informações se daria por meio do envio da lista de espera aos Defensores Públicos cadastrados, por meio de ofício ou e-mail, ou por meio da liberação do acesso ao sistema da central de vagas do Município de Petrópolis aos mesmos Defensores.

Assim, desde o mês de junho de 2015, o Poder Público vem permitindo o acesso às informações constantes da lista de espera, tendo os Defensores Públicos em exercício nos Núcleos de Primeiro Atendimento e na 4ª Vara Cível (especializada em Fazenda Pública) acesso direto e irrestrito às informações capazes de garantir o direito à saúde dos pacientes do SUS. Além disto, em caso de necessidade, os Defensores Públicos vêm obtenho informações de pacientes, por telefone, através da Central de Regulação de Vagas.

1.4. TRILHANDO NOVOS CAMINHOS: EFETIVO EXERCÍCIO DA LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FAVOR DE PESSOAS EM ESTADO DE VULNERABILIDADE, QUE AGUARDAM INTERNAÇÃO EM UNIDADE DE TRATAMENTO INTENSIVO

A Lei Complementar n.º 80/1994, que prescreve normas gerais para a organização da Defensoria Pública, qualifica a instituição como permanente, conceituando-a como essencial à função jurisdicional do Estado na promoção dos direitos humanos e na defesa (judicial e extrajudicial) dos direitos individuais e coletivos dos necessitados de forma integral.

Ademais, a Lei Complementar citada elege, como objetivo da instituição, em seu art. 3º, a primazia da dignidade da pessoa humana, bem como a prevalência e efetividade dos direitos humanos.

Já o art. 4º, inciso VII da Lei elenca, entre as suas atribuições institucionais:

“...promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes”.

Essa atribuição encontra-se reforçada no texto dos incisos X e XI, do mesmo art., que expressamente prevê que a Defensoria deve:

promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”

Conquanto o inciso LXXIV do art. 5º da supramencionada Lei Complementar indique a insuficiência de recursos como critério básico para definição do conceito de necessitados, essa qualificação não deve ser abordada de forma simplista, exigindo, isso sim, interpretação mais ampla para que não se restrinja apenas às pessoas economicamente hipossuficientes, que não possuem recursos para litigar em juízo sem prejuízo do sustento pessoal e familiar, mas sim a todos os **socialmente vulneráveis**.

Dessa forma, não se pode negar à Defensoria legitimidade para a defesa de interesses individuais de pessoa, seja ela hipossuficiente econômica ou não, que se **encontre em sala de urgência de hospital público, aguardando vaga em Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) de forma a salvaguardar sua vida, uma vez que momentaneamente encontra-se incapaz de gerir os atos de sua vida civil.**

1.5. DAS AÇÕES JUDICIAIS PROPOSTAS PELA DEFENSORIA PÚBLICA E SEUS RESULTADOS EXITOSOS

Em razão dos fundamentos acima, a partir do mês de julho de 2015, a Defensoria passou a ajuizar ações individuais de obrigação de fazer em face do Município de Petrópolis, em

favor de pessoas em situação de hipervulnerabilidade, que aguardavam internação em Unidade de Tratamento Intensivo. Tais ações são baseadas em informações obtidas em consulta diária à lista de espera da Central de Regulação de Leitos do Município, cujo acesso ao sistema somente foi possível em razão do Termo de Ajustamento de Conduta, assinado com a Administração Pública Municipal.

Diariamente, as Defensoras Públicas dos Núcleos Cível e de Família de Petrópolis acessam o sistema da Central de Regulação de Leitos para obter informações sobre os pacientes que lá constam como aguardando por internação em UTI, e, aferindo o tempo de espera, ingressam com a ação necessária, invocando, para tanto, a legitimação extraordinária. Caso algum familiar já tenha procurado a Instituição pelo mesmo motivo, a ação é proposta, observando-se os critérios legais da legitimação ordinária.

A equipe dos Núcleos de Primeiro Atendimento acima mencionados prepara a instrução das ações, com a impressão da lista de espera em que figura o nome da(s) pessoa(s) em situação de hipervulnerabilidade, o diagnóstico e o tempo de espera na fila. No mesmo dia, estas petições são distribuídas, com remessa de informações ao Defensor Público Titular da 4ª Vara Cível (com atribuição para as causas de Fazenda Pública) para acompanhamento dos respectivos processos.

Nos primeiros 30 (trinta) dias desde a implementação da prática, foram propostas 17 (dezesete) ações de obrigação de fazer em face do Poder Público Municipal, objetivando internação em UTI, e, em todas elas, a legitimidade extraordinária da Defensoria Pública foi reconhecida pelo Juiz titular da 4ª Vara Cível de Petrópolis (Fazenda Pública). As ações foram despachadas no mesmo dia de sua distribuição, tendo sido concedida antecipação de tutela, determinando-se a imediata intimação dos réus (Município de Petrópolis e Fundação Municipal de Saúde) para cumprimento da obrigação.

2. DOS BENEFÍCIOS INSTITUCIONAIS ALCANÇADOS

O projeto **Trilhando Novos Caminhos** tem demonstrado ser eficiente para o atendimento de pessoas em situação de hipervulnerabilidade, especialmente ao optar-se pela Legitimidade Extraordinária da Defensoria Pública para pleitear em nome próprio direito de terceiro necessitado, em situação de extrema urgência e vulnerabilidade, como é o caso

das pessoas aguardando vaga de internação em leito de Unidade de Tratamento Intensivo, em salas de urgência de hospitais públicos.

Em virtude da prática desse projeto, com notória repercussão social, há um fortalecimento da Defensoria Pública, que sedimenta no campo jurídico, além da sua legitimidade para ação civil pública, **uma outra vertente de atuação no desempenho do papel de instituição garantidora de direitos e de promoção dos direitos humanos.**

Deve ser destacado, ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (acima transcrito) que dá base para a fundamentação da legitimidade extraordinária da Defensoria Pública, relatada na peça processual padrão elaborada pela Defensoria para deflagrar os processos judiciais em favor das pessoas vulneráveis: **“ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade.”**

E, finalmente, espera-se que o presente projeto tenha efeito multiplicador e seja adotado por outras Defensorias no Brasil, contribuindo, assim, para a melhoria da saúde pública nacional.

PROGRAMA ACESSO À JUSTIÇA: LINHA
DIRETA DE COMUNICAÇÃO COM O
ASSISTIDO.

Por Maria Carolina Andrade

BOAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS

PROGRAMA ACESSO À JUSTIÇA: LINHA DIRETA DE COMUNICAÇÃO COM O ASSISTIDO

ACCESS TO JUSTICE PROGRAM: A DIRECT LINE OF COMMUNICATION WITH THE CITIZEN.

Por Maria Carolina Andrade¹

Em abril de 2016, serão dois anos de veiculação do programa **Acesso à Justiça - A Defensoria Pública da União (DPU) a Serviço do Povo** na grade de programação da Rádio Justiça. A parceria entre a DPU e o Supremo Tribunal Federal (STF), responsável pela manutenção da emissora, foi oficializada em agosto de 2014, por meio de um termo de cooperação firmado entre as duas instituições. Conforme o acordo, a divulgação do programa da DPU passou a ser feita aos sábados e domingos, às 11h40 da manhã. As negociações para viabilizar a parceria começaram em abril de 2013.

A estratégia de utilizar o rádio como meio de levar informações sobre direitos e cidadania aos assistidos, com linguagem direcionada e acessível, começou, no entanto, em setembro de 2013. Naquele ano, a Assessoria de Comunicação Social da DPU (ASCOM DPU) passou a distribuir o programa a emissoras comunitárias localizadas em cidades do interior com unidade da DPU. As parcerias se iniciaram pelos municípios do interior pelo fato de a escassez de informação de qualidade nesses locais ser ainda maior. À época, o programa era distribuído a uma média de 15 emissoras. A equipe da Ascom fez contato prévio com os comunicadores a fim de verificar o interesse em veicular.

Além do envio à Rádio Justiça, até março de 2016, as edições eram distribuídas semanalmente a 37 emissoras de rádio, na maior parte comunitárias, de 29 municípios – 11 capitais e 18 cidades do interior em todo o país, além do Distrito Federal.

O rádio foi escolhido como meio de comunicação estratégico para alcançar a população porque tem grande alcance. Em 2009, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 87,9% dos domicílios tinham aparelhos. Além disso, em vez de perder força com o surgimento de novos meios e tecnologias, o veículo conseguiu se adaptar e se integrar. As emissoras passaram a transmitir a programação na internet e os aparelhos de

¹ Bacharel em Comunicação Social com habilitação em jornalismo pelo UniCeub

celular e tocadores de MP3 em geral são produzidos com rádio.

IDEALIZAÇÃO E HISTÓRICO

Em novembro de 2012, o Defensor Público Federal Haman Tabosa de Moraes e Córdova, à época defensor público-geral federal, solicitou a criação do projeto à ASCOM Após pesquisas e visita a órgãos do Sistema de Justiça, a exemplo da Procuradoria-Geral da República, a equipe elaborou o piloto, apresentado, em abril de 2013, durante o encerramento do 3º Encontro Nacional dos Defensores Públicos Federais. Além disso, em 2014, o programa foi inscrito como projeto da Defensoria Pública-Geral da União no **Prêmio Innovare** e concorreu com 15 iniciativas na categoria Defensoria Pública.

CARACTERÍSTICAS

O caráter inovador do programa é privilegiar os interesses dos assistidos, ao abordar os direitos, adotar o formato de serviço e evitar termos do jargão jurídico e linguagem técnica. A proposta é transmitir informações de maneira leve e de fácil compreensão.

O objetivo do programa, com duração de cinco minutos, é aproximar a instituição do público-alvo, ao oferecer informações relevantes sobre os serviços, cidadania e direitos da população brasileira. A iniciativa está em consonância com a missão do órgão: garantir aos necessitados o conhecimento e a defesa de seus direitos.

A cada edição, aborda-se um tema relativo à área de atuação da DPU – negativa ou suspensão de direitos previdenciários, questões relacionadas à Caixa Econômica, como negociação de dívidas e financiamentos habitacionais e pedidos de medicamentos, tratamentos ou cirurgias, no campo da saúde. Em geral, dois defensores públicos federais de diferentes estados passam informações jurídicas sobre os temas do programa. Assistidos pela instituição e especialistas em diversas áreas também são entrevistados.

O programa é produzido integralmente pela ASCOM da DPU: desde a escolha da pauta à edição final. Além da equipe de jornalistas de Brasília, profissionais lotados em diversos locais do país contribuem com a iniciativa: seja por meio da realização de entrevistas ou gravação de participações. A diversidade reforça o caráter nacional da instituição e confere

riqueza e pluralidade à produção, ao mostrar sotaques de diferentes regiões brasileiras.

BENEFÍCIOS DA PRÁTICA

A adoção da ferramenta pela DPU tem possibilitado atingir o público por meio de uma linguagem simples, direta e acessível. A ideia é traduzir o jargão jurídico de forma que a mensagem seja facilmente entendida por pessoas de qualquer grau de instrução. Para isso, as pautas do programa têm o assistido da DPU como foco. A intenção é mostrar a atuação do órgão sob o ponto de vista da população pobre, que participa com depoimentos e dúvidas sempre que possível.

DEPOIMENTOS DE RADIALISTAS DE EMISSORAS QUE VEICULAM O PROGRAMA:

“Bom dia, senhores, o programa é excelente, aprovei. Estou divulgando, transmitindo duas vezes ao dia.”

José/Web Rádio Pietá – Campinas/SP

“Gostei muito do programa. Acho que é de grande utilidade para a população carente daqui de Valadares/MG. Vamos veicular, por enquanto, aos sábados das 9h55 às 10h. Grato.”

Marcos Vinícius Coelho/Rádio Cultura FM – Cascavel/PR

“Boa noite, referente à exibição do programa, muito bom. Vai ao ar às 14h.”

Luis Carlos Sousa/ Rádio Tabajara FM – Petrolina/PE

“Desde já em nome da Rádio Comunitária A Voz das Comunidades, agradecemos este serviço que será de grande serventia para a comunidade.”

Jorge Alberto/A Voz das Comunidades – Manaus/AM

“Colocamos no ar o programa da DPU todas as terças-feiras, às 14h, e nossos ouvintes estão gostando muito. Se tiver outros programas pode enviar que teremos o prazer de colocar na nossa grade. Grato

pela atenção e parabéns pelo programa.”

Gilló/Associação Comunitária Cultural de Música e Cinema – São José dos Campos/SP

EMISSORAS PARCEIRAS ATÉ MARÇO DE 2016:

- 1 - Associação Comunitária Cultural de Comunicação de Governador Valadares/MG
- 2- Associação de Radiodifusão Educacional e Comunitária Aliança de Amor (Comunitária Pietá FM)/Campinas/SP
- 3 - Vitória FM/Juazeiro/BA
- 4 - Rádio Cultura FM / Cascavel/PR
- 5 - Associação Comunitária Cultural de Música e Cinema/ São José dos Campos/SP
- 6 - Associação Rádio Comunitária Nova Brasília/ Joinville/SC
- 7 - Fundação Potiguar/Rádio 98 Mossoró/RN
- 8 - Associação De Formação Social, Cultural e Ambiental do Barreto (AFSCAB) – Niterói/RJ
- 9 - Associação de Difusão Comunitária de Xerém/ Rádio Serra Verde/Duque de Caxias/RJ
- 10 - Rádio Tabajara FM/Petrolina/PE
- 11 - Rádio Carai FM/ Santa Maria/RS
- 12 - Rádio Ariús/Campina Grande/PB
- 13 - Rádio Comunitária Cinção/Londrina/PR
- 14 - Centro Social, Educacional e Cultural da Zona Norte /Rádio Trans FM 87,9 – Juiz de Fora/MG

- 15 - São Miguel FM 98,7/Santos Dumont/ Jurisdição de Juiz de Fora/MG
- 16 - Associação Comunitária Cultural (ASSCOMC)/ Rádio Cultural FM Sorocaba/SP
- 17- A Voz das Comunidades/Manaus/AM
- 18 - Rádio Paraty FM/São Bernardo do Campo/SP
- 19 - Rádio Boa Nova/Dourados/MS
- 20 - Associação Comunitária Restauração e Vida/Uberlândia/MG
- 21 - Rádio Livre - Secretaria da Justiça e Cidadania do Estado do Ceará/CE
- 22- Rádio Justiça
- 23 -Rádio Conexão Periperi/Salvador/BA
- 24 -Rádio Veredas/Brazlândia/DF
- 25 - Rádio UFMG Educativa/Belo Horizonte/MG
- 26 – Rádio Gameleira Centro de Defesa dos Direitos Humanos e Educação Popular do Acre - CDDHEP/AC/Rio Branco/AC
- 27 – Rádio Novo Tempo - Associação de Comunicação Alternativa do Novo Horizonte – ACANH/Macapá/AP
- 28 – Rádio Renascer – Fortaleza/CE
- 29 – Rádio Comunidade FM Associação Comunitária de Comunicação e Cultura do Gama – Gama/DF
- 30 – Associação de Apoio aos Portadores de Necessidades Especiais e da Comunidade do Distrito Federal – ADAPTE – DF
- 31 – Associação Comunitária Novo Maracanã/Campo Grande/MS

- 32 – Associação da Emissora Segredo FM/Campo Grande/MS
- 33 - Novo Horizonte - Associação Comunitária de Difusão/Porto Velho/RO
- 34 - Rádio Jubileu - Associação de Radiodifusão Comunitária do Grageru/Aracaju/SE
- 35 - Anchieta FM - Associação de Radiodifusão Comunitária Bem Aventurado José de Anchieta/Aracaju/SE
- 36 - Rádio Comunitária Campeche/Florianópolis/SC
- 37 - Rádio Comunitária Cruz das Armas FM/João Pessoa/PB
- 38 - Rádio FM Universitária da UFPI/ Teresina/PI

EDUCAÇÃO EM DIREITOS NA ESCOLA:
RELATO DE EXPERIÊNCIA DA DEFENSORIA
PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ - CIANORTE

Por Aline Daniele Hoepers

Juscilene Galdino da Silva

Tânia Cristina Cordeiro Aldivino

BOAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS

EDUCAÇÃO EM DIREITOS NA ESCOLA: RELATO DE EXPERIÊNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ – CIANORTE

RIGHTS EDUCATION IN SCHOOL: EXPERIENCE REPORT OF THE DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ – CIANORTE

Por Aline Daniele Hoepers¹

Juscilene Galdino da Silva²

Tânia Cristina Cordeiro Aldivino³

O presente texto visa apresentar a experiência institucional desenvolvida pela equipe de psicologia e serviço social da Defensoria Pública do Estado do Paraná – Cianorte em interlocução com a Secretaria Municipal de Educação de Cianorte, junto a alunos do ensino fundamental das escolas públicas deste município, com vistas à educação em direitos.

Com o propósito de trabalhar Educação em Direitos na Escola, esta prática tem tido a finalidade de orientar crianças a respeito dos seus direitos e deveres, constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente. Desta forma, partindo-se da prerrogativa de que a Defensoria Pública tem como função primordial a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos sujeitos, é de suma importância o desenvolvimento de práticas profissionais não apenas no âmbito jurídico, mas também em um viés psicológico e social, já que tais sujeitos necessitam de ações de orientação, sensibilização e apropriação do conhecimento acerca dos seus direitos. Sendo assim:

¹ Psicóloga da Defensoria Pública do Estado do Paraná – Cianorte, graduada em Psicologia pela Universidade Estadual de Maringá, pós-graduada em Proteção Social pela Universidade Estadual do Paraná e mestranda em Psicologia pela Universidade Estadual de Maringá.

² Assistente Social da Defensoria Pública do Estado do Paraná – Londrina, graduada em Serviço Social pela Universidade Estadual de Londrina e pós-graduada em Gestão e Planejamento em Projetos Sociais pelo Centro Universitário Filadélfia.

³ Psicóloga da Defensoria Pública do Estado do Paraná – Cianorte, graduada em Psicologia pela Universidade Estadual de Maringá e pós-graduada em Educação Especial e Inclusiva pela Faculdade São Fidélis.

... entende-se que a atividade primordial de educar em direitos humanos promove relações igualitárias sobre as quais se constroem as bases institucionais e culturais de uma democracia substantiva. A Defensoria Pública, como órgão primaz na efetivação e garantia dos direitos das pessoas historicamente excluídas e privadas deles, atinge maior amplitude no enfrentamento das violações ao tomar como norte que a educação como direito constrói e amplia outros direitos, promove e estimula a participação efetiva dos cidadãos nas políticas públicas, além da observância efetiva e cotidiana de direitos em tese já conquistados⁴

Partindo dessa perspectiva, compreende-se que intervenções em educação em direitos junto a crianças se justificam pela importância de iniciar essa discussão já na infância, já que é um período essencial para internalização de preceitos éticos e morais. Sendo assim, tendo como pressuposto o fato de que a escola é uma instituição universal, considera-se pertinente que práticas como essa sejam executadas no âmbito escolar, a fim de atingir o maior o número de crianças possível.

Portanto, a relevância social dessas intervenções psicossociais se refere à possibilidade de que os preceitos assegurados pela legislação sejam, de fato, compreendidos e efetivados na prática. Evidencia-se, então, que essa atuação profissional se refere ao exercício da mediação, e visa, em última instância, a transformação social. Neste sentido, conforme explana Maior Neto⁵ no prefácio do Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado:

convém admitir que a lei - ainda que de reconhecida excelência - não tem o condão de, por si só, alterar a realidade social. O que transforma a sociedade é, na verdade, o efetivo exercício dos direitos previstos na lei, a partir de uma atuação firme e decidida daqueles que, de uma forma ou de outra, detém o poder e, por via de consequência, a responsabilidade para criar as condições e os meios indispensáveis ao exercício de tais direitos (p. II).

Com isso, considera-se que os agentes da Defensoria Pública, enquanto promotores de direitos humanos, têm (co)responsabilidade em promover condições para o conhecimento e efetivação dos direitos. Conforme Duarte e Pimenta⁶), “a educação ao mesmo tempo que é um direito, passa a ser um instrumental essencial para o acesso a outros direitos,

⁴ DUARTE; PIMENTA, 2015, p. 373-374.

⁵ MAIOR N., 2013.

⁶ DUARTE; PIMENTA, 2015, p.348.

tornando uma estratégia fundamental e eficiente para o integral acesso à justiça”.

A experiência institucional de educação em direitos proposta pela equipe da Defensoria Pública do Estado do Paraná - Cianorte visa se efetivar, no ano de 2016, nas treze Escolas Municipais de Cianorte, em todas as turmas de terceiros anos do ensino fundamental, para atingir os alunos com a idade média de oito anos, por considerar-se que é neste período que a criança possui maiores condições de internalizar regras e preceitos éticos e morais. Vale destacar que, distribuídos nessas treze escolas, há uma média de oitocentos alunos nos terceiros anos, sendo esses o público-alvo. A execução dessa prática tem como metodologia a discussão do Estatuto da Criança e do Adolescente através de histórias em quadrinhos e dinâmicas de grupo.

Com o intuito de dimensionar a aplicabilidade e efetividade desse projeto, foi realizada a experiência de projeto-piloto nas turmas de terceiros anos, de uma das escolas do município, no ano de 2015. Enquanto resultado das experiências do projeto-piloto, observou-se que os objetivos foram alcançados, na medida em que os alunos compreenderam o conteúdo apresentado acerca de seus direitos e deveres, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, e demonstraram significativo interesse e participação à respeito da temática abordada. Diante disso, constatou-se a viabilidade e importância de realmente implantar esse projeto de educação em direitos em todas as escolas do município no ano de 2016.

Com isso, a partir da implementação e execução do presente projeto, espera-se que as intervenções psicossociais nas escolas junto aos alunos dos terceiros anos do ensino fundamental, permitam a promoção da reflexão, discussão e internalização dos seus direitos e deveres, conforme proposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A partir dessa formação, a população terá melhores condições de enfrentar os problemas seculares e de evoluir na direção de uma sociedade participativa, ativa e consciente de seus direitos e deveres, promovendo a cidadania, por fim, a transformação social considerando que a educação em direitos pode ocorrer em qualquer espaço, contexto sociopolítico, cultural e ético⁷

⁷ DUARTE; PIMENTA, 2015, p. 359.

Ademais, partindo-se do pressuposto de que a Defensoria Pública tem como uma das suas diretrizes a promoção dos direitos humanos, considera-se que a efetivação deste projeto possibilitará meios para a transformação social.

REFERÊNCIAS

DIGIÁCOMO, M. J.; DIGIÁCOMO, I. A. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. 6. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná - Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013.

DUARTE, C. G.; PIMENTA, V. D. S. Reafirmando a atuação da Defensoria Pública na educação em direitos: relato de duas experiências. In: BARROS, L. A. [et. al]. **Interdisciplinaridade na Defensoria Pública: Contribuições da Psicologia e do Serviço Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ESCALPELAMENTO: POLÍTICA PÚBLICA PARA A POPULAÇÃO INVISÍVEL

Luciene Strada de Oliveira

ESTUDO DE CASO

ESCALPELAMENTO: POLÍTICA PÚBLICA PARA A POPULAÇÃO INVISÍVEL

SCALPING: JUSTICE FOR THE INVISIBLE POPULATION

Por Luciene Strada de Oliveira

Defensora Pública Federal da União aposentada; Presidente do Instituto Brasileiro de Segurança Marítima e Fluvial – SEGUMAR;

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é apresentar a incidência do escalpelamento em mulheres transportadas em embarcações ribeirinhas, que usam o cabelo longo e que quando se aproximam do eixo que liga o motor à hélice (descoberto e sem proteção mecânica) têm os seus cabelos enroscados no eixo e que são arrancados com violência, atingindo o couro cabeludo, a pele da face, do pescoço e orelhas. Apontar as políticas públicas necessárias, construídas e adotadas para prevenir e mitigar os terríveis resultados desses acidentes. A metodologia empregada foi estudo de caso, com base nos processos existentes na Defensoria Pública da União (DPU) aliada à observação participante realizada pela autora. O referencial teórico foi o estabelecimento de políticas públicas¹ nas esferas federal e estadual. Os resultados do trabalho apontam para a necessidade de: (a) adoção de políticas públicas normativas, sobre a aquisição e proteção mecânica de motores e a obrigatoriedade da cobertura do eixo de embarcações ribeirinhas; (b) custeio da aquisição motores e de equipamentos de proteção, pelo financiamento público por parte do governo federal; (c) adoção de políticas públicas de saúde na prevenção de acidentes, socorro a acidentados, cirurgia estética reparatória e apoio psicológico; e (d) adoção de políticas públicas de educação na prevenção de acidentes, por parte dos governos estaduais. As conclusões apontam para a viabilidade da erradicação do escalpelamento; e a exequibilidade da criação de financiamento público, para que pessoas de baixa renda, devidamente cadastradas e com sua embarcação legalizada na Capitania dos Portos, possam adquirir novos motores, junto com a estrutura de proteção e cobertura do eixo.

¹ Conjunto de ações desencadeadas pelo Estado visando atender a determinado segmento da sociedade (nota nossa).

Palavras-chave: Políticas públicas. Segurança de embarcações. Escalpelamento. Cirurgia estética reparatória. Amazônia.

ABSTRACT

The objective of this paper is to present the incidence of scalping in women transported on riverine vessels, which use long hair and that when they approach the shaft that connects the motor to the propeller (uncovered and without mechanical protection) have their hair entangled in the shaft and that are torn with violence, involving the scalp, the skin of the face, neck and ears; as well as the necessary public policies built and adopted to prevent and mitigate the terrible results of these accidents. The methodology adopted was case study based on existing processes in the Public Defender's Office (DPU) coupled with participant observation conducted by the author. The theoretical framework was the establishment of public policies at the federal and state levels. The results of the study point to the need to: (a) adoption of regulatory policies on the acquisition and protection of motors and mandatory mechanical coverage of the shaft of riverine vessels, (b) financing of the acquisition of a new motor and its protection equipment, by public funds from the federal government, (c) adoption of public health policies to prevent accidents, rescue the injured, remedial cosmetic surgery and psychological support, and (d) adoption of public policies on education in accident prevention on the part of state governments. The findings point to the feasibility of eradication of scalping, and the feasibility of creating public financing to low-income persons, duly registered and with their boats legalized in the Port Authority, to acquire new motors, along with the structure of protection and coverage of the shaft.

Keywords: Public policies. Safety of vessels. Scalping. Remedial cosmetic surgery. Amazon.

INTRODUÇÃO

O tema Política Pública parecia, na percepção da autora, um conceito distante, utilizado apenas por gestores e lideranças do executivo e legislativo, por ser atividade desenvolvida por profissionais altamente técnicos, burocratas e politicamente ativos, intangível ao cidadão comum.

Quando nos deparamos com os casos de escarpelamentos, jamais poderíamos imaginar que pudéssemos construir e implementar políticas públicas, desencadeando um conjunto de ações do Estado, nas esferas federal, estadual e municipal, costurando parcerias com organizações não governamentais e com a iniciativa privada, que atingiriam a vida de centenas de cidadãos.

A experiência foi gratificante, pois percebemos que o indivíduo deve inovar, ser criativo, sair de sua “zona de conforto”, normalmente “agasalhado” pelo comodismo e pela falsa sensação de segurança oferecida pela rotina dos afazeres diários.

Foi nesse espírito de inovação que nasceu o – **Projeto de Erradicação do Escarpelamento por Embarcação**, que tinha como principal proposta inovar a Justiça, de modo a que deixasse de ser apenas reparadora, mas, sobretudo, preventiva, já que o objetivo era reverter o quadro crescente de acidentes de escarpelamento, pois não havia sentido manter ações de reparação dos danos sem procurar acabar com a causa que vinha dando origem a este tipo de acidente.

Em pleno século XXI, estamos diante de um acidente grave e deformante, que nunca deveria manchar as páginas da nossa história, pois não são casos isolados, mas de uma triste realidade que já fez mais de trezentas vítimas, se considerarmos apenas os registros de posse da Defensoria Pública da União.

A região amazônica conta com uma extensa malha hidroviária, de aproximadamente vinte e dois mil quilômetros de rios navegáveis, com uma população estimada de vinte milhões de pessoas, das quais quatro milhões²) encontram-se espalhadas em comunidades ribeirinhas distribuídas ao longo de uma vasta rede hidroviária. Em nenhuma outra região o rio assume tanta importância para a vida humana como na Amazônia. Por essa razão, centenas de milhares de ribeirinhos são usuários das pequenas embarcações, pois o transporte fluvial é indispensável à sobrevivência da quase totalidade dos vilarejos, sendo um instrumento de integração social, econômico e ambiental por excelência.

O uso de pequenas embarcações motorizadas e de baixo calado³ pelos ribeirinhos torna possível o aproveitamento da malha hidroviária regional, permitindo o acesso e a ocupação dos espaços vazios da região amazônica.

Em virtude do alto custo de aquisição de um motor novo, em sua grande maioria os

² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Sinopse do Censo Demográfico**, 2010.

³Distância vertical entre a superfície da água e a parte mais baixa da quilha (fundo) da embarcaçãoossa).

motores são comprados usados, podendo ser “retificado”⁴ ou adaptado para uso em embarcações, requerendo, desta forma, manutenção constante em virtude de “fazer água”⁵ por qualquer imperfeição na vedação do eixo que liga o motor à hélice da embarcação, que gira em alta velocidade, como mostram as fotografias 1 a 3.

Fotografias 1 a 3: Vista panorâmica do interior de duas embarcações ribeirinhas. Pode-se ver o motor; o volante do motor; e o eixo propulsor que liga o motor à hélice, este último totalmente descoberto



Fonte: Autora, 2007.

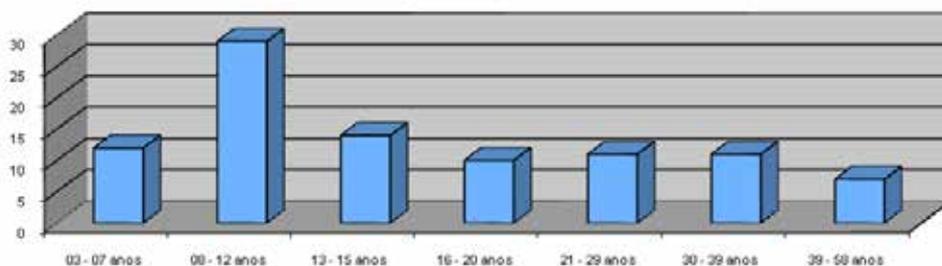
E é justamente em função da ausência da cobertura protetora do eixo propulsor da embarcação (que liga o motor da embarcação à hélice) que o escarpelamento ocorre, quando a vítima, geralmente mulher e de cabelos longos, ao se aproximar do eixo propulsor descoberto em rotação, tem seus cabelos puxados e enrolados, causando a avulsão do couro cabeludo, atingindo muitas vezes, a face, o pescoço, os olhos e as orelhas. De acordo com os relatos das vítimas, o escarpelamento ocorre quando: retirando água do fundo do barco próximo ao eixo descoberto; brincando com o gotejamento de água no eixo; pegando objeto ou moeda que caía embaixo do eixo; descansando deitado próximo ao eixo; entre outros.

⁴Termo local que se refere ao processo de manutenção do motor para reparar pequenos danos causados pelo desgaste natural de sua utilização.

⁵Termo utilizado no meio marítimo e no meio fluvial para caracterizar que está entrando água na embarcação.

O dano físico provocado pelo escalpelamento é maior se a vítima for criança ou usar o cabelo preso na forma de “rabo de cavalo”, em que todo o escalpo é arrancado de uma só vez. Esse tipo de acidente provoca deformações gravíssimas e, até mesmo, a morte. As principais vítimas são mulheres, sendo a maioria crianças. A maior incidência desses acidentes ocorre na faixa etária entre 5 e 16 anos, seguida pela de 17 a 30 anos e, em menor escala acima de 31 anos de idade, como pode ser visto na tabela 1, para o período que vai de 2005 a 2010.

Tabela 1: Faixa etária de vítimas de escalpelamento, causado por eixo de embarcação ribeirinha, no período de 2002 a 2010.



Fonte: BRASIL, 2010.

Importante observar que, no caso de acidente por escalpelamento, não ocorrem apenas danos estéticos, mas este também causa uma limitação funcional do acidentado, uma vez que a região amazônica possui elevada temperatura com uma grande incidência de raios solares, e o cabelo é o protetor natural da cabeça, importante para o exercício das atividades externas laborais rotineiras.

O perfil etário da Região Norte apresenta uma estrutura bastante jovem, devido aos altos níveis de fecundidade no passado recente, conforme Sinopse do Censo Demográfico 2010. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) a população de crianças com menos de cinco anos vem caindo de 14,3% em 1991 para 9,8% em 2010.⁶ Se for considerado que cada família possui em média quatro membros, considerando a população rural no interior da Região Norte divulgada pelo censo IBGE 2010,⁷ estima-se existir 1 milhão de embarcações circulando na região, podendo ser um pouco mais ou menos, mas não muito distante dessa quantidade, levando-se em conta que o IBGE não

⁶ IBGE, 2011.

⁷ IBGE, 2011.

consegue mapear toda as áreas, em virtude do desafio em chegar a vilas no interior por embarcação diante da imensidão amazônica. Deste total estimado cerca de 200 mil embarcações estão registradas na Marinha do Brasil.⁸ Ou seja, estima-se que existam cerca de 800 mil embarcações “invisíveis”⁹ circulando na região amazônica.

A maior parte dos acidentes de escalpelamento ocorre nas embarcações regionais do tipo “catraia”,¹⁰ que é o mais popular meio de transporte familiar e de subsistência nesta região, compreendendo 35% dos casos; seguindo-se dos que acontecem em barcos, com 32% de incidência; e ainda cerca de 17% dos acidentes deste tipo ocorre nas embarcações do tipo “lancha regional”, conforme levantamento feito junto às vítimas que sofreram escalpelamento. Os tipos de embarcação utilizadas na região amazônica e os respectivos percentuais de acidentes de escalpelamento, registrados na Defensoria Pública da União, são mostrados, individualmente, nas figuras de 4 a 7.



Fotografias 4 a 7: Tipos de embarcação utilizadas na região amazônica, com percentuais de acidentes de escalpelamento, registrados na Defensoria Pública da União

Fonte: Autora, 2010.

⁸ FERREIRA, A. R. Mensagem pessoal para a autora. Belém, 13 mar. 2013.

⁹ As embarcações invisíveis são aquelas que não possuem quaisquer registros ou cadastros junto à Autoridade Marítima (Marinha do Brasil) e navegam sem os equipamentos de segurança exigido por lei (Nota nossa).

¹⁰ Catraia é uma embarcação de pouco calado, movida a vela, remo ou do tipo canoa motorizada, que se emprega no transporte de passageiros, e que é geralmente manobrada por uma só pessoa, o catraieiro (Nota nossa).

No período de 2001 a 2005, observou-se que, apesar dos esforços do Estado do Pará, da Marinha do Brasil e de organizações não governamentais (ONG) nas campanhas de prevenção, houve um aumento no número de vítimas de escarpelamento em embarcações ribeirinhas¹¹ e nenhuma delas havia conseguido realizar, até então, a cirurgia reparadora ou ser incluída em programas de inclusão social do Governo Federal, já que a vítima de escarpelamento busca o isolamento por conta das deformações sofridas.

Diante dessa realidade cruel, se buscou montar, com um enfoque sistêmico, um projeto que contemplasse ações multidisciplinares para atacar as causas do problema, bem como mitigar suas consequências. A proposta do Projeto de Erradicação do Escarpelamento por Embarcação, aprovado no segundo semestre de 2005¹² pelo Defensor Público Geral da União, contemplava duas linhas de ação: uma preventiva (melhoria na segurança das embarcações) e outra reparadora (atendimento às vítimas).¹³

A primeira conquista deste Projeto foi o enquadramento do acidente de escarpelamento como – acidente de consumo,¹⁴ o que viabilizou a parceria por meio de Acordo de Cooperação Técnica com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), do Ministério da Justiça, em 2006¹⁵), tendo em vista que a vítima é normalmente passageira da embarcação onde ocorre o acidente. Essa parceria foi fundamental para se criar uma rede de divulgação do Projeto de Erradicação do Escarpelamento¹⁶, por meio dos PROCON¹⁷ no interior da Amazônia, em conjunto com as capitâncias dos portos, órgãos go-

¹¹-_DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Parceria com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, 2006.

¹²BRASIL. Congresso Nacional, 2014.

¹³ OLIVEIRA, L. S. de. **Erradicação do escarpelamento: justiça para a população invisível**, 2010

¹⁴ Acidentes de consumo ocorrem quando um produto ou serviço prestado provoca danos ao consumidor, quando utilizado ou manuseado de acordo com as instruções de uso do fornecedor. Ou seja, um acidente de consumo ocorre quando há uma falha/defeito do produto, ou quando ele não atende ao nível de segurança que dele se espera. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/consumidor/acidente_consumo.asp>. Acesso em: 5 jun. 2014.

¹⁵ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (Brasil). Parceria com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, 2006.

¹⁶DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (Brasil). Parceria com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, 2006.

¹⁷ O PROCON é órgão do Poder Executivo municipal ou estadual destinado à proteção e defesa dos direitos e interesses dos consumidores. É ele que mantém contato mais direto com os cidadãos e seus pleitos, podendo ser estadual, municipal ou do Distrito Federal. Cumpre-lhe basicamente as funções de acompanhamento e fiscalização das relações de consumo ocorridas entre fornecedores e consumidores. Disponível em: <<http://www.procon.rj.gov.br/index.php/main/historico>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

vernamentais e organizações não governamentais. O grande desafio foi o de encontrar as vítimas de escarpelamento que se escondiam em suas casas, em suas comunidades ou vilas longínquas. As crianças deixavam de ir à escola por conta do *bullying*, sendo que a maior parte das vítimas não possuía certidão de nascimento, carteira de identidade, inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), tampouco conta bancária, sem a qual não seria possível o pagamento de indenizações. As vítimas de escarpelamento eram pessoas “invisíveis” para a sociedade, embora fazendo parte do Estado brasileiro.

A ficha de identificação da vítima de escarpelamento (FIVE) foi criada para poder ser estabelecido o perfil das vítimas, os fatores que contribuíram para o acidente, o perfil econômico do proprietário da embarcação, os dados da embarcação, as informações sobre os procedimentos médicos já executados, a fim de que se pudesse formular políticas públicas visando à prevenção, a mitigação e a erradicação deste tipo de acidente.

As dificuldades e desafios durante a implantação do Projeto de Erradicação do Escarpelamento por Embarcação foram intensas e em diferentes níveis, a exemplo da vítima de escarpelamento total (ou seja, a que não possui mais o cabelo e usa prótese capilar, isto é peruca), que se recusava em tirar a peruca para a fotografia da sua primeira carteira de identidade, na Secretaria de Segurança Pública do Estado. Muitas vítimas de escarpelamento não tiram a peruca em público tampouco em uma situação íntima junto a seu companheiro.

Montar um projeto com suas linhas de ação, objetivos e atividades é fácil, afinal, o papel aceita qualquer ideia. O desafio foi colocar em prática as ações e a forma encontrada viabilizada por meio de parcerias, trabalhando com os diversos segmentos da sociedade e do Governo.

Audiências públicas foram realizadas, sensibilizando formadores de opinião, conquistando parceiros e demonstrando que a ausência do Estado permitia a ocorrência do acidente. Não resta dúvida que trabalhar com dados reais e confiáveis foi o principal pilar para um diagnóstico correto, mais próximo da verdade, em virtude da falta de informações ou subsídios por desconhecimento deste tipo de acidente.

A divulgação da estatística dos acidentes de escarpelamento chegou ao conhecimento da Presidência da República que determinou apoio ao Projeto de Erradicação do Escarpelamento por Embarcação, em parceria com o Gabinete Pessoal do Presidente da República.

À medida que esse Projeto avançava novas vitórias eram alcançadas, a exemplo da inclusão do acidente de escarpelamento na Tabela Unificada de Procedimentos do Sistema Único

de Saúde (SUS),¹⁸ permitindo ao hospital envolvido receber o ressarcimento dos custos com os procedimentos médicos e cirúrgicos, tais como: sala de cirurgia; estada das vítimas; e insumos médico-cirúrgicos. Em 2009, foi a vez da prótese expansora¹⁹ entrar na tabela do SUS, após se concluir que a prótese é um direito de todos os brasileiros, já que é parte de um procedimento hospitalar, beneficiando não só as vítimas de escarpelamento, como também os queimados e portadoras de câncer de mama. Só para dimensionar a importância da inclusão da prótese expansora na tabela do SUS, na região amazônica, em passado recente, um hospital quando possuía recursos financeiros excedentes os destinava para a compra de expansores, sendo que algumas vezes esta prótese era reutilizada para atender a um número maior de vítimas, escolhidas de forma aleatória, mesmo que se corresse o risco de contaminação biológica e de rejeição do procedimento. Esta era uma tentativa de ajudar o maior número de vítimas possível, tendo em vista a falta de previsão legal do enquadramento desse tipo de acidente nas tabelas do SUS.

Superada a questão da inclusão na tabela do SUS, verificou-se que muitas vítimas de escarpelamento não tinham acesso à cirurgia plástica reparadora, em virtude de os estados não possuírem cirurgões plásticos especializados nos hospitais de atendimento a vítimas deste tipo de acidente. A Defensoria Pública da União (DPU) buscou, então, inicialmente, apoio no Instituto Ivo Pitanguy,²⁰ no Rio de Janeiro que, devido ao número crescente de vítimas que procurava a DPU, viabilizou uma parceria com a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica^{21 22} (,) para atender a demanda reprimida de cirurgias reparatórias. Isto

¹⁸ As unidades assistenciais prestadoras de serviços para o SUS são remuneradas por meio de procedimentos previstos na Tabela Unificada de Procedimentos, Medicamentos e Órteses, Próteses e Materiais Especiais, para atender integralmente o paciente. Isso também implica no fornecimento de consultas, exames, internação e medicamentos. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ramb/v55n6/11.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2014.

¹⁹ Expansores de pele são bolsas de silicone usadas em procedimentos para correção de sequelas de traumas e queimaduras, na reconstrução de mama pós-mastectomia, e deformidades adquiridas ou congênitas. São implantados sob a pele normal próximo à área afetada. Após o implante, semanalmente, o expansor é preenchido de soro fisiológico. Com o aumento do volume dentro do expansor, ocorre o crescimento da pele acima deste. Isto visa a obtenção de retalhos de pele, que podem ser reimplantados em outras partes do corpo (SANTIAGO NETO, 2013).

²⁰ O Instituto Ivo Pitanguy é uma entidade sem fins lucrativos, que tem por finalidade o ensino, a pesquisa, a divulgação da cirurgia plástica, assim como a prestação de assistência médica na especialidade para a população de baixa renda. Antigo Centro de Estudos Ivo Pitanguy (CEIP), o Instituto foi fundado em 1975 pelo Professor Ivo Pitanguy. Disponível em: <http://www.pitanguy.com.br/instituto_oinstitu.asp>. Acesso em: 6 jun. 2014.

²¹ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (Brasil). Parceria com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, 2006.

²² SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA. Parceria para atender a demanda reprimida de necessidade de realização de cirurgias reparatórias de vítimas de escarpelamento, 2010

mobilizou médicos, em todo o país, para participar do mutirão de forma gratuita, oferecendo os melhores procedimentos de cirurgia plástica às vítimas de escarpelamento do interior da Amazônia, até que cada Estado da Federação montasse sua equipe de cirurgia plástica para atender os casos de acidentes no futuro.

No primeiro mutirão de avaliação para a realização de cirurgia plástica reparadora no Pará foram atendidas 61 vítimas, uma das quais do sexo masculino, e realizados 24 procedimentos reparadores. Mutirões subsequentes, no Pará e no Amapá, atenderam mais de duzentas vítimas de escarpelamento.

Fotografia 8: Mutirão de cirurgia plástica no estado do Pará, em março de 2010



Fonte: Autora, 2010.

Fotografia 9: Mutirão de cirurgia plástica no estado do Amapá, em dezembro de 2012



Fonte: Autora, 2012.

Outro passo importante foi a criação de Oficinas de “Perucas”, em que vítimas de escarpelamento aprendem a fazer suas próprias próteses empregando a técnica correta. Esse aprendizado é fundamental, uma vez que o atrito de uma peruca rústica com a pele fina do escarpo provoca feridas que podem levar ao câncer de crânio, conforme havia ocorrido com uma paciente de 72 anos, que teve este mal diagnosticado em um mutirão de cirurgia plástica, após passar anos usando uma peruca inadequada.

Fotografia 10: Oficina de “Perucas”



Fonte: Autora, 2012.

A DPU articulou, também, uma rede de apoio que permitiu, de um lado, o pagamento de indenização financeira por meio do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou por suas Cargas (seguro DPEM),²³ similar ao Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT).

O pagamento da indenização financeira tem por objetivo a ressocialização da vítima, em especial daquelas que se afastaram da escola e da vida social por conta da mutilação sofrida. No caso das indenizações com base no seguro DPEM, a comprovação do acidente por meio de certidão de ocorrência emitida pelas capitânicas dos portos,²⁴ bem como, a comprovação das lesões físicas sofridas pelas vítimas de escalpelamento por meio do laudo pericial, emitido pelos institutos médicos legais, imprimiu transparência aos processos administrativos junto aos órgãos pagadores. Isto acelerou as indenizações obrigatórias e eliminou a necessidade de haver um intermediário para o recebimento do seguro DPEM,

²³ O Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou por suas Cargas (seguro DPEM) foi criado pela Lei nº 8.374, de 30 de dezembro de 1991, e tem por finalidade garantir os danos pessoais causados por embarcações ou por suas cargas às pessoas embarcadas, transportadas ou não transportadas, inclusive, aos proprietários, tripulantes ou condutores das embarcações e seus respectivos beneficiários ou dependentes, esteja ou não a embarcação operando. Disponível em: <<https://www.mar.mil.br/cfpn/dpem.html>>. Acesso em: 7 jun. 2014.

²⁴ **Direito a Indenização do seguro DPEM:** O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa. Disponível em: <<https://www.mar.mil.br/cfpn/dpem.html>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

ao efetuar o pagamento diretamente em conta corrente em favor da vítima, evitando a atuação de pessoas interessadas em angariar vantagens.

Em relação às ações preventivas aos acidentes, os focos principais são: a cobertura do eixo que liga o motor à hélice nas embarcações ribeirinhas; a promoção de campanhas de prevenção e orientação, em especial, ensinando como agir diante de um acidente causador do escarpelamento, objetivando minorar as sequelas. Em março de 2010 foi lançada a Campanha Nacional de Combate ao Escarpelamento na sede do Centro de Instrução Almirante Braz de Aguiar (CIABA), em Belém/PA, que consistia em diversas peças publicitárias a serem afixadas em barcos em pontos de embarque e desembarque de passageiros, além de *spot*²⁵ para veiculação em rádios locais. A Marinha do Brasil vem fabricando a cobertura metálica para encapsular o eixo de embarcação ribeirinha a partir de um modelo desenvolvido pela Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho (Fundacentro),²⁶ bem como instalando esta peça de forma gratuita nessas embarcações.

²⁵ O *spot* é geralmente utilizado no rádio quando há muita coisa a ser transmitida em uma só mensagem. Em geral, o *spot* para radiodifusão dura 30 segundos, por isso não há tempo para veicular tudo sobre o tema ou assunto escolhido. O texto para um *spot* contém as características mais importantes sobre o assunto; quais sejam: a importância do tema do *spot* para a comunidade; seu poder de conscientização e mobilização no bairro; a preocupação com conteúdo educativo; entre outros. Disponível em: <http://www.midiajovem.se.gov.br/arquivos/94/manual_de_radio.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2014.

²⁶ A Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho (Fundacentro), criada oficialmente em 1966, teve os primeiros passos de sua história dados no início desta década, quando a preocupação com os altos índices de acidentes e doenças do trabalho crescia no governo e entre a sociedade. Já em 1960, o governo brasileiro iniciou gestões com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com a finalidade de promover estudos e avaliações do problema e apontar soluções que pudessem alterar esse quadro. Tem como missão: Produção e difusão de conhecimentos que contribuam para a promoção da segurança e saúde dos trabalhadores e das trabalhadoras, visando ao desenvolvimento sustentável, com crescimento econômico, equidade social e proteção do meio ambiente. Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/institucional/missao>>. Acesso em: 8 jun. 2014.

Fotografia 11: Parte superior e inferior de cobertura protetora de eixo de embarcação



Fonte: Fundacentro, 2010.

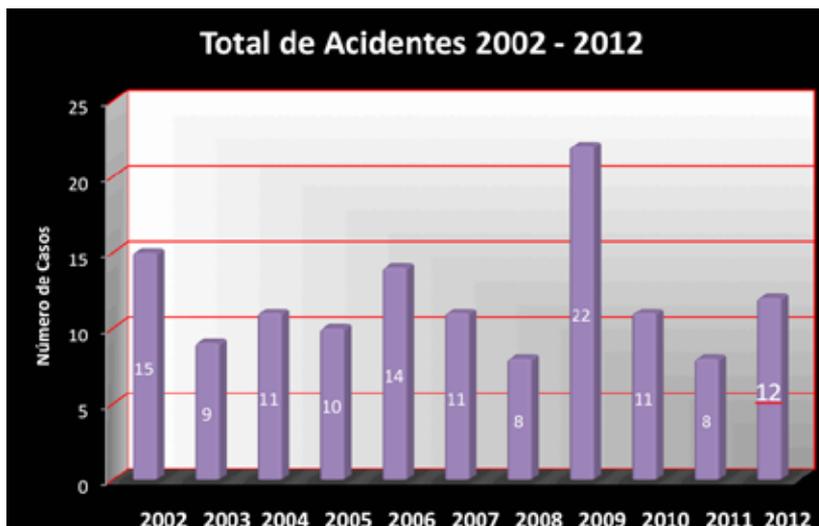
Fotografia 12: Parte inferior da cobertura protetora de eixo de embarcação



Fonte: Fundacentro, 2010.

Com resultado das ações e campanhas preventivas houve uma redução de 75% nos acidentes de escalpelamento. Contudo, a erradicação de acidentes de escalpelamento, causados por eixo de embarcação ribeirinha, só ocorrerá quando houver investimento para a modernização da frota ribeirinha de proprietários de baixa renda na região Norte, com a criação de financiamento, que permita o ribeirinho ter acesso ao crédito, para a compra de um motor novo e da cobertura do eixo de sua embarcação.

Tabela 2: Número total de acidentes de escalpelamento em embarcações ribeirinhas, no período de 2002 a 2012



Fonte: Relatório da Defensoria Pública da União, 2013.

O público-alvo do programa são os ribeirinhos que necessitem de embarcações, de até 14 metros²⁷ de comprimento, para transporte de passageiros ou cargas, com renda familiar de até 10 salários mínimos²⁸. Calcula-se que aproximadamente cento e vinte mil ribeirinhos da região Norte serão beneficiados com essa medida.

O diferencial da proposta é que na aquisição de um motor novo, para as embarcações ribeirinhas, o fabricante, ou seu preposto, será responsável pela fabricação/aquisição e pelo serviço de cobertura do eixo propulsor, conforme recomendação técnica. Deverá, também, receber o motor usado como parte de pagamento do motor novo, retirando-o do mercado, a fim de incentivar o ribeirinho a trocar seu motor velho, poluente e antieconômico e com o eixo propulsor descoberto, por um motor novo, não poluente, econômico e com a cobertura deste eixo e do cano de descarga.

Os motores antigos das embarcações, dos beneficiários dessa proposta, deverão ser entregues para amortização da dívida, a título de bônus de incentivo, visando estimular a participação do ribeirinho a contratar/assumir um financiamento, além de promover a retirada de circulação do motor sem cobertura de seu eixo propulsor, evitando, assim, seu retorno ao mercado. Esses equipamentos usados serão destinados a reciclagem, de acordo com as normas de segurança e ambientais existentes.

Além disso, para ser possível a realização da operação de financiamento, a embarcação ribeirinha deverá estar legalizada nas Capitânicas dos Portos da Marinha do Brasil, permitindo, assim, se conhecer o número real de embarcações que trafegam nos rios amazônicos, atualmente, desconhecido.

Por fim, destaca-se que a proposta também impulsionará a economia do setor, gerando novos empregos diretos nos locais de construção de embarcações e no comércio de equipamentos e peças, e, de forma indireta em toda cadeia produtiva, pois contempla ainda o mercado produtor de motores, seus acessórios e equipamentos de segurança de bordo.

Em decorrência da falta de um histórico sobre a ocorrência dos acidentes de escarpelamento causados por eixo de embarcação ribeirinha, houve necessidade de se implementar diversas políticas públicas em favor das vítimas. Desta forma, centenas de processos que

²⁷ O parâmetro de 14 metros, do comprimento das embarcações ribeirinhas, é uma referência dimensional local, adotada pela autora, para distinguir as embarcações que fazem o transporte de pessoal e pequenas cargas daquelas que transportam pessoal e maior quantidade de carga, com a finalidade comercial (Nota nossa).

²⁸ A renda familiar de até 10 salários mínimos foi o critério adotado pela autora como renda média da população ribeirinha (Nota nossa).

deixaram de ser “judicializados” foram resolvidos de forma satisfatória unicamente no âmbito administrativo, inclusive contemplando todas as nuances do fato. Frise-se que os casos não se restringem ao mero pagamento de indenizações às vítimas, mas há todo um trabalho de realização de cirurgias reparadoras, da prevenção dos acidentes, da ressocialização das vítimas, nas mudanças legislativas, entre tantas outras.

Em recente exposição de fotografias em Brasília, vítimas de escarpelamento de diferentes idades, atendidas pelo Projeto de Erradicação do Escarpelamento por Embarcação, mostraram seus rostos alegres e marotos para as lentes dos fotógrafos. Pode-se dizer que a Justiça chegou a essas vítimas. Hoje, elas já não precisam mais se esconder nos igarapés e podem mostrar sua cara, estando prontas para palestrar ao mundo sobre a superação de um sofrimento, no isolamento da Amazônia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para reflexão: As respostas mais difíceis estão nas perguntas mais simples. Mas, afinal, – o que é Justiça?

REFERÊNCIAS

CONGRESSO NACIONAL (Brasil). **Apresentação na Frente Parlamentar Mista pelo Desenvolvimento da Navegação Fluvial da Amazônia**. Brasília, DF, mar. de 2014.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (Brasil). **Parceria com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://www.dpu.gov.br/noticias/2006/marco/rls230306dpu.htm>>. Acesso em: 9 out. 2014.

_____. **Projeto de Erradicação do Escarpelamento por Embarcação**. Brasília, DF, 2005.

_____. **Relatório sobre escarpelamento na Região Amazônica**. Brasília, DF, 2013. Relatório interno da Defensoria Pública da União.

FERREIRA, A. R. **Mensagem pessoal para a autora.** Belém, 13 mar. 2013. Mensagem pessoal recebida no endereço: <Luciene.oliveira@dpu.gov.br>, em 13 mar. 2013, da Assessoria de Assuntos Marítimos e Ambientais do Comando do 4º. Distrito Naval.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Sinopse do Censo Demográfico 2010. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

OLIVEIRA, L. S. de. **Erradicação do escarpelamento:** justiça para a população invisível. Brasília, DF: Prêmio Innovare, 2010. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/erradicacao-do-escarpelamento-justica-para-a-populacao-invisivel/>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

SANTIAGO NETO, J. C. L. Análise experimental de pressão intra expansor de pele. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2013. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2013/resumos_pdf/ctc/CIV/Jos%C3%A9%20Carlos%20Lobo%20Santiago%20Neto.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2014.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA. Parceria para atender a demanda reprimida de necessidade de realização de cirurgias reparatórias de vítimas de escarpelamento. Belém, 2010.

ORIENTAÇÕES PARA AUTORES

A Revista da Defensoria Pública da União, editada pela Defensoria Pública da União desde 2009, publica trabalhos inéditos sobre temas afetos 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 e comentários à jurisprudência devem ser inéditos, escritos em português, espanhol, francês, italiano ou inglês. Deverão ser enviados para o correio eletrônico: **publicacoes.esdpu@dpu.def.br**.

Os **artigos** devem conter de 15 a 25 laudas. Textos mais extensos serão publicados, a critério do editor, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem conter até 7 laudas e os **boas práticas/estudos de casos**, até 10 laudas; e devem apresentar: cabeçalho com referência da obra original ou do julgado e nome do autor. Não precisam ser precedidos de resumo.

Formatação

Os artigos deverão ser encaminhados com as seguintes regras de formatação:

- Editor de texto: **Word for Windows**;
- Fonte: **Times New Roman, tamanho 13, para notas de rodapé e citações longas, tamanho 11**;
- Espaçamento: **1,5cm (entre linhas)**;
- Alinhamento: **justificado**.

Texto

A primeira página do artigo deve conter:

- Título, em fonte maiúscula, negrito e centralizado (português e inglês);
- Resumo em português, de 100 a 250 palavras, alinhamento justificado;
- Palavras-chave: até 5 palavras, alinhamento justificado;
- Abstract: resumo traduzido para o inglês (de 100 a 250 palavras), alinhamento justificado.
- Keywords: até 5 palavras traduzidas para o inglês.
- Sumário: seções numeradas progressivamente em algarismos arábicos.

Citações, Notas de Rodapé e Referências

Devem seguir as normas da ABNT (NBR 10520 e 6023). As referências no corpo do texto deverão ser no modelo nota de rodapé. O sistema autor-data não será aceito.

Informações complementares

Todas as normas que regem a publicação encontram-se disponíveis no site da Defensoria Pública da União - www.dpu.gov.br/esdpu/revista -, na seção “Orientações para autores”. Na mesma seção, há também modelos de artigo, resenha e comentário à jurisprudência a título de exemplificação. Outras informações podem ser obtidas junto à Divisão de Ges-

tão do Conhecimento pelo e-mail **publicacoes.esdpu@dpu.def.br**.

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

